

Un an de droit de l'économie

et de la régulation

Le bilan de l'année 2021



Par les étudiants du Master de Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe de Sciences Po Strasbourg.

Sous la direction de Jean-Philippe KOVAR

Professeur de Droit public

Sciences Po Strasbourg

École de l'Université de Strasbourg

1 - Un an de droit des pratiques restrictives de concurrence	4
Par Solène BOIVIN et Alexis STEINBERGER	
2 - Un an de droit du contrôle des concentrations	15
Par Emma LUX, Mathilde TANGUY et Jules ROUGRAFF	
3 - Un an de droit de la régulation audiovisuelle	31
Par Camille BÉASSE et Paul GUINARD	
4 - Un an de droit de la régulation de l'électricité	47
Par Léa GOGUE et Adrien ÖBERG	
5 - Un an de droit de la régulation du gaz	61
Par Solène MOUROT-PASCAULT	
6 - Un an de droit de la régulation ferroviaire	74
Par Jean-Paul TJEN	
7 - Un an de droit de la régulation des jeux	87
Par Louis THÉPAUT	
8 - Un an de droit du marché intérieur	99
Par Gabriel HERSELIN et Charles THIELEN	
9 - Un an de droit des données personnelles	113
Par Juliette GUILLOT	
10 - Un an de droit des libertés économiques	129
Par Maxime LONGATTE et Sarah THIRIET	
11 - Un an de droit des services publics	144
Par Margot ALQUIER et Olivier MARTINS DE MELLO	

Le Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe, créé en 2006 au sein de Sciences Po Strasbourg, a pour ambition d'apporter aux étudiants une formation de haut niveau en droit de la concurrence, droit de la mise en concurrence et droit de la régulation sectorielle. Pour ce faire, il combine les savoirs juridiques (droit public, droit privé, droit de l'Union européenne) et économiques (économie de la concurrence, économie des réseaux, économie publique). Il a également pour ambition d'associer étroitement les praticiens et les enseignants-chercheurs spécialisés dans ces matières.

Dans ce cadre, les étudiantes et étudiants sont invités chaque année à mener un projet collectif visant à présenter de manière synthétique l'actualité juridique du droit de l'économie et de la régulation.

Le présent ouvrage est le fruit de ce méthodique et rigoureux travail de recension et d'analyse de l'actualité juridique mené par les étudiantes et les étudiants. Il rassemble onze contributions thématiques. Chacune fait le point sur l'actualité normative et jurisprudentielle, interne et européenne, durant l'année 2021.

Il s'agit d'une information pratique, rapide et complète. Pour autant, chaque commentaire vise à resituer l'actualité dans l'évolution générale de la matière.

Les étudiantes et étudiants du Master, coauteurs de cet ouvrage collectif, et moi-même sommes heureux de vous faire partager le résultat de ce travail. Nous espérons qu'il vous sera utile et qu'il contribuera au rayonnement du droit de l'économie et de la régulation.

Jean-Philippe KOVAR

Professeur de droit public

Directeur du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe



◆ Droit des pratiques restrictives de concurrence

Par Solène BOIVIN et Alexis STEINBERGER

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Le droit des pratiques restrictives de concurrence a fait l'objet de nombreuses actualisations au cours de cette année 2021. Actes législatifs, décisions juridictionnelles ou encore actes de droit souple sont venus préciser les contours de ce « petit » droit de la concurrence qui tend à se faire une place de plus en plus importante dans l'ordonnement juridique. L'année 2021 a d'abord été marquée par un contentieux pléthorique s'agissant de la compétence juridictionnelle et du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Le mois de février a été l'occasion de voir les instances judiciaires condamner le groupe pionnier en matière de grande distribution, Carrefour, pour s'être rendu coupable de telles pratiques. Cette première condamnation a, semble-t-il, ouvert la voie à d'autres enquêtes dans le domaine qui se sont poursuivies au cours de cette année et se poursuivent encore. La loi EGalim II (Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, JORF n° 0244 du 19 octobre 2021) constitue également un tournant de cette année 2021. Toujours dans l'optique d'assainir les relations commerciales dans le domaine agricole et alimentaire, la loi EGalim II vient consacrer de nouvelles pratiques dans cette partie du Code de commerce destinée aux pratiques restrictives de concurrence. Ces avancées seront doublées d'une intervention de l'Union européenne qui, par le biais d'une directive importante transposée en droit interne par voie d'ordonnance, consacre également de nouvelles interdictions en la matière. Ainsi, l'année 2021 s'est révélée être une année charnière en matière de pratiques restrictives de concurrence.

I. Les règles de compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence

Compétence du juge administratif fondée sur la nature du contrat. – À l'occasion d'un litige opposant l'entité SNCF Réseau à la société Entropia Conseil, le Tribunal des conflits a eu à se prononcer sur l'intervention de la juridiction administrative dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence. Initialement porté devant les juridictions judiciaires, le litige au principal concernait les relations entre la société Entropia Conseil et l'entité SNCF Réseau qui était encore, à l'époque des faits, un établissement public. La société réalisait donc pour l'établissement public des prestations sur la base de bons de commande, ces derniers étant régis par le cahier des clauses et des conditions générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles du groupe SNCF. Au cours de l'année 2018, la société Entropia Conseil saisit le tribunal de commerce de Paris d'une action contre SNCF Réseau en réparation du préjudice subi du fait de la rupture brutale de la relation commerciale établie entre les parties. Dès lors, SNCF Réseau ainsi que la SNCF contestent la compétence de la juridiction judiciaire. Toutefois, ces derniers sont déboutés tant en première qu'en seconde instance puisque la cour d'appel de Paris confirme sa compétence en statuant immédiatement sur l'appel formé devant elle. SNCF Réseau et la SNCF forment donc un pourvoi devant la Cour de cassation qui renvoie enfin la question de la compétence

juridictionnelle au Tribunal des conflits. Ce dernier conclut ainsi à la compétence de la juridiction administrative. Le Tribunal fait prévaloir la nature du contrat en cause en estimant notamment que la faculté de résilier unilatéralement le contrat pour SNCF Réseau constituait une prérogative exorbitante typique du régime des contrats administratifs. À cet égard, il convient donc pour la société Entropia de former son recours en responsabilité devant les tribunaux administratifs, même si cette dernière entend se prévaloir de l'ancien article L. 442-6, I, alinéa 5 du Code de commerce, devenu l'article L.442-1, II du même code (TC, 8 février 2021, n°C4201, Rec. Leb.).

Compétence de la juridiction administrative fondée sur la qualification de domaine public. – Ce nouvel arrêt du Tribunal des conflits intervient dans le cadre d'une relation entre un établissement public industriel et commercial (EPIC), dénommé Pays de Fontainebleau Tourisme, et l'association Sport Concept. En tant que gestionnaire du site du Grand Parquet, situé dans la forêt domaniale de Fontainebleau, l'EPIC mettait ce site à disposition de l'association chaque année entre 2007 et 2014, afin d'y organiser un concours hippique. Le président de l'EPIC notifie à l'association que le concours hippique ne sera pas organisé en 2015. A cet égard, l'association saisit le tribunal administratif de Melun afin de voir condamner l'EPIC à lui verser une indemnité en réparation du préjudice subi du fait du refus de renouvellement de la relation contractuelle. Toutefois, le tribunal administratif rejette le recours en se déclarant

incompétent. Les requérants (constitués par l'association ainsi que la présidente de cette association) saisissent alors le tribunal de commerce de Paris en se fondant sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie prévue par l'ancien article L.442-6, I, alinéa 5 du Code de commerce. La juridiction saisie se déclare également incompétente. Dès lors, les requérants interjettent appel et c'est la cour d'appel de Paris qui renvoie la question de la compétence devant le Tribunal des Conflits. Afin de trancher la compétence, le Tribunal procède à la qualification juridique du domaine sur lequel s'exerce l'activité économique, à savoir le site du Grand Parquet. Après avoir effectué une analyse classique de la qualification du domaine en cause à la lumière du Code général de la propriété des personnes publiques, le Tribunal des conflits arrive à la conclusion que le site du Grand Parquet relève du domaine public de l'EPIC, si bien que la mise à disposition de ce dernier au bénéfice de l'association Sport Concept s'opère par une convention d'occupation temporaire du domaine public. Ainsi, bien que l'association se prévaut de l'ancien article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, le litige en cause relève du juge administratif (TC, 5 juillet 2021, n°C4213, Rec. Leb.)

Compétence de la cour d'appel de Paris s'agissant des litiges relatifs à l'ancien article L.442-6 du Code de commerce. – À l'occasion d'une affaire opposant la société MHCS, fabricante et vendeuse de champagne, à son mandataire, la Cour de cassation est venue rappeler l'exclusivité de la compétence de la

cour d'appel de Paris lorsqu'est invoqué l'ex-article L.442-6 du Code de commerce, fût-ce à titre subsidiaire. À l'origine, le litige est né de la résiliation par la société productrice de champagne de son contrat avec son mandataire qui jouait le rôle d'intermédiaire entre elle et la clientèle pour les transmissions de commandes. Cette résiliation était selon la société MHCS, basée sur une faute grave de son cocontractant. Ce dernier assigne donc la société devant le tribunal de commerce de Marseille afin d'obtenir le paiement des commissions, ainsi que le paiement d'indemnité de préavis et de clientèle. Le cocontractant de la société estime en effet que le contrat en cause est un contrat d'agence commerciale. Or, à titre subsidiaire, le requérant invoque également l'ancien article L.442-6, I, 5° pour le cas où la qualification de contrat d'agence ne serait pas retenue. À l'issue du jugement en première instance, la société MHCS fait appel à la fois devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence et devant la cour d'appel de Paris. La société demande notamment à la première juridiction de constater que le litige relève de la cour d'appel de Paris et ainsi de se dessaisir au profit de cette dernière. Toutefois, tel n'a pas été le cas et la cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que le recours devant elle était recevable. Le pourvoi formé par la société MHCS aboutit à une cassation de l'arrêt des juges du fond et la Cour de cassation rappelle une nouvelle fois qu'en vertu des ex articles L.442-6, III et D.442-3 du Code de commerce, la cour d'appel de Paris dispose exclusivement du pouvoir juridictionnel de statuer sur les décisions rendues par les juridictions spécialement désignées pour

statuer sur l'article L.442-6, et ce, même quand ce dernier est invoqué de manière subsidiaire (Cass. Com., 31 mars 2021, n°19-14.094 ; ECLI:FR:CCASS:2021:CO00367).

II. La notion de pratiques restrictives de concurrence

A. Nouvelles pratiques consacrées en tant que pratiques restrictives de concurrence

Les pénalités logistiques. – La loi EGAlim II introduit un encadrement de ces pénalités. Dans le cadre d'une relation de distribution, les pénalités logistiques constituent des sanctions pécuniaires à l'initiative du distributeur qui estimerait que les conditions de livraison ne sont pas conformes. Désormais, l'article L.442-1, I, 3° du Code de commerce prévoit expressément une interdiction d'imposer des pénalités logistiques contraires à l'article L.441-17 du Code de commerce (**Article 7, Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs ; ARHEL P., *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Répertoire de droit commercial, janvier 2022, Dalloz).**

Interdiction des discriminations tarifaires – La loi du 18 octobre 2021 introduit dans le Code de commerce une disposition prévue à l'article L.442-1, I, 4° qui interdit la discrimination tarifaire sans contrepartie au sujet des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie.

Dès lors, l'auteur de telles discriminations tenant aux prix, aux délais de paiement, aux conditions ou encore aux modalités de vente engage sa responsabilité (**article 8, Loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs ; ARHEL P., *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Répertoire de droit commercial, janvier 2022, Dalloz).**

Nouvelles interdictions d'origine européenne. – La primauté du droit de l'Union européenne a conduit le législateur français à habilitier le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance afin de transposer en droit interne les dispositions de la directive (UE) 2019/633 (Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire). Cette transposition a fait naître en droit interne trois nouvelles interdictions qualifiables de pratiques restrictives de concurrence dans le secteur agricole et alimentaire. Un nouvel article L.443-5 est créé dans le Code de commerce et vient interdire l'annulation d'une commande dans un délai inférieur à 30 jours par l'acheteur de produits agricoles et alimentaires périssables mentionnés à l'article L.441-11 du même code. S'ensuit un nouvel article L.443-6 qui interdit la divulgation, l'utilisation ou l'obtentions illicites de secrets d'affaires dans le secteur concerné. Enfin, un article L.443-7 vient prohiber le fait pour un professionnel du secteur de refuser de faire droit à la demande de l'une des parties de confirmer par écrit, les

conditions d'un contrat conclu oralement. Ces trois nouvelles interdictions s'accompagnent d'amendes administratives (**Ordonnance n° 2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire**).

B. Champ d'application de la notion de pratiques restrictives de concurrence

Exclusion des prestations d'expertise-comptable. – La société AGSC est une société d'expertise-comptable qui s'est vue confier des missions tenant à l'établissement des comptes annuels ainsi que des bulletins de salaires par la société SMI. Cependant, cette dernière décide par la suite d'engager son propre comptable si bien qu'elle réduit la quantité des tâches confiées à la première société, jusqu'à résilier le contrat qui les unissait. De cette résiliation naît un litige qui va mener les parties jusqu'à la Cour de cassation. Celle-ci doit examiner notamment si c'est à bon droit ou non que la cour d'appel de Paris a refusé de faire application du régime de la rupture brutale des relations commerciales établies, régime prévu par le Code de commerce. La Cour donne raison aux juges du fond et s'appuie en cela sur la nature des prestations en cause. En effet, l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 (article 22 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945, *portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable*, modifiée par la loi n° 2010-853 du 23 juillet

2010) semble claire et elle précise que l'activité d'expert-comptable n'est pas compatible avec une activité commerciale, ni avec une activité intermédiaire, sauf à ce que cette activité remplisse deux conditions cumulatives : qu'elle soit réalisée à titre accessoire et qu'elle ne mette pas en péril les règles d'indépendance et de déontologie de la profession. Tel n'est pas le cas en l'espèce et c'est donc à ce titre que la Cour de cassation réfute également l'argumentation de la société AGSC (Cass. Com., 10 février 2021, n°19-10.306 ; ECLI:FR:CCASS:2021:CO00132).

Conditions nécessaires à la qualification de relation commerciale établie. – La Cour de cassation éclaire encore une fois l'applicabilité du régime de la rupture brutale des relations commerciales établies en précisant cette fois la notion même de relation commerciale établie dans le cadre d'une reprise de société par un tiers. Dans le cadre d'une affaire intéressant la société Franciaflex et la société Rave Distribution. À la suite d'un plan de cession, la société Franciaflex se retrouve bénéficiaire des actifs de l'ancienne société qui avait été placée en redressement judiciaire. Cette dernière entretenait une relation commerciale avec la société Rave Distribution qui exécutait pour elle des prestations dites de « distribution », de « tournées », et de « locations exclusives ». Par la suite, la société repreneuse signe un nouvel accord avec Rave Distribution. Toutefois, deux ans plus tard la société Franciaflex met fin à toutes ses relations commerciales avec le distributeur. Cette situation particulière a donc fait l'objet d'un éclaircissement nécessaire de la part des juges de la Cour de cassation qui

ont pu préciser que dans le cadre de l'actuel article L.442-1, II du Code de commerce, la circonstance qu'une entité tierce qui a repris les activités d'une personne, continue la relation commerciale que cette personne entretenait précédemment ne suffit pas à établir qu'il s'agit la même relation commerciale. Dès lors, si aucun élément ne démontre que tel était la commune intention des parties, il ne peut être avancé le bénéfice du régime de la rupture brutale des relations commerciales établies. La condition de relation commerciale établie faisant défaut. La Cour met en avant un lien personnel, une relation emprunte d'un fort *intuitu personae* (Cass. Com., 10 février 2021, n°19-15.369 ; ECLI:FR:CCASS:2021:CO00120).

Exclusion des professions libérales. – À la suite d'un différend entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur en matériel dentaire, les juges du Quai de l'Horloge rappellent que les professions libérales, et notamment les professions médicales n'entrent pas dans la qualification de commerçant et, partant, ne peuvent se voir appliquer le régime de l'actuel article L.442-1, II (ex-article L.442-6, I, 5°) du Code de commerce. Afin de retenir l'application de cette disposition, les juges du fond avaient notamment estimé que le laboratoire fournisseur vendait ses produits au cabinet dentaire qui, lui-même, les facturait dans ses prestations, dégageant ainsi une marge brute. La Cour d'appel de Paris retenait donc la qualification d'actes de commerce pour les activités en cause. Néanmoins, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt et rappelle fermement qu'une activité médicale telle

que celle d'un chirurgien-dentiste n'est pas une activité commerciale, comme le prévoit le Code de la santé publique, si bien que le régime de la rupture brutale des relations commerciales ne peut être appliqué en l'espèce (Cass. Com., 31 mars 2021, n° 19-16.139 ; ECLI:FR:CCASS:2021:CO00302).

L'abus du droit de résilier dans le droit commun des contrats. – En dehors du cadre précis posé par le Code de commerce, la rupture abusive d'une relation contractuelle a également pu faire l'objet de recours sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle. À cet égard, la juridiction judiciaire suprême a dû analyser une relation entre un cabinet d'avocats et son client à l'issue de laquelle le cabinet s'est vu dessaisi de l'ensemble des affaires dont il était chargé par ledit client. À défaut de pouvoir s'appuyer sur la base légale contenue dans le Code de commerce la Cour de cassation va confirmer l'arrêt d'appel et rejeter le pourvoi du requérant en s'appuyant sur les conditions du droit commun. Elle relève tout d'abord, au regard du chiffre d'affaires du cabinet, que ce dernier n'était pas en état de dépendance économique vis-à-vis du client en question. Également, la juridiction relève qu'eu égard à la nature du contentieux en cause, qui n'était pas destiné à durer indéfiniment, l'avocat ne pouvait ignorer que la relation allait nécessairement prendre fin, si bien qu'elle va retenir la même terminologie que celle prévue à l'article L.442-1 du code précité en estimant que la rupture en question n'était pas brutale. Dès lors, c'est à bon droit que les juges du fond

ont estimé qu'il n'y avait pas d'abus de droit (Cass. Civ. 2e, 10 novembre 2021, n°20-15.361 ; ECLI:FR:CCASS:2021:C201040).

III. Les précisions relatives au droit des pratiques restrictives de concurrence apportées par la Commission d'examen des pratiques commerciales

Précisions concernant le champ d'application du relèvement du seuil de revente à perte résultant de l'ordonnance n° 2018-1128. – Saisie d'une demande d'avis portant sur le champ d'application du relèvement du seuil de revente à perte résultant de l'ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018, prise en application de la loi EGALIM afin de savoir si ce rehaussement ne concernait que la revente en l'état par un distributeur à un consommateur ou comprenait aussi la revente en l'état effectuée entre professionnels, la Commission d'examen des pratiques commerciales (ci-après "CEPC") a précisé que celui-ci est limité aux seules reventes en l'état à destination des consommateurs et n'est pas applicable aux opérations de revente en l'état entre professionnels. Par ailleurs, la CEPC rappelle que l'interdiction de la revente à perte prévue par l'article L. 442-5 du Code de commerce, indépendamment de la majoration de 10% du seuil de revente à perte spécifique à certaines catégories de produits

destinés à être revendus aux consommateurs, s'applique aussi bien dans les relations entre un professionnel et un consommateur qu'entre professionnels (CEPC, avis n° 21-1 du 18 mars 2021 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur le champ d'application du relèvement du seuil de revente à perte résultant de l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 prise en application de la loi EGALIM).

Précisions concernant la légalité des prix catalogues. – Saisie d'une demande d'avis d'un professionnel visant à savoir si une pratique consistant, pour un fournisseur, à distribuer à des revendeurs des catalogues mentionnant des tarifs à destinations des clients finaux est conforme au droit de la concurrence, la Commission d'examen des pratiques commerciales a eu l'occasion d'indiquer dans quel cadre de telles pratiques pouvait être admises. La CEPC commence par rappeler qu'en vertu du droit des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence, il est normalement illicite pour un fournisseur d'imposer à ses distributeurs des prix de revente. Cependant, dans certaines hypothèses circonscrites, le fait, pour un fournisseur de diffuser des catalogues ou d'autres documents publicitaires en y indiquant un prix de revente peut être reconnu comme licite. Tel est le cas si la pratique est mise en œuvre au sein d'un réseau coopératif de commerçants détaillants ou au sein de tout réseau d'indépendants regroupés sous une même enseigne selon certaines modalités. Tel est aussi le cas si ces documents présentent

des nouveaux produits sur une période courte correspondant à la période de lancement de ces produits, s'ils présentent une campagne promotionnelle de courte durée ou encore des produits complexes, pour lesquels le distributeur s'est engagé à fournir des services qui dépassent ceux habituellement prévus pour la distribution de produits de même nature. Enfin, la CEPC précise encore que la pratique des prix catalogues doit être reconnue comme licite s'ils apparaît clairement dans les documents en question que les prix sont des prix « conseillés » ou « maxima » et que les distributeurs ont réellement la possibilité de fixer leurs prix de manière libre par rapport à ceux indiqués par le fournisseur dans le catalogue (CEPC, avis n° 21-4 du 31 mai relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité d'une pratique d'un fournisseur au regard du droit de la concurrence).

Précisions concernant la légalité de pratiques visant à imposer des prix dans le cadre d'un réseau de franchise. – À l'occasion d'une demande d'avis d'un cabinet d'avocats qui portait sur la conformité d'une pratique d'un franchiseur au regard du droit de la concurrence, la Commission d'examen des pratiques commerciales a pu préciser dans quel cadre les franchiseurs pouvaient imposer à leurs franchisés un alignement sur les prix des produits annoncés sur le site internet du franchiseur. Différentes hypothèses sont évoquées par la CEPC. Tout d'abord, si le site internet du fournisseur est un site vitrine, les prix indiqués sur celui-ci sont des prix

conseillés ou maxima et il devra être fait mention de ce caractère afin de respecter le droit de la consommation. S'il s'agit d'un site marchand géré par le fournisseur, le prix indiqué est fixé par le vendeur, c'est-à-dire le franchiseur ou le franchisé si ce dernier utilise le site du franchiseur pour vendre ses produits. Ensuite, dans le cadre d'une remise au client par le franchisé d'un produit acheté auprès du franchiseur, qu'il s'agisse d'une livraison à domicile ou d'une remise au travers d'un système de type « click and collect », la CEPC précise que des mécanismes visant à préserver la liberté commerciale du franchisé et le respect de ses propres impératifs économiques doivent être mis en place. Enfin, la CEPC rappelle que de telles pratiques se doivent de respecter à la fois les dispositions du Code de commerce relatives à l'interdiction de revente à perte et à la fixation d'un prix de revente minimum mais aussi les règles du droit de la concurrence (CEPC, avis n° 21-5 du 15 avril 2021 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur la conformité d'une pratique d'un franchiseur au regard du droit de la concurrence).

Contrats conclus entre un réseau de soins et des audioprothésistes et déséquilibre significatif. - Saisie d'une demande d'avis portant sur la conformité de contrats conclus entre un réseau de soins et des audioprothésistes à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, la Commission d'examen des pratiques commerciales commence par rappeler que les dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce s'appliquent bien à

certaines activités des assurances, mutuelles et plateformes de gestion de réseau bien que celles-ci soient régies par des dispositions autres que celles issues du Code de commerce et notamment par le Code de la sécurité sociale. La CEPC ajoute que les dispositions du Code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont applicables à la relation entre une plateforme numérique gestionnaire de réseau de soins et les professionnels de santé membres du réseau dont font partie les audioprothésistes. L'intégration par des professionnels audioprothésistes à un réseau de soin constituerait un partenariat commercial entre ces audioprothésistes et les gestionnaires de réseaux de soin et la CEPC précise que si les contrats de partenariat liant les audioprothésistes aux réseaux de soins ont été signés ou renouvelés respectivement après le 1er octobre 2016 et après le 26 avril 2019, les nouvelles dispositions du Code civil et du Code de commerce, à savoir l'article 1171 du Code civil et l'article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce, pourraient être invoquées. En outre, la CEPC rappelle que l'article L. 442-6-I, 2°, du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure au 26 avril 2019, appréhende le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Le contrat de partenariat entre audioprothésistes et gestionnaires de réseaux de soin pourrait donc être qualifié de « contrat d'adhésion » si démonstration était faite de l'absence de négociation des conditions fixées par les gestionnaires de réseaux de soins. Et, les

audioprothésistes pourraient ainsi invoquer les dispositions de l'article 1171 du Code civil devant le juge s'ils parviennent à démontrer que certaines clauses hormis celles portant sur le prix ou sur l'objet principal du contrat n'étaient pas négociables. Selon la CEPC, une application concurrente des règles du Code civil et du Code de commerce en matière de déséquilibre significatif pourrait être possible selon l'interprétation du juge saisi et selon la clause considérée comme déséquilibrée (par exemple, la clause portant sur le prix ne pourra être appréciée qu'au regard du Code de commerce) ou encore en fonction du but recherché (nullité de la clause ou responsabilité de l'auteur de la pratique) (CEPC, avis n° 21-6 du 15 avril 2021 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur la conformité des contrats conclus entre un réseau de soins et des audioprothésistes au regard des dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce).

La suppression d'une garantie contractuelle par un assureur face au déséquilibre significatif et à l'avantage sans contrepartie.

– Saisie d'une demande d'avis portant sur la conformité au droit de pratiques mises en œuvre, en période de crise sanitaire liée à la Covid-19, par un assureur, la Commission d'examen des pratiques commerciales estime que la pratique consistant, pour un assureur, à supprimer une garantie contractuelle conférée par le contrat d'assurance à peine de résiliation du contrat dans le cas où la modification n'est pas acceptée par l'assuré peut, dans certaines conditions, contrevenir à la règle sur le

déséquilibre significatif et à celle sur l'avantage sans contrepartie. En l'espèce, une TPE exploitant un établissement de restauration rapide avait souscrit une police multirisques professionnels auprès d'un assureur et l'assureur souhaitait apporter au contrat une modification concernant la garantie perte d'exploitation en supprimant cette garantie au titre de « l'impossibilité d'accès à l'établissement en cas d'interdiction par une autorité compétente ou une décision des Pouvoirs publics consécutive à : une maladie contagieuse, épidémie... ». Et, face au refus de l'assuré, l'assureur avait décidé de résilier le contrat à son échéance annuelle (CEPC, avis n° 21-8 du 8 juillet 2021 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la conformité au droit des pratiques restrictives de concurrence de la pratique d'un assureur consistant à supprimer en période de crise sanitaire la garantie perte d'exploitation).

IV. Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence

Condamnation de Carrefour pour des pratiques restrictives de concurrence. - Le 8 novembre 2016, le groupe Carrefour avait été assigné par la DGCCRF sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce qui concerne l'avantage sans contrepartie et le déséquilibre significatif. Cette assignation faisait suite à une enquête réalisée par la DGCCRF sur les négociations commerciales de 2016. Il était reproché au

groupe Carrefour d'imposer des remises complémentaires de distribution à ses différents fournisseurs en conditionnant l'ouverture des négociations commerciales au versement de cette remise par les fournisseurs et en sanctionnant les fournisseurs ne l'appliquant pas à différentes mesures de rétorsion allant notamment de l'interdiction d'accès aux magasins à l'arrêt de commandes. Carrefour avait tenté de justifier ces pratiques par des coûts logistiques sans pour autant démontrer la réalité de ceux-ci. Ainsi, le tribunal de commerce de Paris a jugé les pratiques de Carrefour comme étant constitutives d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de Carrefour au sens de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et a condamné Carrefour à une amende de 1,75 millions d'euros et a prononcé l'exécution provisoire du jugement. Il est à noter que le faible montant de l'amende est dû au fait que les faits en cause avaient été commis avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 ayant augmenté le plafond des amendes encourues (Trib. com. Paris, 22 février 2021, n° RG 2016071676).

Assignation de l'enseigne Intermarché pour des pratiques commerciales abusives. - Suite à l'enquête menée depuis 2018 par la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) sur les activités de deux centrales d'Intermarché, le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, la ministre déléguée chargée de l'Industrie et le ministre délégué chargé des Petites et Moyennes Entreprises

ont assigné le 19 février 2021 plusieurs sociétés de l'enseigne Intermarché dont deux centrales internationales de services que sont Agecore et Intermarché Belgique (ITM Belgique) pour des pratiques commerciales abusives dans le cadre de leurs relations avec différents fournisseurs. Il est fait grief à Intermarché d'avoir imposé à de nombreux fournisseurs, depuis la création d'Agecore en 2016, la conclusion de contrats par différents moyens de pression tels que l'arrêt de commandes ou des déréférencements de marques notamment afin de pouvoir continuer à distribuer leurs produits dans le réseau Intermarché en France. Au travers de ces contrats, Agecore et ITM Belgique facturent des sommes importantes tout au long de l'année aux fournisseurs en contrepartie de services de coopération commerciale. Cependant, les fournisseurs ne sont pas demandeurs de ces services qui n'ont qu'un faible impact commercial et qui se superposent à ceux qu'ils financent déjà au niveau national pour les mêmes prestations. Selon les ministres, il s'agirait en réalité d'un paiement s'apparentant à un droit d'entrée en négociation sans contrepartie économique réelle. Par ces pratiques, Intermarché viendrait perturber la loyauté des relations commerciales nécessaires au développement économique équilibré des producteurs comme des distributeurs. Ainsi, les ministres demandent au tribunal de Commerce de Paris de prononcer une sanction de 150,75 millions d'euros, à la hauteur de la gravité des pratiques dénoncées et correspondant à 1% du chiffre d'affaires réalisé par Intermarché en France et qu'il soit mis fin aux pratiques en

cause (**Communiqué de presse du ministère de l'Économie du 19 février 2021, n°689, Assignation de l'enseigne Intermarché pour des pratiques commerciales abusives**).

◆ Droit du contrôle des concentrations

Par Emma LUX, Mathilde TANGUY et Jules ROUGRAFF

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2021 a été riche en matière de contrôle des concentrations, en ce qu'elle a été marquée par un certain nombre d'évolutions importantes, en particulier au niveau européen. Moins marquée que l'année 2020 par le Covid-19, 2021 porte cependant les stigmates du contexte pandémique, tant en ce qui concerne la nature des principales opérations qui ont dû être examinées par les autorités de concurrence, qu'en ce qui relève des conditions de ces examens. Cela s'est notamment traduit par un allongement des délais de traitement par la Commission, avec un nombre d'enquêtes significatives conclues en matière de concentrations qui s'avère être le plus faible observé en 10 ans, et un allongement significatif de la durée des enquêtes de phase II. Conséquence du régime d'exception introduit par la Commission européenne en 2020, qui avait induit un certain infléchissement du contrôle réalisé par cette dernière, l'activité de contrôle des concentrations a cependant été sensiblement plus élevée en 2021. On notera également l'utilisation récurrente cette année de la possibilité de prolongation des délais d'examen qu'offre l'article 10 paragraphe 3 alinéa 2 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après « le règlement sur les concentrations »). Outre ces tendances conjoncturelles, l'année a été marquée par des évolutions structurelles importantes, au premier rang desquelles l'évolution de la pratique de la Commission quant aux demandes de renvoi fondées sur l'article 22 du règlement, qui s'est caractérisée par de nouvelles orientations du 26 mars 2021. Cette transformation de l'utilisation de l'article 22, qualifiée par certains de « réforme sans la réforme », a pour objet principal de permettre l'examen d'opérations situées sous les seuils, en particulier dans des secteurs à forte innovation. Cette avancée majeure a fait naître dans son sillage un certain nombre de problématiques, par exemple en matière de gun-jumping, qui ont été illustrées par l'affaire Illumina-GRAIL dont les rebondissements ont rythmé l'année. En outre, deux projets de règlements indirectement liés au droit de la concurrence ont été proposés ou adoptés en 2021, dont la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur du 5 mai 2021 et l'adoption finale du Digital Markets Act (ci-après « DMA ») en décembre 2021. Ces textes ne seront pas sans conséquences sur la manière dont est abordé le contrôle des concentrations au sein de l'Union. Doivent également être mentionnées un certain nombre d'affaires dont la portée est davantage sectorielle, par exemple dans le secteur audiovisuel. On notera enfin, sans le développer plus avant, que le Conseil d'État a jugé, dans le cadre d'une ordonnance de référé du 12 novembre 2021, qu'une mesure de consultation de marché au sens du point 200 des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, prise au titre de la phase de pré-notification revêt un caractère de mesure préparatoire et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (*CE ord., 12 novembre 2021, SAS Free et SA Iliad, n° 458273, Inédit au recueil Lebon*).

I - Un vaste mouvement de réforme touchant au spectre des opérations de concentration contrôlables par la Commission européenne

A. Élargir le spectre des opérations contrôlées via une utilisation rénovée de l'article 22 du règlement 139/2004

De nouvelles orientations précisant les modalités de l'emploi modernisé de l'article 22 du règlement sur les concentrations. - Le 26 mars 2021, la Commission européenne a pris de nouvelles orientations concernant le mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement n°139/2004, concrétisant ainsi les annonces faites dans un discours remarqué du 11 septembre 2020 par la vice-présidente exécutive de la Commission et commissaire à la concurrence Margrethe Vestager. Le principal objet de ces orientations est de consacrer l'évolution de la doctrine de la Commission concernant ces renvois, puisqu'elle acceptera désormais des renvois d'opérations qui n'étaient susceptibles d'être contrôlées ni selon les seuils européens, ni selon les seuils nationaux. Le mécanisme de l'article 22 ayant à l'origine pour objectif de pallier l'absence de contrôle national des concentrations dans certains États membres, la Commission avait auparavant découragé son utilisation par les États disposant d'un tel système de

contrôle, lorsque l'opération ne remplissait pas les conditions pour être contrôlable dans ce cadre national. La présente évolution est justifiée selon la Commission – dans la lignée des déclarations de septembre 2020 – par la nécessité de pouvoir contrôler des opérations dont l'un des acteurs joue ou pourrait jouer un rôle important en matière concurrentielle, sans que celui-ci soit reflété par son chiffre d'affaires. Les orientations soulignent la recrudescence de telles opérations, en particulier dans les secteurs numérique et pharmaceutique, caractérisés par une forte importance concurrentielle de l'innovation. Il importe de souligner le choix opéré par la Commission d'utiliser l'article 22 pour pouvoir connaître de telles opérations, plutôt que de recourir à une évolution des seuils, qu'elle soit quantitative ou qualitative. Auraient ainsi pu être envisagés – comme certaines législations nationales le prévoient – des seuils prenant en compte la valeur de la transaction. La Commission justifie cependant son choix par une recherche d'équilibre entre efficacité du contrôle et poids du dispositif, l'utilisation de l'article 22 permettant davantage de sélectivité dans la détermination des opérations à contrôler. De plus, la valeur de la transaction pourra être prise en compte dans le cadre de l'appréciation de l'opportunité des renvois, puisque comparée au chiffre d'affaires elle peut permettre de déceler l'importance concurrentielle de l'opération.

En sus d'explicitier le nouveau positionnement de la Commission, les orientations de mars 2021 précisent les critères sur le fondement

desquels sera opéré l'examen des demandes de renvoi adressées par les États membres, et sur lesquels devront s'appuyer les États membres pour s'assurer de la pertinence d'un renvoi. En premier lieu, sont rappelées les deux conditions cumulatives présidant au renvoi, posées par l'article 22 du règlement. La concentration doit ainsi affecter le commerce entre États membres et menacer d'affecter d'une manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui formulent la demande. Outre les considérations habituelles, qui ressortent notamment de la communication sur le renvoi des affaires de 2005, des aspects spécifiques au type d'opérations visé devront être pris en compte. En ce qui concerne l'affectation du commerce, elle pourrait par exemple découler de projets de R&D dont les résultats pourraient être commercialisés dans plus d'un État membre. Concernant la menace d'affectation significative, une attention particulière sera par exemple accordée à l'élimination d'un nouvel arrivant récent ou futur, ou à des opérations de concentration entre des entreprises innovantes d'importance. Ces exemples soulignent – selon les propres termes de la Commission – la dimension prospective du contrôle effectué, cette nouvelle utilisation de l'article 22 ayant notamment pour objectif de protéger la concurrence future et potentielle, telle qu'elle découle notamment des efforts d'innovation. Outre ces considérations qui exemplifient la lettre du règlement n°139/2004, la Commission en soulève d'autres qui ne conditionnent pas le renvoi mais seront prise en compte dans le cadre de l'examen de la demande de renvoi, et

qui découlent de ce que l'utilisation renouvelée du renvoi porte sur des opérations qui concernent au moins une entreprise dont le chiffre d'affaires ne reflète pas le potentiel concurrentiel réel ou futur. Ainsi, sont identifiés 5 cas exemplaires, qui retranscrivent plusieurs raisons pour lesquelles ce type de situation peut advenir, à savoir le fait que l'entreprise soit un nouvel entrant, un innovateur important, puisse potentiellement ou actuellement exercer une pression concurrentielle, ait accès à des actifs importants tels que des matières premières, des infrastructures ou des droits de propriété intellectuelle, ou fournisse des intrants clés pour d'autres secteurs industriels.

Enfin, ces orientations apportent des précisions sur un troisième aspect, à savoir les modalités procédurales du renvoi, dans le cas particulier où l'opération n'est pas contrôlable en application des seuils nationaux de l'État membre à l'origine de la demande, qui pose la question de l'absence de notification. Le premier enjeu est dès lors celui de la temporalité du renvoi. Chaque État membre disposera, comme le prévoit l'article 22 du règlement, de 15 jours pour effectuer une demande de renvoi, à partir du moment où les informations relatives à l'opération lui auront été communiquées. Cela implique que des opérations déjà réalisées puissent malgré tout faire l'objet d'une demande de renvoi. Pour amenuiser l'insécurité juridique inhérente à cette situation, la Commission prévoit dans ses orientations qu'en principe, les opérations qui ont eu lieu il y a plus de 6 mois ne feront l'objet d'un contrôle que dans des cas exceptionnels. Il

est également prévu que les parties à un projet d'opération puissent solliciter la Commission au préalable pour bénéficier d'une évaluation préliminaire. Les opérations potentiellement concernées pourront également être portées à la connaissance des autorités nationales et de la Commission par des tiers à l'opération, ce qui permettra probablement une large détection des opérations susceptibles d'être renvoyées. Les orientations rappellent également la possibilité pour la Commission d'inviter les autorités nationales à lui présenter une demande de renvoi (**Orientations de la Commission concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires 2021/C 113/01, 26 mars 2021 : Contrats conc. consom., n°5, mai 2021, étude 5, M. de Drouas et E. Nachbaur**).

Un premier renvoi accepté par la Commission européenne dans le cadre de sa nouvelle approche de l'article 22. - Suite à une demande de renvoi formée par l'Autorité de la concurrence et rejointe par 5 autres autorités nationales, la Commission européenne a décidé le 20 avril 2021 d'examiner le rachat de GRAIL, start-up prometteuse en passe de commercialiser des tests sanguins permettant la détection précoce d'une multitude de cancers (tests MCED), par Illumina, entreprise leader sur le marché du séquençage génétique nouvelle génération (NGS). La Commission considère que l'opération remplit les critères de renvoi de l'article 22. En particulier, l'entité combinée pourrait, après l'opération, restreindre l'accès aux séquenceurs de nouvelle génération et aux

réactifs ou en augmenter les prix au détriment des rivaux de GRAIL actifs sur le marché des tests génomiques du cancer. La Commission juge que le renvoi de cette opération est approprié car l'importance concurrentielle de GRAIL ne se reflète pas dans son chiffre d'affaires, en témoigne notamment la valeur de l'acquisition (7,1 milliards de dollars). La Commission rappelle également l'importance de veiller à ce que les patients aient accès à cette technologie le plus rapidement possible, à partir de sources aussi larges que possible, et à un prix équitable, compte tenu de son important potentiel en matière de lutte contre le cancer. La décision de la Commission d'accepter ce renvoi et d'ouvrir un examen préliminaire puis approfondi met en lumière une volonté d'adopter un usage proactif et large de ses nouvelles possibilités, s'agissant ici d'une concentration verticale et aucunement d'une potentielle acquisition tueuse. L'opération correspond néanmoins complètement au cœur de cible des orientations du 26 mars 2021, puisqu'elle concerne une entreprise extrêmement innovante qui n'a pas encore transformé son avance technologique en chiffre d'affaires, et qu'elle s'inscrit dans un des secteurs clés ciblés par la Commission, avec des enjeux qui dépassent le cadre économique (**Comm. eur., 20 avril 2021, M.10188, Comm. presse MEX/21/1846, Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina**).

B. Une position contrastée des juridictions nationales européennes quant à la possibilité de contester un renvoi à la Commission fondé sur l'article 22

Le Conseil d'État se déclare incompétent pour connaître d'un recours dirigé contre une décision par laquelle l'Autorité de la concurrence adresse à la Commission européenne, sur le fondement de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004, une demande d'examen d'une opération de concentration. - Conséquence d'une demande de référé formée par les sociétés GRAIL et Illumina, visant notamment à ce que soit ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 9 mars 2021 par laquelle l'Autorité de la concurrence a adressé à la Commission, sur le fondement de l'article 22 du règlement n° 139/2004, une demande d'examen de leur opération, le Conseil d'État a pris le 1er avril une ordonnance de référé dans laquelle il s'est déclaré incompétent. Le raisonnement du Conseil d'État se fonde sur le fait que la demande de renvoi ne serait pas détachable de l'examen de l'opération, qui est opéré par la Commission et sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. Par suite, le Conseil d'État déclare le juge administratif incompétent pour connaître des contestations contre une telle demande, fermant la porte à tout recours contre les renvois de l'article 22 devant les juridictions nationales françaises (CE, ord., 1er avr. 2021, n°450878, 450881, Grail / Illumina).

Les juridictions néerlandaises se déclarent compétentes pour examiner les recours formés contre les décisions de demander le renvoi d'une opération à la Commission sur le fondement de l'article 22 du règlement sur les concentrations. - Contrairement au Conseil d'État, une juridiction néerlandaise a accepté d'examiner le recours d'Illumina et GRAIL à l'encontre de la décision de demander le renvoi de l'opération de concentration entre elles à la Commission au titre de l'article 22 du règlement 139/2004. Elle rejette cependant ce recours sur le fond, considérant en particulier que le fait qu'un État membre ne soit pas compétent pour examiner l'opération en vertu de ses seuils et législations nationales, ne l'empêche pas de demander un renvoi fondé sur l'article 22. Alors que la même semaine, le Conseil d'État français s'est déclaré incompétent pour examiner une requête similaire, le juge néerlandais propose une solution alternative (**Rechtbank Den Haag, Illumina Inc.- Grail Inc. v. De Staat der Nederlanden, judgment n°31C/09/609526 of March 31, 2021**).

C. Interrogations quant à la possibilité d'examiner une opération de concentration non-notifiable sous l'angle de l'article 102 TFUE

La cour d'appel de Paris pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la possibilité d'appliquer l'article 102 du TFUE à une opération de concentration qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle préalable sur le fondement des législations nationales ou du

règlement 139/2004. - Cette question s'inscrit dans le cadre d'un contentieux qui fait suite à une plainte déposée devant l'Autorité de la concurrence par l'entreprise Towercast, concernant l'acquisition en 2016 par TDF de la société Itas. Ces entreprises sont positionnées sur le marché français de gros des services de diffusion de la TNT, qui se retrouve en situation de duopole entre TDF et Towercast, suite à une vague d'acquisition par TDF de ses concurrents sur le marché, dont Towercast est l'unique survivante depuis l'acquisition d'Itas. Towercast demandait l'application de l'article 102 TFUE à l'opération, ce que l'Autorité de la concurrence avait refusé par une décision n° 20-D-01 du 16 janvier 2020. Conséquence du recours formé par la société Towercast, la cour d'appel de Paris a ainsi été amenée à se prononcer. C'est dans ce cadre qu'elle s'est résolue à poser à la Cour de justice une question préjudicielle quant à la possibilité de recourir à l'article 102 TFUE dans le cadre d'une opération de concentration, possibilité consacrée par la jurisprudence *Continental Can*, mais que l'on croyait enterrée définitivement depuis le règlement (CE) n° 139/2004, dont l'article 21 écarte l'application d'autres règlements à ces opérations, et en particulier, celle du règlement n° 1/2003. Cette question se pose cependant dans un contexte d'interprétations divergentes par les différentes juridictions nationales des États membres, que relève la cour d'appel. L'incertitude ne concerne cependant qu'un cas particulier dans lequel l'opération est susceptible de répondre à la définition donnée par l'article 3 du règlement n° 139/2004 mais n'a donné lieu à aucun contrôle préalable, tant

sur le fondement du droit européen que sur celui du droit national, excluant tout risque d'application cumulative voire contradictoire du règlement sur les concentrations avec le règlement n° 1/2003. La cour d'appel écarte également les opérations ayant fait l'objet d'un renvoi sur le fondement de l'article 22, mais il convient de noter sur ce point les difficultés qui pourraient survenir du fait d'une potentielle application ex-post de ce mécanisme, prévue par les orientations de mars 2021 (voir supra). Comme ces dernières, une réponse de la Cour de justice qui serait favorable à l'utilisation de l'article 102 dans ce cas précis participerait à une intensification du contrôle des opérations situées sous les seuils, avec cependant le risque d'une redondance entre les deux dispositifs et d'une multiplication des facteurs à prendre en compte pour les entreprises projetant une concentration (**CA Paris, pôle 5, ch. 7, 1er juill. 2021, n° 20/04300, Towercast SASU : Contrats conc. consom., n°8-9, août-sept. 2021, comm. 138, comm. D Bosco**).

II - Approfondissement de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle relative aux pratiques de «gun jumping»

A. Confirmation de la possibilité de sanctionner à la fois la violation de l'obligation de notification et celle de l'obligation de suspension

Le Tribunal de l'Union européenne reprend le raisonnement développé par la Cour de justice dans sa jurisprudence *Marine Harvest* de 2020. - Amené à se prononcer suite à un recours d'Altice NV contre la décision de la Commission de lui infliger une double sanction pour la violation de l'obligation de notification et de celle de suspension dans le cadre de l'acquisition de PT Portugal (Décision C(2018) 2418 final de la Commission, du 24 avril 2018 dans l'affaire M.7993 – Altice/PT Portugal), le Tribunal de l'Union s'est aligné sur l'arrêt du 4 mars 2020, *Marine Harvest/Commission* (C-10/18 P, EU:C:2020:149), dans lequel la Cour avait validé une telle pratique. Le raisonnement, identique à celui retenu dans l'arrêt précité, repose notamment sur l'importance pour la Commission de pouvoir sanctionner la violation de l'obligation de notification en tant que telle, qui serait affectée si la sanction devenait identique que cette obligation soit violée seule ou conjointement avec celle prévue à l'article 7 du règlement

n° 139/2004. Outre cette confirmation, un autre apport de l'arrêt est de préciser dans quelle mesure certaines clauses préparatoires à une cession, permettant d'encadrer les relations contractuelles entre les parties pendant le temps du contrôle de l'autorité de concurrence, peuvent conférer à une partie la capacité à exercer une influence déterminante. Le Tribunal considère qu'en l'espèce, les clauses permettant à Altice de nommer et révoquer les cadres de PT Portugal, ainsi que d'être consultée quant aux modifications de la politique tarifaire de l'entreprise ou aux contrats en passe d'être conclus, étaient de nature à lui conférer la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise cible (Trib. UE, 6e ch., 22 sept. 2021, *Altice Europe NV c/ Commission*, T-425/18 : Contrats, conc. consom., n°11, nov. 2021, comm. 171, comm. D. Bosco).

B. Première utilisation des mesures provisoires prévues par l'article 8 paragraphe 5 du règlement 139/2004

La Commission adopte une communication des griefs en vue de l'adoption de mesures provisoires à la suite de l'acquisition précoce de GRAIL par Illumina. - Cette communication des griefs fait suite à l'annonce faite par Illumina le 18 août 2021, qu'elle avait finalisé l'acquisition de GRAIL, alors même que l'examen de l'opération par la Commission était en cours. Cette situation pose la question des risques que l'utilisation renouvelée de l'article 22 du règlement concentration pourrait faire courir en termes de non-respect de l'obligation

de suspension, notamment lorsque, comme en l'espèce, une partie à la concentration est soumise à des pénalités en cas de conclusion retardée de la transaction (Comm. eur., 20 sept. 2021, M.10493, Comm. presse IP/21/4804 : Contrats, conc. consom., n°11, nov. 2021, comm. 173, comm. D. Bosco).

La Commission utilise pour la première fois les mesures provisoires prévues par l'article 8 paragraphe 5 du règlement sur les concentrations. - Le 29 octobre 2021, la Commission européenne a annoncé la prise de ces mesures à l'encontre des entreprises Illumina et GRAIL, suite à la réalisation de leur opération en violation de l'article 7 paragraphe 1 du règlement. Cette mise en œuvre inédite permet de mieux saisir en quoi peuvent consister ces mesures. En l'espèce, outre la prévisible interdiction de s'échanger des informations commerciales confidentielles, et l'obligation d'interagir dans des conditions de concurrence normales, la Commission a tout d'abord ordonné le maintien de GRAIL en tant qu'entité distincte d'Illumina, qui se caractérise par la nomination d'un ou de plusieurs gestionnaires indépendants chargés de garantir la séparation des activités dans l'intérêt exclusif de GRAIL. Elle a également exigé d'Illumina qu'elle fournisse les fonds supplémentaires nécessaires en vue de l'exploitation et du développement de GRAIL, tout en demandant à cette dernière de rechercher des alternatives à l'opération en cause afin de se préparer à son éventuelle annulation. Cette affaire semble montrer que la Commission se réserve la possibilité de prendre un large éventail de

mesures, dont certaines sont particulièrement lourdes, dans les cas où elle sera confrontée à des violations qui entraînent l'application de l'article 8 paragraphe 5 du règlement (Comm. UE, 29 oct. 2021, M.10493, Comm. presse IP/21/5661 : Contrats, conc. consom., n°12, déc. 2021, comm. 188, comm. D. Bosco).

III - Projets de régulations spécifiques

A. Le projet de contrôle des subventions étrangères

De l'importance d'un mécanisme de contrôle des subventions étrangères. - Le 5 mai 2021, la Commission européenne a proposé un nouveau règlement visant à lutter contre les distorsions causées par les subventions étrangères au sein du marché unique. Visant toute contribution financière provenant directement ou indirectement de pouvoirs publics d'un pays tiers qui profite de manière sélective à une entreprise exerçant une activité économique au sein de l'Union, les subventions étrangères peuvent prendre la forme de prêts à taux d'intérêt nul, de garanties d'État illimitées, d'exonérations ou réductions fiscales ou encore de financements publics spécifiques. De tels comportements sont de nature à créer des distorsions sur le marché en favorisant certains opérateurs économiques au détriment d'autres, nuisant ainsi à l'égalité des conditions de concurrence sur le marché. Outre favoriser les risques de concentrations d'entreprises, le versement de telles subventions par des

pouvoirs publics étrangers risque de leur procurer un avantage indu en cas d'acquisition d'entreprises européennes. Cette distorsion de la concurrence est d'autant plus prégnante que l'Union européenne dispose d'un arsenal juridique pérenne en matière de contrôle des aides d'État, ce qui n'est pas le cas en matière de subventions étrangères.

Un projet de réglementation visant à pallier un arsenal juridique lacunaire. - Contrairement au régime applicable en matière de droit des aides d'État ou d'investissements directs étrangers, les subventions étrangères ne sont aujourd'hui pas encadrées par le droit européen. En dépit de l'adoption par la Commission d'un livre blanc en date du 17 juin 2020, les subventions étrangères constituent ainsi encore l'un des rares phénomènes de nature à distordre la concurrence non encadrés par le droit de l'Union. Le nouveau projet de règlement s'inscrit alors pleinement dans la dynamique lancée par la nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe présentée et mise à jour par la Commission en 2021. En axant son action sur le contrôle des subventions étrangères, ce nouveau règlement aurait ainsi, une fois adopté, l'ambition de garantir des conditions de concurrence égales dans le marché intérieur en luttant contre les distorsions sur le marché causées par les subventions étrangères par le biais de l'instauration d'un système de contrôle *ex ante* (**White paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies, Brussels, 17 June 2020, COM(2020) 253 final, Communication de la Commission, Réexamen de la politique**

Commerciale - Une politique commerciale ouverte, durable et ferme COM(2021) 66 final).

L'examen des opérations de concentration au cœur du mécanisme de contrôle proposé par la Commission. - L'examen attentif des opérations de concentration constitue ainsi un pilier de ce nouveau projet de contrôle des subventions étrangères, celles-ci étant de nature à constituer un facteur facilitant de concentration. En ce sens, l'article 4 du projet de règlement compte les concentrations parmi les catégories de subventions étrangères les plus susceptibles de fausser le marché intérieur. Ainsi, une vigilance toute particulière devra être accordée aux subventions accordées dans le cadre d'une opération de concentration, cela impliquant la mise en place d'un mécanisme de seuils et de notification similaire à celui déjà existant en matière de contrôle des concentrations. Le projet de règlement de la Commission consacre entièrement son chapitre 3 aux concentrations. Ce dernier prévoit en son article 18 un mécanisme de notification basé sur une logique de seuils. Le projet crée une nouvelle obligation de notification concernant les concentrations impliquant une contribution financière d'un État tiers intervenue dans les trois ans précédant l'opération et si le chiffre d'affaires européen de l'entreprise visée par l'acquisition est égal ou supérieur à 500 millions d'euros et que la contribution financière étrangère est au moins égale à 50 millions d'euros. L'article 19 du projet de règlement prévoit pour les concentrations ayant rempli les seuils une

obligation de notification à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord. Comme c'est le cas en matière d'interdiction des pratiques assimilables à du gun jumping, l'article 23 du règlement interdit toute opération soumise à l'obligation de notification d'être réalisée avant sa notification. Enfin, l'article 34 de la proposition introduit un mécanisme procédural qui dotera la Commission d'un outil général d'enquête sur le marché.

Un instrument prometteur à l'influence déterminante sur les pratiques en matière de concentration. - Si ce mécanisme proposé par la Commission s'inscrit dans la méthode classique utilisée par l'Union en matière de contrôle des concentrations, il est incontestable que l'apport de nouvelles obligations de contrôles et de notification propres aux subventions étrangères aura des conséquences sur la pratique dudit contrôle, ne serait-ce que sur le plan administratif. Outil innovant en ce qu'il s'inspire des règles pratiques de l'OMC, ce dernier promet de devenir un instrument indispensable dans la lutte contre les distorsions qui affectent la concurrence dans le marché intérieur. Cependant, l'adoption d'un tel projet reste subordonnée aux négociations qui se tiendront à son sujet au Conseil, ainsi qu'à la réaction des pays tiers, cette proposition étant de nature à restreindre leur liberté d'intervention sur les marchés européens (**Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur du 5 mai 2021, COM(2021) 223 final**

: **Contrats con. consom.**, n°7, juillet 2021, commentaires D. Bosco).

B. L'adoption finale du Digital Markets Act

La désuétude des outils classiques du contrôle des concentrations. - Le 15 décembre 2021, et ce près d'un an après la proposition de la Commission européenne, le Parlement européen a finalement adopté le DMA. Le développement des plateformes numériques implique de repenser la manière dont sont appréhendés les outils classiques du droit de la concurrence tels que par exemple le marché pertinent, mais questionne également le rôle des autorités de concurrence dans leur mission de contrôle des opérations de concentration. Le DMA, expression de cette nécessité de réguler le comportement des géants du web, consacre ainsi une certaine désuétude des outils classiques de la concurrence face à ces nouvelles formes de réglementation.

La régulation des « gatekeepers » : une influence directe sur le contrôle des concentrations. - Le DMA a d'innéité qu'il vise à désigner des entreprises « contrôleur d'accès », les fameux « gatekeepers », mais aussi à actualiser leurs obligations de manière dynamique en concevant des mesures correctives afin de lutter contre les comportements parfois fortement anti-concurrentiels de ces acteurs. En ayant à dessein d'encadrer ces comportements, l'adoption de ce texte aura des conséquences déterminantes sur le contrôle des concentrations, l'hypothèse

de l'acquisition d'entreprises au chiffre d'affaires peu élevé par des géants du web en étant l'archétype. Par son objectif de développer un environnement commercial et concurrentiel équitable pour toutes les entreprises sur le web, le DMA doit être analysé tel un nouvel outil complémentaire aux outils de concurrence classiques. Il vise ainsi à développer l'innovation des jeunes entreprises dans le secteur de la technologie tout en garantissant aux consommateurs un choix de services diversifié et de qualité tout en œuvrant pour le développement de prix équitables pour l'utilisateur final et les concurrents. Le DMA conduisant à un renforcement du contrôle des plateformes numériques, le corollaire d'un tel phénomène est le renforcement du contrôle des opérations de concentration les impliquant.

Les mesures adoptées en matière de concentration : l'obligation d'information.

- Le renforcement du contrôle des opérations impliquant les « gatekeepers » se fait ainsi par le biais de plusieurs mécanismes. Le DMA prévoit différents plans de mise en œuvre et modalités de suivi, d'évaluation et d'information. Ainsi, le chapitre III du DMA, consacré aux pratiques qualifiables de déloyales ou étant de nature à limiter la contestabilité, prévoit en son article 5 des obligations directement applicables aux contrôleurs d'accès. L'article 12 du règlement prévoit une obligation spécifique aux opérations de concentration opposable au contrôleur d'accès, ce dernier étant ainsi tenu de notifier à la Commission toute opération de concentration au sens du règlement sur les

concentrations impliquant un autre fournisseur de services de plateforme essentiels ou de tous autres services fournis dans le secteur numérique et ce même si ledit projet n'est pas soumis à une obligation de notification à l'échelle nationale ou européenne.

Un flou latent autour du rôle des ANC. - Si la question n'est donc pas de savoir si le DMA aura des conséquences en matière de concentrations, le débat se concentrera à l'avenir autour de la question de savoir comment vont s'articuler les rôles respectifs des ANC et de la Commission dans le cadre de ce nouveau type de contrôle. À ce titre, on peut opposer au DMA qu'il demeure peu précis quant au rôle futur des ANC en la matière. Probablement celles-ci contribueront à renforcer l'efficacité des mesures prévues par le DMA à l'échelle nationale. Les ANC pourraient par exemple signaler à la Commission les comportements alarmants des gatekeepers, ce qui serait de nature à faciliter le travail de la Commission, dont la charge administrative sera très certainement alourdie par l'adoption du texte **(Amendements du Parlement européen, adoptés le 15 décembre 2021, à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374 (COD)).**

IV - Tendances sectorielles et conjoncturelles en matière de contrôle des concentrations

A. D'importantes opérations dans le paysage audiovisuel français

Le Conseil d'État confirme les engagements comportementaux prévus par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire SALTO. -

Les groupes France Télévisions, Métropole Télévision et TFi avaient soumis le projet de création d'une entreprise commune de plein exercice (« Salto »), ayant pour activité l'édition d'une offre de vidéo à la demande et la distribution de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande en ligne. Par une décision du 12 août 2019, l'Autorité de la concurrence avait autorisé la concentration sous réserve d'engagements dès la phase 1. En l'espèce, la société Free et sa société-mère Iliad, demandaient l'annulation de cette décision. Les requérantes remettaient notamment en question la délimitation des marchés pertinents et les engagements prévus, dont un engagement de type « muraille de Chine », supposé limiter l'échange d'informations stratégiques entre Salto et ses sociétés mères. Dans un arrêt du 8 novembre 2021, le Conseil d'État valide la décision de l'Autorité et confirme la délimitation des marchés pertinents opérée s'agissant des marchés aval de la distribution de services de télévision et des marchés relatifs à l'activité de commercialisation de données. L'arrêt valide notamment la

délimitation des marchés pertinents se limitant au marché global de la vente de données et au marché spécifique de la vente de données de consommation audiovisuelle, sans segmenter davantage ce dernier. En ce sens, le Conseil d'État rejette l'argument selon lequel l'Autorité aurait dû retenir l'existence d'un marché de la commercialisation des données relatives à la consommation de contenus linéaires (télévision en direct) et non linéaires (télévision à la demande) associées aux chaînes de la TNT. Par ailleurs, le Conseil d'État estime que c'est sans erreur de droit que l'Autorité a prévu des engagements comportementaux, et non structurels, définissant des règles de séparation dans le fonctionnement et l'organisation interne de l'entreprise commune, et confirme les engagements visant à éviter les effets anticoncurrentiels sur les marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes de télévision, notamment le risque que les sociétés mères de Salto ne rendent plus leur chaîne disponible aux distributeurs tiers. Enfin, l'arrêt confirme la pertinence des engagements remédiant aux risques identifiés sur le marché amont de l'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels, qui prévoient notamment une interdiction pour les sociétés mères - sauf lorsque les droits de diffusion non linéaires sont acquis pour une période incluse dans celle des droits de diffusion linéaires - de coupler les achats de droit linéaires à l'achat de droit non linéaires, ainsi qu'une limitation de l'approvisionnement de Salto en contenu exclusif auprès de ses sociétés mères. Les précisions apportées par le Conseil d'État seront utiles à la pratique lorsque

l'Autorité fera face à des risques d'échanges d'informations entre ses sociétés mères lors de la création d'une entreprise commune (CE, 3^e et 8^e réunies, 8 nov. 2021, n° 435984 et 439527, *Salto*, Inédit au recueil Lebon : JurisData n° 2021-017906 : Contrats conc. consom., n°1, janv. 2022, comm. 12, D. Bosco).

B. Le dénouement des affaires Veolia-Suez

L'Autorité de la concurrence autorise, sous condition, le rachat de Suez RV OSIS par SARP, filiale de Veolia. - Le 9 mars 2021, SARP, une filiale du groupe Veolia, a notifié à l'Autorité le projet de prise de contrôle exclusif de la société Suez RV OSIS. Les deux sociétés opèrent principalement dans le secteur de la maintenance d'ouvrages et de réseaux d'assainissement ainsi que du nettoyage industriel en France. Au préalable, il convient de préciser que cette opération a été examinée indépendamment de l'opération d'acquisition de Suez par Veolia annoncée le 30 août 2020. Au cours de son analyse, l'Autorité a envisagé, pour la première fois, l'existence de trois nouveaux marchés distincts relatifs aux activités de maintenance des réseaux et ouvrages d'assainissement, d'hygiène du bâtiment et à l'inspection des réseaux d'assainissement. L'Autorité a identifié des problèmes de concurrence en Île-de-France découlant du fait que les parties détiendraient ensemble des positions prépondérantes en matière de maintenance des réseaux et d'ouvrage d'assainissement à destination des collectivités de la région. Pour remédier à ces risques, SARP s'est engagée à céder huit agences de Suez RV

OSIS situées essentiellement en Île-de-France, menant l'Autorité à autoriser l'opération à l'issue d'un examen de phase 1 (Aut. conc. décision 21-DCC-71 du 28 avril 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de Suez RV Osis par la Société d'Assainissement Rationnel et de Pompage : Revue concurrences, n° 3-2021, avril 2021, art. n° 101007, A. Ronzano).

Les entreprises GIP et Meridiam notifient leur projet de concentration par lequel GIP et Meridiam entendent acquérir le contrôle conjoint de certaines activités de Suez (le « Nouveau Suez »). - Le 30 janvier 2021, la Commission reçoit la notification d'une première opération concernant la cession à deux fonds d'investissement, GIP et Meridiam, du contrôle conjoint de plusieurs activités de Suez (le « Nouveau Suez ») dans les secteurs de l'eau municipale, des déchets et du nettoyage urbain en France et à l'étranger. Après examen préliminaire, la Commission estime que l'opération notifiée peut être traitée selon une procédure simplifiée ; il est finalement considéré que l'opération ne soulève pas de problèmes de concurrence (Comm. UE, 30 nov. 2021, *GIP/Meridiam/New Suez*, M.10396, MEX/22/41 : Contrats conc. consom., n°2, fév. 2022, comm. 33, D. Bosco).

La Commission européenne autorise, sous conditions, l'acquisition de Suez par Veolia. - La seconde opération de la « saga Veolia/Suez » devant la Commission concernait la prise de contrôle de Suez par Veolia, deux entreprises leaders dans les secteurs du traitement de l'eau et de la gestion des déchets. Dans son enquête initiale, la Commission a constaté

que l'opération, telle que notifiée, soulevait des problèmes de concurrence, dus notamment à d'importants chevauchements horizontaux sur plusieurs marchés. Ces derniers auraient pu éliminer la pression concurrentielle exercée par Suez et faire émerger un leader européen sur les marchés concernés. Dès lors, la Commission a proposé une série d'engagements structurels : la cession de la quasi-totalité des activités de Suez sur les marchés de la gestion des déchets banals et réglementés, et de l'eau municipale en France ainsi que de l'ensemble de ses activités dans l'incinération et le traitement physico-chimique des déchets dangereux, celle de la quasi-totalité des activités de Veolia sur le marché des services mobiles de l'eau dans l'EEE ainsi que sur le segment français du marché de la gestion de l'eau industrielle, et enfin celle d'une partie des activités de Veolia et Suez dans l'enfouissement des déchets dangereux. La décision d'autorisation de concentration est donc subordonnée au respect intégral de ces engagements par les sociétés, permettant de traiter presque sans heurts cette affaire sensible (Comm. UE, 14 décembre 2021, VEOLIA/SUEZ, C (2021) 9666 final, aff. M.9969 : Contrats conc. consom., n°2, février 2022, comm. 33, D. Bosco).

C. Les autorités de concurrence européennes face à un mouvement de concentration inédit dans le secteur aérien

Les compagnies aériennes Transat et Air Canada retirent leur proposition d'accord de fusion-acquisition. - L'opération de

concentration envisagée avait été notifiée à la Commission durant la pandémie de la Covid-19 qui a fortement affecté le secteur du transport aérien. Dans la mesure où les concentrations provoquent des effets structurels de long terme sur la concurrence devant être pris en compte même lors de chocs économiques importants, la Commission avait examiné dans quelle mesure la crise sanitaire pourrait affecter les activités d'Air Canada, de Transat et de leurs concurrents sur le long terme. En ce sens, elle estime qu'Air Canada et Transat restent les concurrentes potentielles les plus proches notamment pour les liaisons EEE-Canada et a donc ouvert une enquête approfondie sur le projet d'acquisition. Cependant, le 2 avril 2021, Air Canada et Transat ont retiré leur proposition d'accord, dans la mesure où les engagements proposés et les discussions entre la Commission et les deux compagnies n'ont pas suffi à résoudre les problèmes de concurrence identifiés. La conclusion de cette affaire témoigne d'une volonté de la Commission d'appliquer sa politique de contrôle des concentrations de manière constante, en maintenant une approche au cas par cas, malgré l'impact du choc économique de la pandémie sur le secteur (Statement/21/1562 by Executive Vice-President Vestager on announcement by Air Canada and Transat to withdraw from proposed merger, aff. M.9489 ; Press release 25 mai 2020, IP/20/934).

Les compagnies aériennes IAG et Globalia retirent leur projet d'acquisition d'Air Europa par IAG. - La Commission avait ouvert une enquête approfondie portant sur le projet

d'acquisition d'Air Europa par IAG notifié le 25 mai 2020, craignant que l'opération ne pose des problèmes de concurrence. La Commission a estimé qu'IAG et Air Europa demeurent, malgré la crise sanitaire, les deux concurrents réels et potentiels les plus proches pour les paires de villes de départ et de destination pertinentes sur lesquelles a porté l'enquête préliminaire. IAG et Air Europa ont donc retiré leur projet d'acquisition, les négociations avec la Commission et les engagements proposés n'ayant pas suffi à résoudre les problèmes concurrentiels identifiés (Comm. UE, 20 déc. 2021, *Statement/21/6942 by Executive Vice-President Vestager on announcement by IAG and Globalia to withdraw from proposed sale of Air Europa to IAG*, aff. M.9637).

Le Tribunal de l'Union confirme les décisions de la Commission autorisant les concentrations portant sur l'acquisition respectivement par easyJet et par Lufthansa de certains actifs du groupe Air Berlin. - Face à une détérioration de sa situation financière, la compagnie Air Berlin plc avait mis en œuvre un plan de restructuration en 2016 suivi de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en 2017 lui permettant d'obtenir un prêt de garanti des autorités allemandes pour poursuivre ses activités et procéder à la cession de ses actifs. Dès lors, Air Berlin a conclu un premier accord, le 13 octobre 2017, prévoyant la reprise par Lufthansa d'une filiale d'Air Berlin à laquelle devait préalablement être transférés des appareils ainsi que des créneaux horaires. Air Berlin a conclu un second accord le 27 octobre 2017 avec la compagnie aérienne easyJet plc

visant principalement au transfert de créneaux horaires. Par deux décisions du 21 novembre 2017 et du 12 décembre 2017, la Commission a constaté la compatibilité des deux opérations notifiées par Lufthansa, au vu des engagements pris par cette dernière, et easyJet. Lesdites décisions sont inédites car pour la première fois dans des affaires concernant les services de transport aérien, la Commission n'a pas défini les marchés pertinents par paires de villes entre un point d'origine et un point de destination (les « marchés O & D ») mais les a définis comme étant ceux de services de transport aérien de passagers au départ ou à destination de chacun des aéroports auxquels les créneaux horaires sont rattachés. En effet, la Commission a constaté que les activités d'Air Berlin avaient cessé avant ces concentrations et que la compagnie s'était donc retirée de l'ensemble des marchés O&D. Saisi de deux recours formés par la compagnie Polskie Linie Lotnicze « LOT », le Tribunal a admis la définition des marchés pertinents opérée par la Commission, estimant que les créneaux horaires concernés pourraient être utilisés par Lufthansa et easyJet sur d'autres marchés O&D que ceux sur lesquels opérait Air Berlin. Par ailleurs, le Tribunal écarte le grief d'une erreur manifeste d'appréciation des effets des concentrations en cause sur les marchés de services de transport aérien de passagers au départ ou à destination des aéroports concernés ; le Tribunal a donc rejeté les recours formés par LOT. Dans un contexte de reprise difficile du secteur aérien, cet arrêt permet notamment de s'interroger sur de potentielles évolutions dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence

européennes en matière de concentration dans ledit secteur (Trib. UE, 20 octobre 2021, *Polskie Linie Lotnicze « LOT » c. Commission*, T-240/18 et T-296/18 : Communiqué de presse n° 188/21 du 20 octobre 2021).

◆ Droit de la régulation audiovisuelle

Par Camille BÉASSE et Paul GUINARD

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2021 a marqué un tournant pour le droit français de la régulation audiovisuelle. La grande réforme de l'audiovisuel, envisagée dès le début du quinquennat d'Emmanuel Macron et annoncée depuis plus de deux ans s'est enfin concrétisée par l'adoption de la loi n°2021-13 du 25 octobre 2021 relative à la régulation de la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, consacrant la naissance d'un nouveau régulateur : l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom). Née de la fusion du CSA et d'Hadopi, cette nouvelle autorité voit ses missions élargies et ses compétences renforcées par rapport à ses prédécesseurs, face à la nécessité de s'adapter à l'évolution des usages et des acteurs. Cette année entérine également la transposition en droit français de la directive (UE) 2018/1808 « Services de médias audiovisuels » du 14 novembre 2018 et vient ainsi renforcer la régulation des éditeurs de services de vidéos à la demande par abonnement proposant leurs services en France mais dont le siège social est localisé dans un autre État membre de l'Union européenne, ceux-ci étant devenus des acteurs incontournables de la consommation de contenus audiovisuels. Dans ce contexte de renforcement des plateformes numériques étrangères, l'année 2021 a aussi été marquée par la poursuite du contentieux entourant la création de la plateforme française de streaming Salto, tandis que les groupes TF1 et M6 annonçaient leur volonté de fusionner leurs activités afin de créer un géant national à même de garantir l'indépendance de la création française. À l'échelle européenne, l'année 2021 constituait également une année de transition vers l'adoption du *Digital Market Act* et du *Digital Services Act*. Ces deux règlements, qui devraient être définitivement adoptés en 2022, doivent permettre de renforcer la régulation des plateformes numériques, en particulier des GAFAM.

I. L'évolution du cadre européen et français de l'audiovisuel

A. Un nouveau régulateur du secteur audiovisuel : l'Arcom

1. La création de l'Arcom par la loi du 25 octobre 2021

Une réforme devenue nécessaire. – La loi relative à la régulation de la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique consacre la création de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom), une nouvelle autorité publique indépendante chargée de réguler le secteur français de la communication audiovisuelle et numérique, officiellement créée le 1^{er} janvier 2022. La loi du 25 octobre 2021 consacre un projet de réforme de la régulation du secteur audiovisuel devenu incontournable à la suite des bouleversements engendrés ces dernières années par la révolution numérique, laquelle a modifié en profondeur la chaîne de valeur de l'audiovisuel. Ainsi, en parallèle des services linéaires traditionnels tels que la télévision, des services non-linéaires tel que les services de médias audiovisuels à la demande (Smad) se sont développés. Les plateformes numériques sont également apparues. L'Arcom est notamment chargée de surveiller ces plateformes et de veiller à ce qu'elles contribuent au financement de la création d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles françaises et européennes. En outre, l'Arcom

est investie en particulier d'une mission de régulation des contenus diffusés sur internet et de lutte contre la désinformation, contre les sites miroirs et contre la consommation illégale de vidéos en ligne.

La fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel et d'Hadopi. – L'Arcom se substitue au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), qui était chargé de réguler le secteur audiovisuel français depuis sa création par la loi n°89-25 du 17 janvier 1989. La nouvelle autorité se substitue également à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi), créée par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet afin de lutter contre le piratage illégal d'œuvres culturelles diffusées sur internet et ainsi protéger les droits d'auteur et les droits voisins attachés à ces œuvres (**Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique**).

2. Des compétences élargies

Pouvoirs d'enquête. – L'Arcom bénéficie de compétences étendues par rapport à celles dont étaient dotés la Hadopi et le CSA. Ainsi, l'article 10 de la loi investit la nouvelle autorité d'un pouvoir d'enquête qu'elle peut désormais exercer à l'encontre des plateformes de partage de vidéos. En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 25 octobre 2021, l'Arcom doit établir une liste référençant « *les services de communication au public en ligne ayant fait l'objet d'une*

délibération dans le cadre de laquelle il a été constaté que ces services portaient atteinte, de manière grave et répétée, aux droits d'auteur et aux droits voisins ».

Pouvoirs de sanction. - En vertu de l'article 1er de la loi du 25 octobre 2021, l'Arcom dispose d'un pouvoir de blocage des sites miroir et peut empêcher l'accès à un site ou « à tout service de communication au public en ligne reprenant en totalité ou de manière substantielle » le contenu d'un autre service de communication. En outre, le décret n°2021-1923 du 30 décembre 2021 permet à l'Arcom de suspendre provisoirement la retransmission de certains services de télévision et de SMAD qui relèvent de la compétence d'un autre État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen et destiné au public français, en partie au moins (Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 ; Décret n°2021-1923 du 30 décembre 2021 relatif à la procédure de suspension provisoire de la retransmission de certains services de télévision et de médias audiovisuels à la demande et à la procédure visant à empêcher le contournement par ces services de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

Échanges renforcés entre l'Arcom et l'Autorité de la concurrence (ADLC). – La loi du 25 octobre 2021 vient enfin renforcer la coopération et les échanges d'informations entre la nouvelle autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l'ADLC. Ainsi l'article 22 vient modifier l'article 41-4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre

1986 et stipule que les deux autorités se communiquent « librement » les informations dont elles disposent concernant le secteur des communications audiovisuelles et numériques (Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021).

B. L'achèvement de la transposition de la directive (UE) 2018/1808 « Services de médias audiovisuels » (SMA) en droit français

1. Une obligation de soutien à la création d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes et d'expression originale française

a. Le décret SMAD

Des obligations financières et de promotion imposées aux SMAD. – Le décret du 22 juin 2021, dit « décret SMAD », contraint les SMAD dont le siège social est localisé à l'étranger mais dont les services de VOD sont disponibles en France, à respecter des obligations de soutien à la production audiovisuelle et cinématographique française et européenne. Les services de VOD par abonnements payants à l'acte ou gratuits ainsi que les services de télévision de rattrapage sont concernés. Pour se voir imposer de telles obligations, ces SMAD établis à l'étranger doivent diffuser au moins dix œuvres audiovisuelles ou cinématographiques de longue durée durant une année en France. Ils doivent en outre avoir réalisé un chiffre d'affaires net d'au moins cinq millions d'euros sur le territoire français et avoir obtenu une part d'audience « supérieure à 0,5% de

l'audience totale en France de la catégorie de SMAD dont ils relèvent ». L'article 14 du décret exige que 20% au moins du chiffre d'affaires réalisé sur le territoire français par les services par abonnement soient reversés afin de financer la production d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques européennes ou à des œuvres d'expression originale française. De plus, en vertu de l'article 28, les SMAD sont tenus de diffuser sur le territoire français, par l'intermédiaire de leurs plateformes, un quota de 60% d'œuvres européennes audiovisuelles et cinématographiques de plus d'une heure, dont au moins 40% sont des œuvres d'expression originale française. Ces derniers doivent également promouvoir ces œuvres sur leur plateforme (**Décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande**).

Suite à l'entrée en vigueur du décret, le CSA a signé trois conventions avec Netflix, Amazon Prime Video et Disney + dans lesquelles les trois éditeurs de service, établis dans un autre État membre de l'UE, acceptent de contribuer à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles et de transmettre au Conseil, désormais Arcom, des documents et informations concernant leurs bilans et comptes de résultats annuels (**Convention entre le CSA et la société Amazon Digital UK Limited, 9 juin 2021 ; Convention entre le CSA et la société The Walt Disney Company Benelux B.V., 9 juin 2021 ; Convention entre le CSA et la société Netflix International B.V.**).

b. Le décret Câble-Satellite et le décret TNT

Des obligations financières et de promotion imposées aux services de télévision distribués par les réseaux hertziens et non hertziens. – Le décret n°2021-1924, dit décret « Câble-Satellite », impose des obligations de financement et de soutien à la production aux services de télévision distribués par l'intermédiaire des réseaux non hertziens, c'est-à-dire des fréquences qui ne sont pas attribuées par l'Arcom à l'instar du satellite, de l'ADSL, de la fibre, des réseaux mobiles, ou encore d'internet. À nouveau, ces services sont soumis à de telles obligations dès lors que leur chiffre d'affaires annuel net dépasse cinq millions d'euros et que l'audience qu'ils réalisent est « *supérieure à 0,5% de l'audience totale en France des services de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'Arcom* ». De même, le décret n°2021-1926, dit décret « TNT », qui remplace le décret n°2010-747 du 2 juillet 2010, maintient l'obligation de soutien à la création imposée aux services de télévision nationaux diffusés par voie hertzienne terrestre qui réservent plus de 20% de leur temps de diffusion à des œuvres audiovisuelles ou cinématographiques et qui ont enregistré un chiffre d'affaires annuel net de 350 millions d'euros l'année précédente. Le taux de contribution annuel varie selon le type d'œuvres diffusées (**Décret n°2021-1924 du 30 décembre 2021 relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'Arcom ; Décret n°2021-1926 du 30 décembre 2021 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques**

et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre).

2. Une nouvelle régulation des communications commerciales audiovisuelles disponibles sur les plateformes de partage de vidéos

Des exigences concernant le contenu des communications commerciales. – Le décret n°2021-1922 du 30 décembre 2021 vient transposer une partie de la directive (UE) 2018/1808 (SMA) en imposant aux plateformes de partage de vidéos dont le siège social est localisé sur le territoire français de veiller à ce que les communications commerciales audiovisuelles qu'elles diffusent soient conformes au droit français de l'audiovisuel. Ainsi, les publicités clandestines sont interdites en vertu de l'article 4. Les articles 6 et 7 exigent quant à eux que les communications audiovisuelles ne soient pas discriminatoires, ne portent pas atteinte à la protection de l'environnement, à la santé, ou encore à la protection des mineurs (Décret n°2021-1922 du 30 décembre 2021 pris pour l'application de l'article 60 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986).

3. Un nouvel accord sur la « chronologie des médias » : la réduction du délai de diffusion des films après leur sortie

L'absence d'obligation de fixer une nouvelle chronologie des médias par décret gouvernemental. – Le Conseil d'État a rejeté le recours introduit par la société Canal Plus dans

lequel la requérante demandait l'annulation pour excès de pouvoir de l'article 28 de l'ordonnance n°2020-1642 du 21 décembre 2020 portant transposition de la directive (UE) 2018/1808, ainsi que de l'article 1er du décret n°2021-73 du 26 janvier 2021. La société soutenait que les deux articles attaqués annulaient l'accord professionnel conclu le 6 septembre 2018 venant fixer la « chronologie des médias » et que ces deux dispositions transféraient au Gouvernement la compétence de fixer cette « chronologie des médias », c'est-à-dire le délai entre la sortie d'un film en salles de cinéma et sa diffusion par un éditeur de SMAD ou de service de télévision. L'ensemble des moyens avancés par la société Canal Plus ont été rejetés par le Conseil d'État, lequel a rappelé que « l'article 28 de l'ordonnance attaquée ne prévoit l'intervention d'un texte réglementaire qu'en cas d'absence d'accord professionnel » et donc que la faculté dont dispose le Gouvernement de fixer par décret en Conseil d'État une nouvelle « chronologie des médias », en l'absence de la signature d'un nouvel accord professionnel, ne constitue en aucun cas une obligation (CE, 27 déc. 2021, n°450083, publié au recueil Lebon).

Signature d'un nouvel accord de « chronologie des médias ». – Un accord établissant une nouvelle « chronologie des médias » a été conclu pour trois ans le 24 janvier 2022 entre les professionnels du cinéma et un certain nombre de diffuseurs dont la chaîne Canal + et la plateforme Netflix. Il vient remplacer le précédent accord conclu le 6 septembre 2018. Conformément au décret du 22 juin 2021, les éditeurs de SMAD dont désormais partie à

l'accord. Le délai entre la sortie d'un film en salles et sa diffusion par d'autres canaux a été réduit de 44 à 36 mois. Ce délai est porté de 6 à 8 mois pour la diffusion sur des chaînes de télévision payantes et de 15 à 17 mois pour les plateformes payantes par abonnement (Ministère de la Culture, Communiqué de presse, 25 janv. 2022). Par ailleurs, un arrêté en date du 9 février 2022 est venu étendre les dispositions de cet accord à l'ensemble des acteurs de la filière, notamment aux SMAD localisés dans d'autres États membres de l'UE mais visant le territoire français (Ministère de la Culture, Communiqué de presse, 9 fév. 2022).

C. Vers l'adoption du *Digital Market Act* et du *Digital Services Act* dès 2022

L'alignement du Conseil de l'UE sur la proposition de la Commission. – Le 25 novembre 2021, le Conseil de l'Union européenne a arrêté deux positions concernant les propositions de règlements sur les marchés numériques (DMA) et sur les services numériques (DSA). L'orientation générale adoptée par le Conseil concernant le DSA reprend en grande partie la proposition de la Commission du 15 décembre 2020. La proposition du Conseil cherche à étendre les obligations prévues dans le règlement « *aux fournisseurs de services intermédiaires, tels que les réseaux sociaux et les places de marchés en ligne* » et prévoit ainsi que « *les soupçons d'infractions pénales graves* » soient notifiés à l'ensemble des services d'hébergement, et pas uniquement aux plateformes en ligne, comme cela est

prévu dans le texte de la Commission. Quant à la proposition du Conseil sur le DMA, elle reprend à nouveau en quasi-totalité celle de la Commission en cherchant à mieux définir les critères permettant de qualifier un contrôleur d'accès (Conseil de l'UE, Communiqué de presse, 25 nov. 2021 ; Conseil de l'UE, Communiqué de presse, 25 nov. 2021).

Le Parlement européen valide en grande partie la proposition de la Commission. – Le 15 décembre 2021, le Parlement européen a adopté une proposition de législation sur les marchés numériques ou *Digital Markets Act*. Le texte reprend celui adopté le 23 novembre 2021 par la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs. Il modifie partiellement la proposition de la Commission. Le règlement proposé devra s'appliquer aux entreprises proposant des « *services de plateforme essentiels* » et susceptibles de pratiquer une concurrence déloyale. Il étend son champ d'application aux « *navigateurs web, assistants virtuels et télévisions connectées* ». Parmi les modifications importantes, les députés ont relevé les seuils d'application de la législation DMA aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuels dans l'Espace économique européen est supérieur à 8 milliards d'euros et à 80 milliards d'euros en termes de capitalisation boursière. Ils proposent également que les entreprises fournissent un service de plateforme essentiel dans trois pays de l'UE au minimum et disposent « *d'au moins 45 millions d'utilisateurs finaux par mois* » et « *de plus de 10 000 entreprises utilisatrices* » pour être qualifiées de contrôleur d'accès

(Parlement européen, Session plénière, Communiqué de presse, Législation sur les marchés numériques : le Parlement est prêt à entamer des négociations avec le Conseil, 15 déc. 2021).

D. Recours en annulation contre l'article 17 de la directive 2019/790 sur les droits d'auteurs et les droits voisins dans le marché unique numérique (DAMUN)

L'article 17 jugé compatible avec l'article 11 de la Charte par l'avocat général. – L'avocat général Saugmandsgaard Oe, s'est prononcé en faveur du rejet par la Cour de justice de l'UE du recours en annulation introduit par la Pologne contre l'article 17 de la directive DAMUN du 17 avril 2019 dont la transposition devait être effectuée par les États membres avant le 7 juin 2021. L'article 17, paragraphe 4, sous b) et sous c), dispose que les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne doivent démontrer avoir mis en place un contrôle préventif des contenus susceptibles d'être mis en ligne par les utilisateurs afin d'échapper à toute responsabilité en cas de diffusion au public « *d'œuvres illicites protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés* » sur leur service de partage. Or, la Pologne soutient que le filtrage préventif effectué par les fournisseurs de service porte atteinte au droit à la liberté d'expression et d'information des utilisateurs des services de partage, garanti par l'article 11, paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (Charte). Dans ses conclusions, l'avocat général a jugé que la

limitation prévue par l'article 17 de la directive respecte le principe de proportionnalité et est donc compatible avec les dispositions de la Charte (CJUE, 15 juil. 2021, conclusions de l'avocat général M. Saugmandsgaard, Pologne c/ Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, aff. C-401/19).

II. La régulation du secteur privé de l'audiovisuel français

A. La confirmation des décisions de l'Autorité de la concurrence relatives à la plateforme Salto

1. Le recours formé par la société Molotov rejeté par la cour d'appel de Paris

Absence d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique. - Dans le contexte d'affaiblissement des services linéaires de télévision, ayant amené à la création de la plateforme Salto par les groupes M6, TF1 et France Télévisions, la société Molotov SAS, dont la plateforme diffuse des chaînes de télévision sur internet, avait saisi en 2020 l'Autorité de la concurrence. La société reprochait notamment aux groupes M6 et TF1 un abus de position dominante collective visant à l'évincer au profit de Salto, dans la mesure où ces deux groupes n'avaient pas reconduit les contrats autorisant Molotov à diffuser leurs chaînes. A la suite du rejet de cette saisine par l'Autorité en date du 30 avril 2020, la cour d'appel de Paris est venue, par un arrêt du 30 septembre 2021, rejeter le recours porté par Molotov à l'encontre de cette

décision tout en validant le raisonnement de cette dernière. La cour d'appel relève que la poursuite d'un projet commun par les groupes à l'initiative de la société Salto est insuffisante pour déduire un abus de position dominante, d'autant plus que France Télévisions a adopté un comportement différent de TF1 et M6 à l'égard de Molotov. La cour d'appel rejette également l'hypothèse d'un abus de dépendance économique, Molotov n'ayant pas fourni d'éléments permettant d'établir l'importance de la part que représentaient les chaînes de TF1 et M6 dans son chiffre d'affaires. La cour soulève par ailleurs que la situation de blocage actuelle relevant par ailleurs de la stratégie commerciale de Molotov, inadaptée à l'évolution du paysage audiovisuel (CA Paris, 30 sept. 2021, Molotov c/ Autorité de la concurrence, RG n° 20/07846).

2. La création de la plateforme Salto validée par le Conseil d'État

Rejet des recours formés par Free et Iliad. - La création de l'entreprise commune Salto par les groupes France Télévisions, TF1 et M6, visant à proposer une offre de services de rattrapage et de vidéo à la demande par abonnement, n'avait pas uniquement provoqué des plaintes de la part de Molotov. En effet, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur les recours des sociétés Free et Iliad, qui contestaient la décision du 12 août 2019 de l'Autorité de la concurrence, par laquelle celle-ci a autorisé la création de Salto sous réserve d'engagements pris par les parties, notamment concernant la gouvernance de la société Salto, et visant à remédier aux effets

anticoncurrentiels de l'opération. Dans son arrêt en date du 8 novembre 2021, le Conseil d'État a approuvé en tout point l'analyse de l'Autorité, rejetant ainsi les recours formés par Free et Iliad. Après avoir réaffirmé que Salto était une entreprise « *de plein exercice* », justifiant l'analyse de l'opération sous l'angle du droit des concentrations et non des pratiques anticoncurrentielles, le juge administratif a en effet pu valider les délimitations de marché opérées par l'Autorité de la concurrence. Surtout, le Conseil d'État a pu confirmer que les engagements pris par les parties afin d'assurer une séparation entre les sociétés mères et contre les risques d'achats couplés sur le marché de l'acquisition de droits de diffusion étaient suffisants, entérinant ainsi la création de Salto (CE, 8 novembre 2021, n° 435984 et 439527).

B. Contentieux sur le marché des droits de la Ligue 1 de football

1. Canal + et BeIN Sport déboutés par le tribunal de commerce de Paris

Un nouvel appel d'offres n'intégrant pas tous les lots initiaux de droits de diffusion ne fausse pas la concurrence. - La fin de l'année 2020 marquait la rupture du contrat unissant la Ligue de Football Professionnel (LFP) et Mediapro, principal acquéreur des droits de diffusion de la Ligue 1 en 2018. La rupture, qui a fait couler beaucoup d'encre, a surtout donné naissance à un contentieux important, autour de la remise sur le marché par la LFP, en janvier 2021, des lots précédemment détenus

par Mediapro, représentant environ 80% des matchs de Ligue 1 et de Ligue 2. Canal +, qui bénéficiait sous licence du « lot 3 » des droits de diffusion acquis par la société BeIN Sports en 2018, a en effet contesté devant le tribunal de Commerce de Paris le nouvel appel d'offres lancé par la LFP, estimant que son lot, acquis à un coût élevé, aurait également dû être remis sur le marché. La réponse du tribunal a toutefois été sans équivoque, la décision de la LFP de ne remettre en jeu que les lots précédemment détenus par Mediapro, sans intégrer le lot 3 dans un appel à candidatures d'ensemble « *n'a pas eu pour objet ou pour effet d'évincer BeIN et Canal +* », et « *n'a pas eu pour effet de fausser la concurrence* ». Malgré tout, l'appel d'offres de la LFP s'est révélé infructueux et a permis au groupe Canal Plus d'obtenir, suite à une négociation de gré à gré, les droits de diffusion vacants pour la saison alors en cours (**Tribunal de commerce de Paris, 11 mars 2021, n° 2021006645**).

2. La décision de l'Autorité de la concurrence et l'avis du CSA

L'avis du CSA pour un meilleur encadrement du processus d'attribution des droits de diffusion des compétitions sportives. - Le groupe Canal Plus a également initié devant l'Autorité de la concurrence une plainte pour abus de position dominante et une demande de mesures conservatoires à l'encontre de la LFP, donnant lieu à un avis du CSA et à une décision de l'Autorité. Tout en soulignant la place majeure occupée par les compétitions de football, qui sont les plus attractives sur le

marché des droits de diffusion en France, et en rappelant le contexte de montée en puissance de nouveaux acteurs du numérique sur ce marché, tels qu'Amazon, le CSA a rendu, dans le cadre de la plainte du groupe Canal Plus, un avis très critique à l'égard du comportement de la LFP dans l'attribution des droits de la Ligue 1. Le régulateur a en effet pu relever que la LFP, qui avait eu recours à un système d'attribution par lots dans un système d'appel d'offres lui permettant de maximiser le montant total de la vente, avait, de par sa décision de ne pas remettre en jeu le lot 3, « *privé l'ensemble des acteurs de l'opportunité d'obtenir les droits de diffusion à un prix potentiellement inférieur à celui de 2018* ». En somme, bien que le système d'appel d'offres ait permis à la LFP de maximiser la valeur des droits, le régulateur regrette que celui-ci n'ait pas permis d'assurer une concurrence efficace sur le marché, « *ni de garantir aux téléspectateurs un accès à une offre la plus large possible à un prix raisonnable* », dans un contexte où le piratage des événements sportifs est en forte hausse (**CSA, avis n° 2021-08 relatif à une demande de mesures conservatoires accessoire à la saisine au fond introduite devant l'Autorité de la concurrence par la société Groupe Canal Plus concernant des pratiques mises en œuvre par la Ligue de Football Professionnel du 11 juin 2021**).

Le rejet par l'Autorité de la concurrence de la saisine de Canal Plus contre les pratiques de la LFP. - Malgré l'avis relativement critique du CSA, l'Autorité de la concurrence a rejeté la saisine du groupe Canal Plus, alors que ce dernier soutenait que la LFP « *aurait abusé de*

la position dominante qu'elle détiendrait sur le marché de l'acquisition des droits de Ligue 1 en ne remettant pas sur le marché les droits restitués par Médiapro ». L'Autorité a estimé que le choix de ne pas inclure le lot 3 était nécessaire et proportionné, dans la mesure où le contrat liant la LFP et BeIN Sports était régulièrement formé et parfaitement exécuté depuis près de trois ans, et qu'il n'existait donc aucune raison de revenir sur celui-ci. Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirmait le groupe Canal Plus, l'Autorité a considéré qu'aucune discrimination abusive ne pouvait être caractérisée dans les modalités de soumission, puisque celles-ci étaient identiques pour tous les candidats potentiels. Ainsi, malgré le caractère imparfait de la procédure menée par la LFP, ayant conduit à une augmentation des prix au détriment des téléspectateurs, les plaintes du groupe Canal Plus n'ont prospéré ni devant le Tribunal de Commerce ni devant l'Autorité de la concurrence (**Aut. conc., décision 21-D-12 du 11 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre par la Ligue de Football Professionnel dans le secteur de la vente de droits de diffusion télévisuelle de compétitions sportives**).

C. L'annonce du projet de fusion des groupes TF1 et M6

À l'aune de l'accélération de la concurrence faite par les plateformes numériques mondiales aux groupes audiovisuels traditionnels, les groupes TF1 et M6, ainsi que leurs maisons mères Bouygues et RTL Group, annonçaient par un communiqué de presse en date du 17 mai 2021,

avoir conclu des protocoles d'accord d'entrée en négociations pour fusionner les activités des groupes TF1 et M6. Face à l'évolution des modes de consommation et à l'avènement d'acteurs internationaux incontournables, l'objectif est clair : créer un géant français qui permettrait de « *garantir l'indépendance à long terme de la création française de contenu* », tout en renforçant sa production et son exportation, et en accélérant le développement de technologies de pointe en streaming (**Communiqué de presse TF1, M6, Bouygues et RTL Group, 17 mai 2021**). L'enjeu est financier, puisque le chiffre d'affaires de l'entité fusionnée serait estimé à 3,4 milliards d'euro, mais également politique, dans un environnement où la concentration des médias est de plus en plus importante. Comme le soulignait le CSA dans un communiqué de presse suite à la demande d'avis de l'Autorité de la concurrence en date du 2 novembre 2021 sur le rapprochement des deux groupes, le régulateur « *veillera tout particulièrement à garantir le pluralisme du paysage audiovisuel, qui implique à la fois le maintien d'un nombre élevé d'opérateurs et la diversité des programmes et des contenus offerts aux publics* ». Les observations de l'Arcom devraient être produites à la fin du mois de mars 2021 et la décision relative à l'agrément de l'opération devrait être adoptée au cours du second semestre de l'année 2022 (**CSA, Communiqué de presse, 6 décembre 2021**).

III. La régulation du secteur public de l'audiovisuel français

A. La chaîne France 4 finalement maintenue sur la TNT

1. La nouvelle ligne éditoriale de la chaîne France 4

Le maintien de France 4. – Le Gouvernement français a finalement décidé de maintenir la chaîne France 4 dont l'arrêt était pourtant prévu par le décret n°2020-1055 du 14 août 2020. Le 18 juin 2021, le CSA avait émis un avis favorable au maintien de la diffusion de France 4 en considérant que « *l'existence d'une chaîne destinée à la jeunesse gratuite, sans publicité et accessible à tous joue un rôle important en matière de cohésion sociale et de lutte contre la fracture numérique* » (CSA, avis n°2021-10 du 16 juin 2021 relatif à un projet de décret portant modification du cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions).

Une ligne éditoriale axée sur la jeunesse et la culture. - La ligne éditoriale de France 4 a été modifiée par le décret du 19 juin 2021 qui est venu modifier le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions. La chaîne France 4 est désormais une « *chaîne de la jeunesse, de la famille, de la culture et notamment du spectacle vivant* », qui ne diffuse aucune publicité. Deux programmations sont prévues. En journée,

la programmation est destinée aux familles avec la diffusion de programmes français et notamment de programmes d'animation. En soirée, la diffusion de divertissements culturels et d'œuvres cinématographiques d'art et essai est privilégiée (Décret n°2021-785 du 19 juin 2021 portant modification du cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions).

2. L'arrêt de la chaîne éphémère Culturebox

La programmation « Culturebox » désormais diffusée sur le canal 14. – Lancée le 1er février 2021 sur le canal 19 afin de remplacer temporairement la chaîne France 4, la chaîne Culturebox a cessé sa diffusion le 20 août 2021. Néanmoins, la programmation de « Culturebox » continue à être diffusée sur la chaîne France 4 après 20h00 (Décret n°2021-785 du 19 juin 2021 portant modification du cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions).

B. Le renouvellement des contrats d'objectifs et de moyens des cinq sociétés de l'audiovisuel public

1. Les principaux objectifs communs fixés pour la période 2020-2022

Développer l'offre de contenus en favorisant la coopération entre les sociétés de l'audiovisuel public. - Cinq contrats d'objectifs et de moyens (COM) ont été conclus le 28 avril 2021 entre la ministre de la Culture et France Télévisions, Radio France, Arte France, France

Médias Monde (FMM) et l'Institut national de l'audiovisuel (INA) pour la période s'étendant de 2020 à 2022. Pour la première fois, ces cinq COM ont été élaborés ensemble et fixent des objectifs communs aux cinq sociétés publiques. Un des principaux objectifs définis dans les COM est celui de renforcer la coopération entre les cinq acteurs de l'audiovisuel public afin d'augmenter le volume de contenus proposé et de mieux cibler l'offre de contenus la plus conforme aux attentes du public. Il convient de noter que le Sénat a toutefois émis un avis défavorable en considérant qu'il y avait « *un décalage persistant entre les objectifs et les moyens nécessaires pour les atteindre* » (Sénat, **Rapport d'information n°309, 27 janv. 2021** ; Ministère de la Culture, **Communiqué de presse, 28 avril 2021**).

Une diminution du budget versé au secteur et une réaffectation des dépenses en faveur de la transition numérique. – Le budget du secteur de l'audiovisuel public doit diminuer de 190 millions d'euros d'ici 2022. France Télévisions verra notamment son budget amputé de 160 millions d'euros et Radio France de 20 millions d'euros. En parallèle, les COM prévoient que 150 millions d'euros seront dépensés d'ici la fin 2022 afin de favoriser la transition numérique de l'audiovisuel public en augmentant notamment le nombre de contenus délinéarisés proposés (Sénat, **Rapport d'information n°309, 27 janv. 2021**).

2. Les objectifs spécifiques fixés pour la période 2020-2022

Des missions particulières confiées aux cinq sociétés de l'audiovisuel public. - Le contrat d'objectifs et de moyens conclu entre France Médias Monde et le ministère de la Culture insiste en particulier sur la nécessité pour France Médias Monde de s'exporter davantage dans les différentes régions du monde, de transmettre les valeurs démocratiques et de soutenir la diffusion de la francophonie. Concernant France Télévisions, parmi les missions définies dans le contrat d'objectifs et de moyens, l'accent est mis sur l'impératif de diversifier l'offre pour la jeunesse et d'assurer la représentation de la diversité dans ses programmes et notamment la présence des minorités. Radio France doit quant à elle continuer à développer sa plateforme numérique et proposer un contenu plus adapté aux jeunes auditeurs. Pour l'INA, un des principaux défis énoncés dans le contrat d'objectifs et de moyens est que cette dernière parvienne à retrouver un équilibre budgétaire. Enfin, parmi les objectifs fixés dans le contrat d'objectifs et de moyens entre l'État et Arte France, la société doit augmenter le nombre de programmes européens diffusés (Sénat, **Rapport d'information n°309, 27 janv. 2021** ; CSA, **avis n°2021-12 relatif au rapport d'exécution des contrats d'objectifs et de moyens de France Télévisions, Radio France et France Médias Monde pour l'année 2020, 15 sept. 2021**).

IV. La régulation des programmes audiovisuels en France

A. Le domaine de compétence du régulateur étendu

1. La prise en compte renforcée des enjeux environnementaux

De nouvelles obligations confiées à l'Arcom par la loi Climat et résilience. - Confrontée à l'urgence climatique, la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets du 22 août 2021 avait notamment pour objectif de faire évoluer les modes de consommation ayant un impact important sur l'environnement. Alors que l'idée d'interdire de façon totale la publicité pour les produits issus des secteurs les plus émetteurs en gaz à effet de serre avait émergé de la Convention citoyenne pour le climat, la loi reprend finalement de façon partielle cette idée, et promet avant tout une forme d'autorégulation. À cette fin, l'article 14 de la loi confie de nouvelles obligations au régulateur de l'audiovisuel, l'Arcom. Cette dernière doit désormais promouvoir, en matière environnementale, des codes de bonne conduite, appelés contrats climats, « *visant à réduire de manière significative les communications commerciales sur les services de communication audiovisuelle et sur les services proposés par les opérateurs de plateforme en ligne, relatives à des biens et services ayant un impact négatif sur l'environnement* ». Un

tel encadrement par le régulateur se fait en parallèle du développement d'une nouvelle réglementation en matière d'affichage environnemental, et devra être accompagné de rapports annuels d'application (Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets).

2. La poursuite de la lutte contre la haine en ligne

La loi confortant le respect des principes de la République en continuité de la loi Avia. - Alors que la Loi Avia (loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet) avait été en très grande partie censurée par le Conseil constitutionnel en raison des risques qu'elle faisait peser sur la liberté d'expression, la loi confortant le respect des principes de la République est venue accroître, en son livre IV, les compétences du régulateur en matière de lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne. Cette dernière implique notamment une modification de la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004, avec l'instauration d'une procédure, initialement prévue dans la loi Avia, permettant de bloquer les « sites miroirs » reprenant des contenus illicites déréférencés ou bloqués par la justice. Surtout, afin de s'aligner sur la proposition de règlement *Digital Services Act*, la loi impose aux opérateurs de plateformes en ligne un nouveau régime de modération des contenus illicites, comprenant des obligations d'informations et de transparence ainsi qu'une

meilleure efficacité du traitement des demandes judiciaires. Ces obligations de modération sont dorénavant sous la supervision de l'Arcom, dans les conditions prévues à l'article 62 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, qui pourra en cas de non-respect de ces dernières prononcer des sanctions financières allant jusqu'à 6% du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise ou 20 millions d'euros (**Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République**).

B. La régulation des contenus audiovisuels

Une décision de sanction financière à l'encontre de la chaîne CNews pour mauvaise maîtrise de son antenne. - Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de sanction à l'encontre des éditeurs ou distributeurs de services de communication audiovisuelle, le CSA a prononcé le 17 mars 2021 une sanction pécuniaire de 200 000 euros à l'encontre de la chaîne CNews suite à la diffusion de l'émission « Face à l'info » le 29 septembre 2020. Lors de cette émission, le chroniqueur Éric Zemmour avait tenu des propos diffamatoires et incitant à discriminer les mineurs étrangers isolés, les qualifiant de « voleurs » et de « violeurs ». Dans sa décision, le CSA rappelle que la chaîne, qui avait déjà été mise en demeure en 2019 en raison des propos haineux tenus à l'antenne, a ainsi manqué à ses obligations dans la mesure où de telles déclarations contreviennent à l'obligation qui incombe à la chaîne de ne pas inciter à la haine ni d'encourager les comportements discriminatoires, précisée

à l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986, mais également à l'obligation de maîtriser son antenne, stipulée dans la convention qui lie la chaîne au CSA, en l'absence de réaction suffisamment marquée sur le plateau face à ces déclarations (**CSA, Décision n°2021-218 du 17 mars 2021 portant sanction à l'encontre de la S.E.S.I**). Il est à noter que le chroniqueur a introduit un recours devant le juge des référés du Conseil d'État à l'encontre de cette décision du CSA, estimant notamment que celle-ci était infondée et portait atteinte à sa présomption d'innocence. Le juge des référés a toutefois rejeté ce recours, dans la mesure où « *le paiement par la [chaîne] de la somme qui lui a été infligée à titre de sanction de la méconnaissance de ses propres obligations, ne cause par elle-même aucun préjudice au requérant* » (CE, 28 avril 2021, n° 451898).

C. La protection du pluralisme politique

1. Précisions quant au décompte du temps de parole

Mise en demeure de la chaîne CNews pour non-respect du pluralisme lors des élections régionales. - Afin de garantir le respect du pluralisme, principe à valeur constitutionnel d'après la décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986, les éditeurs de programmes doivent veiller, en période électorale, à ce que les candidats, listes, ou groupements politiques bénéficient d'un accès équitable à l'antenne, et pour se faire, recensent les différents temps d'antenne, sous le contrôle du régulateur.

Conformément à l'article 13 de la loi de 1986, le CSA a relevé, dans une décision du 9 juin 2021 que la chaîne CNews avait, entre le 10 et le 28 mai 2021, accordé un temps d'antenne d'environ une heure au candidat de la liste du Rassemblement National en Ile-de-France, tout en ne déclarant que 7 minutes environ. En raison d'une telle exposition profitable à sa candidature, le CSA en a conclu que « *le principe d'un accès équitable à l'antenne des différentes listes ne pourrait, en l'état, être respecté sur ce service* », entraînant donc la mise en demeure de la chaîne à se conformer aux obligations précitées (CSA, **Décision n° 2021-654 du 9 juin 2021 mettant en demeure la Société d'exploitation d'un service d'information**).

Prise en compte du temps de parole d'un « acteur du débat politique national ». - Le CSA est également venu trancher la délicate question du décompte du temps de parole d'un chroniqueur encore non-déclaré candidat à l'élection présidentielle mais faisant l'objet d'une forte attention médiatique et politique. Alors que les chroniqueurs et éditorialistes ne sont en temps normal pas concernés par l'obligation de décompte du temps de parole, le collège du CSA, réuni en assemblée plénière, a toutefois demandé aux médias audiovisuels de décompter, à compter du 9 septembre 2021, les interventions d'Éric Zemmour, le considérant comme un « *acteur du débat politique national* ». Cette notion a toutefois pu paraître problématique car non définie et motivée par le CSA, et car le chroniqueur de CNews n'avait alors aucune prétention électorale clairement affichée (CSA, **Communiqué de presse du 8**

septembre 2021).

2. Rappels quant aux conditions de diffusion pour assurer le pluralisme politique

Mise en demeure de la chaîne CNews pour diffusion d'interventions politiques ne permettant pas au public d'en être « réellement destinataire ». - Afin de garantir l'équilibre dans le pluralisme de l'expression politique, le régulateur veille à ce que le temps d'intervention de l'exécutif « *corresponde à un tiers du temps total d'intervention* » et à ce que les partis et groupements politiques bénéficient d'un temps d'intervention équitable. Or, le CSA a rappelé, dans une décision du 3 décembre 2021 mettent en demeure la Société d'exploitation d'un service d'information concernant le service de télévision « CNews », que les interventions politiques devaient être diffusées dans des conditions permettant au public de bénéficier de « *programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* » et d'être ainsi « *réellement destinataire* » des interventions politiques diffusées dans les programmes de services de communication de l'information. Dès lors, la chaîne a manqué à ses obligations dans la mesure où celle-ci a, entre le 1er octobre et le 15 novembre 2021, diffusé une proportion significative des interventions des membres de l'exécutif et du parti politique La France Insoumise entre 0h00 et 5h59 sur sa chaîne. Le CSA a ainsi considéré que ces conditions de diffusions défavorables ne permettaient pas d'assurer le pluralisme des courants de pensée

et d'opinion (CSA, décision du 3 décembre 2021 mettant en demeure la Société d'exploitation d'un service d'information).

V. La gestion du domaine public hertzien

Nouveau cycle de régulation du marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre. - La diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre par la plateforme TNT (Télévision Numérique Terrestre) reste un mode de consommation audiovisuelle historique et important. Toutefois, celle-ci voit sa place s'amenuiser face aux modes de diffusions alternatifs, utilisant la distribution par l'ADSL ou la fibre. Le développement de la télévision sur IP, offerte par les distributeurs d'accès à internet, a par ailleurs dépassé la consommation par TNT courant 2017, mais cette dernière reste nécessaire dans certains territoires où le déploiement du réseau fixe Très Haut Débit n'est pas achevé. C'est dans ce contexte que l'Arcep a été amenée à étudier l'ouverture d'un nouveau cycle de régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre, marché sur lequel la concurrence est limitée puisque l'opérateur historique TDF, principal diffuseur de la TNT, y possède plus de 75% des parts de marché. Tel que l'expliquait l'Autorité de la concurrence dans un avis du 17 décembre 2021 relatif au projet, l'Arcep « envisage de faire reposer ce nouveau cycle de régulation sur la seule base d'engagements proposés par TDF, qui seraient acceptés et

rendus opposables par la décision à venir et non sur la base d'obligations réglementaires ». Le régulateur des communications électroniques avait effectivement lancé le 3 mai 2021 une première étape de réflexion, en mettant en consultation publique son bilan du marché et en présentant les propositions d'engagements transmises par TDF, suivie, du 29 octobre au 17 décembre 2021 d'une consultation publique sur son projet de décision. L'Arcep y constate que TDF exerce sur le marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre, non parfaitement substituables aux autres modes de diffusion, une influence significative, mais que ses engagements seraient de nature à contribuer au développement d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques (Arcep, communiqué de presse du 3 mai 2021 ; Arcep, communiqué de presse du 29 octobre 2021 ; ADLC, avis 21-A-17 du 17 décembre 2021).

◆ Droit de la régulation de l'électricité

Par Léa GOGUE et Adrien ÖBERG

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2021 a été une année mouvementée pour le secteur de l'électricité en France, mais aussi en Europe. C'est d'abord le cadre juridique du marché de l'électricité qui a été bouleversé avec le début de la gouvernance du Green Deal et l'adoption de la taxonomie verte, incorporant les énergies telles que le gaz et le nucléaire dans la catégorie des énergies vertes, dites « de transition ». Au niveau de la demande de l'électricité ce marché spécifique s'est également vu transformé. Avec l'électrification des usages, tels que le développement accru de bornes de recharge de voitures électriques, la demande de l'électricité augmentera considérablement dans les trente prochaines années selon un rapport du RTE. Par ailleurs, l'année 2021 marque un tournant dans notre rapport à la production de l'électricité. Après une année 2020 atypique du fait de la crise sanitaire, et dans le contexte actuel de reprise économique, la production d'électricité en 2021 se rapproche du niveau de 2019, augmentant ainsi de 4,5% pour atteindre 522,9 TWh. Cette reprise s'étant accompagnée d'une véritable hausse du rythme d'installation des panneaux solaires et d'une hausse de la production nucléaire, malgré une faible disponibilité du parc de réacteurs en fin d'année 2021. Or deux limites à cette reprise sont toutefois à préciser, limites liées à la particularité du secteur de l'électricité. D'une part la production annuelle renouvelable a diminué par rapport à 2020, en raison de conditions météorologiques défavorables pour l'hydraulique (-5%) et pour l'éolien (-7%), et ce malgré l'augmentation du parc. D'autre part, d'une faible disponibilité du parc nucléaire et de la production éolienne, le second semestre 2021 a été marqué par une crise énergétique européenne poussant les prix de l'électricité sur les marchés en Europe à la hausse.

I. Le cadre général de la régulation du marché de l'électricité

A. L'évolution du marché intérieur de l'électricité

1. Les orientations du marché intérieur de l'électricité

Le marché intérieur de l'électricité au service de la transition climatique. - Les orientations du marché intérieur de l'électricité restent dans la continuité du changement de paradigme qui a été initié par l'adoption du *Green Deal*. On ne peut ainsi comprendre le nouveau cadre du marché intérieur de l'électricité sans comprendre la portée du Green Deal, liant de façon étroite la transition énergétique à la transition climatique. En effet, que lors de son discours sur l'État de l'Union, du 18 janvier 2021, la présidente de la Commission européenne, Ursula Von der Leyen, a rappelé l'importance d'établir un « Nouveau *Bauhaus* européen », dans lequel le Green Deal deviendrait le fluide vital à toute action du quotidien. Cette vision, déjà présente dans la communication de la Commission sur le pacte vert pour l'Europe du 11 décembre 2019 (COM(2019) 640 final), établit clairement une gouvernance planificatrice en matérialisant des engagements à long terme. Elle dessine surtout une feuille de route contraignante par étapes, qui doit être définie par les États membres avec des plans climat, communiqués à la Commission et évaluée par cette dernière. En somme, l'architecture

fonctionnelle du Green Deal a pour objectif non pas de fixer dans le marbre un objectif de long terme, mais d'organiser une transition climatique effective en encadrant la prise de décision politique. C'est à la lumière d'un tel paradigme qu'il faut comprendre les orientations du marché intérieur de l'électricité. La transition énergétique étant au service de la transition climatique. La portée universelle de la décision de la Cour de Karlsruhe du 29 avril 2021 à propos de la loi relative à la lutte contre le changement climatique concrétise et met en application cette vision. En l'espèce, la Cour constitutionnelle allemande consacre l'influence du droit à la protection du climat sur tous les autres droits fondamentaux, dessinant ainsi leur potentielle hiérarchisation (**Succès partiel des recours constitutionnels dirigés contre la loi relative à la lutte contre le changement climatique, communiqué de presse no. 31/2021 du 29 avril 2021**). En privilégiant les droits des générations futures, la Cour rend obligatoire la planification au sens d'un encadrement de la prise de décision politique et implique une mise en relation des politiques publiques nationales et européennes, et ce au-delà de la simple primauté du droit de l'Union (**BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. mars 2021- 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270**).

2. Un nouveau cadre du droit des aides d'État pour les énergies

L'impératif de continuer à soutenir le développement des énergies renouvelables. - Le 20 octobre 2021, un rapport du Conseil des régulateurs européens de l'énergie sur

les énergies renouvelables hors soutien a été publié. Les pays membres du CEER encouragent le déploiement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables par le biais de plusieurs mécanismes de soutien, et ce en respectant le droit des aides d'État, sur une durée limitée. À l'heure actuelle, la problématique réside dans le nombre croissant d'installations d'énergies renouvelables qui arrivent à la fin de leur période de soutien (« End of Support » - EOS). Cette EOS diffère pourtant de leur fin de vie technique. Le rapport soutient alors qu'il serait bénéfique de créer un cadre permettant à ces installations de continuer de fonctionner, produire et vendre de l'électricité au-delà de la période de soutien. Ce rapport s'inscrit de manière plus générale dans un nouveau cadre de réflexion sur le droit des aides d'État, qui a profondément marqué l'année 2021. Cette réflexion se lit notamment à travers la décision du Tribunal de l'Union européenne concernant un litige entre la Coopérative des artisans pêcheurs associés (CAPA) et une décision de la Commission européenne rendant compatible une aide d'État (**Trib. UE, 15 septembre 2021, CAPA e.a. / Commission, T-777/19**). En effet dans sa décision du 26 juillet 2019, la Commission avait décidé d'autoriser le régime d'aides mis en place par l'État français pour les aides financières qu'il avait apporté à la construction de parcs éoliens en mer. Cette aide consistait à subventionner les entreprises, sous la forme d'une obligation d'achat d'électricité à un tarif supérieur au prix du marché, le surcoût étant intégralement compensé par l'État (**Décision C(2019) 5498 final**). Or à l'heure d'une crise

énergétique européenne, le Tribunal prend le parti des États membres en interprétant le régime relatif au droit des aides d'État de manière à favoriser les énergies renouvelables, favorisant ainsi une meilleure compatibilité entre ce droit spécifique et le défi de la transition climatique.

La refonte du droit des aides d'État sous le prisme des EnR. - D'une telle jurisprudence, il découle un nouveau cadre juridique qui se dessine autour du droit des aides d'État. Le 21 décembre 2021, la Commission a adopté les nouvelles directives concernant les aides d'État au climat, à la protection de l'environnement et à l'énergie (CEEAG). Ces nouvelles règles opèrent un alignement sur les objectifs et cibles importants définis par l'Union dans le pacte vert pour l'Europe et tiennent compte en somme de toutes les autres modifications réglementaires récentes dans le domaine des énergies ainsi que dans le domaine de l'environnement. Ces règles rendent plus souple et flexible le cadre des aides d'État en l'adaptant aux objectifs poursuivis par l'Union et les États membres quant au défi climatique. Ainsi ces nouvelles règles en matière d'aides d'État soutiennent plusieurs types de projet tels que la protection de l'environnement, la décarbonation de l'économie, l'amélioration de l'efficacité énergétique, la mobilité propre, les logements, l'économie circulaire ou la garantie de la sécurité d'approvisionnement énergétique. Ce nouveau cadre vise d'une part à aider les États membres à atteindre des objectifs ambitieux en matière d'énergie et de climat au coût le plus bas possible pour

les contribuables et respecter les règles de la concurrence, et d'autre part encourage la participation des communautés européennes citoyennes et les PME à devenir des acteurs actifs de la transition écologique.

B. L'évolution du marché français de l'électricité

1. Le projet de loi de transposition du paquet énergétique

Transposition du paquet énergétique et importance de l'activation du citoyen consommateur producteur. - À l'heure du *Green Deal* qui vient drainer sa substance dans toutes les politiques de l'Union européenne, le marché de l'électricité français s'est vu particulièrement transformé. L'année 2021 est marquée par la transposition de plusieurs directives européennes en droit français. Le 26 mai 2021, la ministre de la Transition écologique a présenté un projet de loi ratifiant trois ordonnances transposant ainsi deux directives, celle du 11 décembre relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, dite RED II (Directive (UE) 2018/2011), et celle du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (Directive (UE) 2019/944). Ces trois ordonnances contribuent à la poursuite de la construction d'un cadre législatif en faveur de la transition énergétique et à la transition effective et inéluctable du climat. Elles font aussi l'objet d'une large concertation avec les parties prenantes pour les questions de la finalisation des textes

d'application (ordonnance n°2021-235 du 3 mars 2021 portant transposition du volet durabilité des bioénergies de la directive de 2019 ; ordonnance n°2021-236 du 3 mars 2021 portant transposition de diverses dispositions de la directive 2018 ; ordonnance n°2021-237 du 3 mars 2021 portant transposition de la directive de 2019). Plusieurs objectifs sont attachés à ce projet de loi. D'abord étendre les exigences de durabilité des matières premières, de réduire les émissions de gaz à effet de serre et d'améliorer l'efficacité énergétique des filières de production énergétique à partir de biomasse ; puis définir dans la loi les communautés énergétiques citoyennes, compléter les dispositions relatives aux garanties d'origine, en particulier en créant la possibilité pour les producteurs d'énergie renouvelable bénéficiant d'un soutien public de bénéficier d'un droit de priorité sur l'achat des garanties d'origine issues de leurs installations ; ou encore encourager la flexibilité sur le marché de l'électricité en matière d'exploitation des réseaux électriques, de raccordement au réseau, de stockage de l'électricité et aussi en adaptant le mécanisme de capacité à l'objectif de sécurité d'approvisionnement en période de pointe. Ces différents objectifs se faisant à la lumière d'une activation importante du consommateur. Ce dernier va certes bénéficier d'une meilleure protection en cas de hausse des prix, mais il doit désormais participer activement à la transition énergétique, et de façon plus générale à la transition climatique.

2. Le rapport de RTE

Vers un maintien du nucléaire. - En octobre 2021, RTE a remis un rapport conséquent qui évoque les scénarios possibles d'ici 2050 face à une hausse de la consommation d'électricité (RTE, Rapport « Futurs énergétiques 2050 », 18 octobre 2021). En raison d'une importante électrification des usages, comme l'atteste le développement des voitures électriques, la réindustrialisation et le projet de production d'hydrogène, le rapport de RTE montre une augmentation de la demande d'électricité d'ici 2050. L'analyse de RTE porte particulièrement sur les différentes consommations possibles de l'électricité en France, avec des scénarios différents selon les mix énergétiques. Concernant les scénarios sur la demande, la France peut soit pencher vers une sobriété énergétique, soit d'ici 2050 vers une croissance de 60% en termes de consommation d'électricité. Pour faire face à une telle demande croissante, RTE définit six scénarii possibles à mettre en place d'ici 2050 afin d'atteindre la neutralité carbone prévu par la loi de la transition climatique de 2015 (**Loi n°2015-993 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte**). D'une part trois scénarios visent l'objectif d'atteindre 100% d'énergies renouvelables (EnR) dans le mix énergétique à termes en 2050, avec comme premier scénario une sortie totale de nucléaire. Le second scénario vise 100% d'EnR en 2060 mais en étalant dans le temps et sans limite de temps la fermeture de la capacité nucléaire française. Enfin le troisième scénario retient une sortie définitive du nucléaire en 2060

avec 100% d'EnR. Puis RTE a opté pour une autre série de scénarios, considérés comme des scénarios d'accompagnement dans le sens où dans ces trois scénarii la construction de réacteurs nucléaires nouveaux est nécessaire. Ainsi le premier scénario serait celui de la construction des EPR en donnant priorité aux EnR afin qu'elles représentent à termes les deux tiers de la production totale d'électricité. Le second évoque la construction de quatorze réacteurs nucléaires à raison d'une paire tous les trois ans dès 2035 jusqu'à 2060, prévoyant ainsi un développement de nouveaux réacteurs plus lent. Enfin, le dernier scénario dessine la possibilité à termes de voir un mix énergétique paritaire avec 50% d'électricité produite par le nucléaire, et 50% produite par les EnR. À noter que RTE ne se prononce pas sur tel ou tel scénario. Il appartient aux pouvoirs publics de choisir le scénario potentiel.

II. Vers un cadre plus résilient de la régulation du marché de l'électricité

La relance généralisée des économies mondiales après leurs ralentissements suite à l'épidémie de la COVID-19 a conduit à augmenter la demande en énergie. Les prix associés ont subi une pression à la hausse qui s'est généralisée dans toute l'Europe.

A. Flambée des prix et réactions des régulateurs européens

1. Le soutien réaffirmé aux énergies renouvelables (EnR)

Le soutien réaffirmé aux énergies renouvelables (EnR). - Au cours de l'année 2021, la Commission européenne a confirmé sa volonté de soutien aux modes de production privilégiant les énergies renouvelables. Elle affirme cette position en autorisant notamment plusieurs régimes d'aides d'État qui viennent soutenir le développement des EnR (SA.50272 autorisé par une décision du 27 juillet 2021 ; SA61902 autorisé par une décision du 27 août 2021).

Ce soutien est réaffirmé par le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (CEER), qui, dans un rapport d'octobre 2021, a rappelé l'importance de soutenir les capacités de production des EnR, bien que la fin effective de certaines aides directes soutenant les EnR approche. En effet, dans un premier temps, le CEER note que les productions renouvelables vont perdre le bénéfice des dispositifs d'aides de manière quasi-généralisé entre 2020 et 2030. La fin de ces aides ne représentant pas la fin de vie technique de ces productions, se pose la question de l'avenir des capacités construites ayant bénéficié de ces aides. La plupart des membres du CEER prévoit que la majorité de ces capacités, une fois les aides expirées, fonctionneront encore et continueront ainsi à vendre aux conditions de marché par l'intermédiaire d'un

distributeur. Il en découle d'une telle position que malgré les échéances passées, la majorité des producteurs envisage de renforcer la résilience de la production d'électricité issue des EnR. Cependant d'autres membres ont identifié les inquiétudes principales chez les producteurs une fois les aides expirées. Les inquiétudes sont diverses et concernent autant les risques encourus de défaut de livraison dû à l'intermittence du fonctionnement des EnR, qu'à l'absence de pilotage de la production, ou de l'incertitude des prix de marché et des délais pour obtenir les licences de production. Les conclusions du rapport soulignent enfin que certes la plupart des aides aux capacités de production issue d'EnR arrivent à échéance, mais les réglementations ne différencient pas ces capacités avec les autres construites quant à elles sans aide. Ce constat fait émerger la question de la précision et d'une harmonisation du cadre réglementaire à apporter à ces capacités de production.

2. Les outils de résilience

Les outils de résilience. - Dans sa communication du 13 octobre 2021, la Commission européenne a donné une série de recommandations aux États membres et d'engagement de sa part (COM(2021) 660 final). La Commission a tenté de développer un panel d'outils pour lutter contre la hausse des prix de l'énergie, au travers d'instruments d'action et de soutien. Y sont abordés plusieurs leviers nationaux à court terme, tels que les outils fiscaux ou bien les aides directes. À moyen terme, il est d'urgence de développer

des capacités de stockage ainsi qu'à investir dans les productions issues des EnR et dans la rénovation des bâtiments. Enfin, la Commission se penche sur la possibilité de construire des marchés de détails régionaux, et appelle à renforcer la surveillance des marchés. Ces différents outils de résilience permettant d'atteindre une production européenne plus autonome et une sobriété énergétique.

Sur les *aides directives et sociales*, la communication rappelle qu'elles doivent être directement attribuées aux utilisateurs finals mais aussi être limitées dans le temps. Il est également permis d'envisager des mécanismes de garde-fou pour lutter contre les coupures du réseau électrique et des retards sur les échéances de paiements des factures. La Commission renvoie sur le sujet à sa recommandation (EU) 2020/1563 sur la précarité énergétique qui appelle à une forte collaboration entre les autorités compétentes des États membres mais aussi à un niveau plus régional au travers d'une politique d'aide privilégiant une action locale et privilégiant des solutions intégrées et transverses afin de remédier à cette précarité.

Sur les *outils fiscaux*, la Commission constate que les taxes et redevances intégrées aux prix que paient les consommateurs représentent une part significative (en moyenne 41% du prix payé par les ménages). La Commission recommande aux États membres soit d'agir sur ces prélèvements, bien qu'un tel mécanisme doive être ciblée sur les ménages les plus touchés et limitées dans le temps, ou bien

d'envisager de transférer le financement des régimes de soutien aux EnR des prélèvements vers des sources autres que la facture d'électricité.

Concernant les *aides d'État*, les États membres peuvent ont plus de marge de manœuvre pour appliquer un régime d'aides d'État qui viendrait pallier les insuffisances du marché de l'électricité et renforcer sa résilience. Cette marge de manœuvre pouvant bénéficier autant aux consommateurs qu'aux grandes entreprises ou PME.

De son côté, la Commission s'engage à renforcer la *surveillance des marchés* de l'énergie au travers des outils déjà mis en place tels que le règlement européen (UE) n°1227/2011 dit REMIT, et en renforçant sa coopération avec l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) et les acteurs des marchés internationaux d'énergie, afin de tendre vers plus de transparence, de liquidité et de flexibilité du marché de l'électricité notamment. La Commission souhaite aussi apporter des solutions sur le moyen terme notamment en développant les *capacités de stockage* par batteries, et en somme un marché de batterie exclusivement européen, défi prioritaire selon Ursula von der Leyen. Mais c'est également d'autres procédés pour le stockage longue durée, à l'instar de la filière hydrogène, qui doivent être développés. Ces différentes techniques de stockage permettant un amortissement des pics de consommation et une meilleure résilience du marché face à des crises. Sans noter, que la Commission s'efforce

de rappeler aux États membres l'impératif d'accélérer leur *transition énergétique*, en investissant massivement et déployant des réseaux transeuropéens sur la base de projets d'intérêts communs. *L'efficacité énergétique* est également rappelée notamment au travers des objectifs de sobriété énergétique et de performance des bâtiments.

Enfin d'autres chantiers sont annoncés pour 2022 au cours de cette communication. D'abord le code de réseau généralisé. En effet, la Commission a annoncé l'élaboration d'un code afin d'harmoniser les conditions nécessaires auxquelles un producteur d'électricité ou un consommateur peut se raccorder sur un réseau électrique européen. Puis elle a chargé l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) d'analyser le fonctionnement du marché de gros de l'électricité et d'en tirer des recommandations ou des propositions de modifications afin d'éviter à l'avenir la volatilité des prix qu'a connu le marché en septembre 2021. Enfin, elle souhaite renforcer d'une part sa collaboration avec les États membres sur l'utilisation des financements offerts par les budgets de l'Union européenne et de NextGenerationEU, et d'autre part étudier la potentialité des marchés de détail régionaux afin de mieux stimuler la concurrence et de maintenir les prix au plus bas.

B. Flambée des prix et réaction française

1. La confirmation des tarifs réglementés de vente

La confirmation des tarifs réglementés de vente. - Un des principaux barrages français à la volatilité des prix sur le marché de l'électricité aux particuliers a été les tarifs réglementés de vente d'électricité (TRVe). Ceux-ci agissent comme plafond aux tarifs pratiqués par la concurrence, comme le soutient le rapport d'évaluation du 22 juillet 2021 de l'Autorité de la concurrence qui porte notamment sur le dispositif des TRVe. D'après l'Autorité, bien que le marché français de l'électricité se soit structuré autour des TRV, qui sont devenus l'offre de référence pour les clients qui souhaitent passer en offre de marché, comme ce mécanisme conduit les fournisseurs à proposer des offres de marché à un prix égal ou inférieur aux TRVe, cela rend difficile le développement de l'innovation ou de l'investissement dans les moyens de production. Il faut pourtant éclaircir le débat qui existe autour des TRVe pour savoir si les TRVe sont un véritable frein à l'investissement dans les capacités de production du secteur énergétique français. L'Autorité annonçant que la réaction des consommateurs en l'absence des TRVe étant encore méconnue, il s'agit de savoir si ces derniers seront prêts à payer plus cher pour un même bien des offres plus innovantes. C'est pourquoi dans son rapport cette dernière s'interroge aussi sur la compatibilité entre le concept de concurrence que devraient garantir les TRVe avec les objectifs assignés au TRVe, tels que la protection des consommateurs aux TRVe. Il en découle des recommandations de clarifications des objectifs d'un tel mécanisme, d'une meilleure transparence des intentions du gouvernement si le maintien des TRVe

est décidé, et surtout de l'élaboration d'une nouvelle réflexion plus en amont sur les outils permettant de protéger les consommateurs les moins informés et les plus fragiles. En somme, l'Autorité reconnaît la pertinence d'un tel mécanisme et fait appel au gouvernement afin que le débat autour des TRVe ne soit plus à la seule charge des experts, mais invite à un débat public éclairé.

C'est d'ailleurs avant ce rapport que la CRE avait déjà reconnu un tel rôle de modération des prix. En effet, dans son rapport d'évaluation des tarifs réglementés de vente d'électricité du 24 juin 2021, la CRE rappelle le bien-fondé du maintien des TRVe et estime que ce mécanisme est compatible avec le bon fonctionnement du marché de détail français de l'électricité au bénéfice des consommateurs.

La CRE considère en effet les TRVe comme un facteur de stimulation de la concurrence tarifaire et non tarifaire entre les fournisseurs existants et un outil améliorant l'arrivée des nouveaux entrants sur le marché et le choix du consommateur. En tant qu'offre de référence et de refus en cas d'emballlement des prix, les TRVe remplissent les conditions de liberté de choix des offres de marchés, dans le sens où ces tarifs ne sont assortis d'aucune condition qui viendrait restreindre le passage aux offres de marchés. Par ailleurs, la CRE note dans son rapport que l'existence des TRVe entraîne une inertie chez le consommateur qui expliquerait le choix de 70% des consommateurs particuliers français de rester à l'offre de ces tarifs. Ainsi, il en résulte que les potentiels distorsions de marché que peuvent entraîner directement ou

indirectement les TRVe sont à l'heure actuelle une chance pour la stabilité des offres auprès des consommateurs. En revanche la CRE s'engage à surveiller régulièrement ce mécanisme pour s'assurer de sa continuité, dans le sens où un tel mécanisme reste potentiellement une entrave au droit de l'Union européenne.

Sur le marché de détail, la CRE a constaté un ralentissement des nouvelles souscriptions des consommateurs aux offres électriques de marché en début d'année 2021 dans son observatoire du premier trimestre sur les marchés de détail de l'électricité. Il est aussi constaté une augmentation constante de la facture moyenne des clients aux TRVe atteignant 507€ par an sur un tarif à la base de 6kVa. En comparaison, la CRE a noté une différence avec les offres de marché de +/- 10% environ pour les offres variables qu'elles soient pour de l'électricité verte ou pas, pour le client de type Base ou Heures creuses/Heures pleines. Sur les offres fixes, on retrouve une différence pouvant aller jusqu'à +/- 8%. L'ensemble de ces différences est le plus souvent marqué à la baisse, les offres excédants le TRVe de référence étant les plus rares.

2. Les leviers d'actions sur la production et le marché de gros

Les leviers d'actions sur la production et le marché de gros. - Dans une étude du 16 septembre 2021, portant sur la sensibilité du prix de gros de l'électricité aux publications d'informations relatives aux indisponibilités des moyens de production en France, la CRE

a tenté de contribuer à la transparence des marchés de gros.

D'après l'étude, la publication d'informations d'indisponibilités n'a un impact sensible sur le prix que dans certaines circonstances et que dans le cas de certaines productions. Ainsi, le prix du marché de gros n'est victime d'effets d'annonces que dans le cas d'indisponibilités de la production nucléaire et de la production issue de renouvelables quand celle-ci est entre 18h et 21h. Il n'est donc pas conclu dans l'étude que les annonces d'indisponibilités soient en général sensibles selon les critères du REMIT sur le prix de gros.

Par ailleurs, la CRE note que de telles études et une communication appropriée au regard des informations ayant un impact sensible sur le prix peuvent participer à réduire la volatilité du prix comme peuvent en attester les annonces de maintenances de certains réacteurs de centrales nucléaires tout au long du mois de décembre (centrales de Gravelines, Saint Laurent des Eaux, Tricastin et de Paluel).

Au-delà de sa capacité de production de fond, le parc nucléaire français a eu une grande influence sur la mitigation des écarts de prix par le biais de l'Accès Régulé à l'électricité nucléaire historique (l'ARENH). Comme l'atteste la **délibération n°2021-313 du 7 octobre 2021 de la CRE** portant décision sur la méthode de calcul du complément de prix ARENH, cet accès ne doit être qu'un vecteur d'équilibrage du marché et en aucun cas un outil de spéculation. En ce sens, et en suivant

les dispositions de l'article R. 336-36 du code de l'énergie, la CRE a décidé de fixer un plafond de 20€ par MWh portant sur la quantité excessive de sur-demande de l'ARENH lors du guichet de l'année précédente. Et ce en réponse à la demande de suppression des fournisseurs bénéficiaires.

La référence de calcul du complément de prix visant à neutraliser le bénéfice réalisé par une majoration de leur demande par les fournisseurs a cependant été maintenue sur le prix spot.

La résilience a ici été poursuivie par la CRE, dans la limite du raisonnable quant aux demandes de suppression des sanctions, par l'adaptation de ces sanctions pour ne pas poser des pénalités disproportionnées.

3. Le dilemme du renouvelable et de la réactivation des énergies fossiles

Le dilemme du renouvelable et de la réactivation des énergies fossiles. - Face à la hausse des prix de l'électricité au cours de l'année 2021 et au stress systémique important de la production nationale, la France a décidé de temporairement réactiver la production à énergies fossiles.

Dans l'attente d'une solution pérenne de production de pointe renouvelable, la loi relative à l'énergie et au climat adoptée le 26 septembre 2019 a prévu de plafonner les émissions des installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles situées sur le territoire métropolitain continental et émettant plus de 0,55 tonne

d'équivalents dioxyde de carbone par MWh. Ce plafond était appelé à être effectif depuis le 1er janvier 2022 par voie de décret.

Le décret n°2019-1467 du 26 décembre 2019 du Ministère de la transition écologique et solidaire a fixé ce plafond à 0,7 kilotonnes de CO₂ ou équivalents par MW de puissance électrique installée. De fait, les centrales thermiques fonctionnant au charbon en France ne sont plus rentables, ce qui a conduit à la fermeture de celles restantes sauf celle de Cordemais qui restera la variable d'ajustement. Mais comme les installations au gaz, ces capacités servaient à une production de pointe. Ces installations de gaz sont moins polluantes et restent envisageables pour la pointe.

Face aux avertissements de RTE et le placement de l'hiver 2021-2022 sous vigilance renforcée, un décret est venu modifier l'article initial D311-7-2 (V) et rehausser le plafond de 0,7 kilotonne à 1 kilotonne entre le 1er janvier 2022 et le 28 février 2022, et le rabaisser à 0,6 kilotonne pour la suite de l'année 2022. Le seuil de 0,7 kilotonne est réinstauré pour les années 2023 et suivantes (**Décret n°2022-123 du 5 février 2022 modifiant le plafond d'émission de gaz à effet de serre pour les installations de production d'électricité à partir de combustibles fossiles**).

On note donc une certaine flexibilité dans l'approche environnementale de la production, laquelle est justifiée par la qualification de bien de première nécessité de l'électricité. Cependant, cette mesure de dernière minute soulève la question du dimensionnement de la production française, et de son adéquation avec les objectifs d'émissions en situation de

stress systémique important. Le manque de productions à base d'énergies renouvelables pilotables en saison hivernale est le problème majeur auquel les acteurs de l'électricité doivent faire face, et que l'éolien offshore pourrait alléger une fois les parcs construits et en état de fonctionner de façon pérenne.

III. La taxonomie verte

A. La question des déchets nucléaires

1. Nouveau cadre de responsabilité civile des exploitants nucléaires

Élargissement du champ d'application de la responsabilité civile des exploitants nucléaires. - Le 1er janvier 2021 sont entrés en vigueur des protocoles d'amendement des conventions de Paris et de Bruxelles. Ils régissent la responsabilité civile des exploitants nucléaires en cas d'accident. Cette convention internationale a pour but d'éviter les accidents nucléaires. Au cours de l'année 2021 la gestion notamment des déchets nucléaires a élevé un débat profondément marqué par de forts antagonismes entre États membres. Il n'empêche que désormais le cadre de responsabilité civile des exploitants nucléaires est plus clair et précis. Il a été en effet décrété que ce régime de responsabilité sans faute s'applique également au transport de matières radioactives, comme les déchets nucléaires, ce qui peut rassurer les États membres soucieux du danger de ces déchets. Dorénavant, les dommages immatériels sont aussi indemnisables, et les coûts de

restauration de l'environnement et mesures de sauvegarde pris en compte. Par ailleurs, la réforme de cette convention vient préciser que le délai de prescription n'est plus de dix ans pour tout dommage mais de trente ans pour les personnes et dix ans pour les biens. Enfin, ce régime s'applique aux États non-contractants des conventions internationales qui sont dépourvus de centrales nucléaires à l'instar de l'Autriche, du Luxembourg ou de l'Irlande. De nos jours dix-huit pays de l'OCDE participent à la convention, dont la France. Ce nouveau régime permettrait de mieux définir les tenants et aboutissants de la responsabilité civile des exploitants nucléaires, notamment lors de la gestion des déchets nucléaires, véritable plaie pour les pro-nucléaires au sein de l'Union européenne qui ont cherché pendant l'année 2021 à faire rentrer le nucléaire dans le projet de la taxonomie verte.

2. Projet français CIGEO

Avancée du projet CIGEO et calendrier pour l'heure respecté. - Le débat sur le projet CIGEO représente un autre versant du débat sur la gestion des déchets nucléaires, dès lors que ce projet de stockage souterrain à Bure (Meuse) de déchets à haute activité est une première pour la France. À la suite de l'enquête publique préalable à la déclaration d'utilité publique (DUP), du 15 septembre au 23 octobre 2021, un avis favorable a été rendu le 20 décembre 2021 par la commission d'enquête publique. Elle a estimé que le projet CIGEO d'enfouissement des déchets à haute radioactivité, mis en place conjointement par l'ANDRA et le ministère

de la Transition écologique, était d'utilité publique. Il reste à ce que le ministère de Transition écologique accorde la demande d'autorisation de création (DAC), étape indispensable au lancement du projet. Une fois le décret autorisé, ANDRA pourra en effet procéder au stockage de ces déchets hautement radioactifs, qui pour l'heure représentent 3% de la production nucléaire en France et qui ont pour caractéristique de représenter la partie des combustibles usagés qui ne peut être réintégrée dans le circuit de la production nucléaire.

B. Tergiversations sur l'inclusion ou non du nucléaire dans la taxonomie verte

Le nucléaire, énergie de transition reconnue comme nécessaire et quasi-verte. - La taxonomie verte est un système de classification des activités économiques qui peuvent être considérées comme durables sur le plan environnemental et sociétal et qui pourront *de facto* bénéficier d'investissements financiers. Cette classification « verte » permet d'éviter un certain greenwashing et empêcher les entreprises et les investisseurs à faire des allégations fausses ou pouvant induire en erreur quant à leurs activités respectives de production d'énergie et d'investissement. Il en ressort un enjeu crucial pour les États membres pro-nucléaires : faire rentrer le nucléaire dans cette catégorie. Ce débat qui a marqué l'année 2021 dès l'adoption du règlement européen de juin 2020 concernant l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables (Règlement (UE) 2020/ 852 du 18 juin

2020) a finalement été clos avec l'adoption par la Commission européenne de deux actes délégués, du 4 juin 2021 et du 2 février 2022 (C(2021)2800 final ; C(2022)631 final). En effet ces actes sont venus définir le type d'activité qui pourra bénéficier de cette certification et d'investissements au nom de la taxonomie. C'est notamment dans ce second acte délégué que la Commission intègre le nucléaire dans la taxonomie, appelant cette énergie non pas « verte » mais de « transition ». Il est ainsi demandé à ce que la production d'électricité nucléaire remplisse au moins un des six objectifs environnementaux fixés à l'article 9 du règlement du 18 juin 2020 (Règlement (UE) 2020/852), sans porter préjudice à un autre objectif listé. Pourtant une problématique persiste, celle des déchets radioactifs sur lesquels les États membres peinent à trouver consensus. L'Autriche et le Luxembourg s'opposent fermement à cet acte délégué et ont évoqué leur volonté de faire recours devant la Cour de justice. À noter que tous les cinq ans la Commission vérifiera si le nucléaire peut continuer à rentrer dans la taxonomie au regard des objectifs environnementaux à atteindre.

IV. Nouveaux enjeux pour l'opérateur historique

Enjeux financiers et de réorganisation, position de l'opérateur historique ébranlée ? - L'année 2021 a débuté par de forts mouvements de grève au sein d'EDF. Ce mouvement social s'oppose au vaste projet de réorganisation du groupe, projet baptisé Hercule. Cette réforme

prévoit de séparer plus fortement les activités au sein du groupe, en renationalisant 100% la partie de la production nucléaire afin de sanctuariser une autre partie de l'activité du groupe qui s'ouvrirait aux capitaux privés. Plus précisément, ce projet prévoit notamment trois entités, une entreprise publique (EDF bleu) pour les centrales nucléaires, une autre (EDF vert) cotée en Bourse pour la distribution d'électricité et les EnR, et une troisième (EDF azur), filiale indépendante qui serait une quasi-régie pour l'hydraulique. Ainsi, en séparant les activités, l'actionnariat se verrait divisé, ce que conteste fortement les syndicats. La difficulté de ce projet se comprend au travers de la particularité du financement du groupe. Dans la mesure où certaines activités sont plus rémunératrices que d'autres, le président d'EDF a rappelé aux pouvoirs publics que le groupe appliquerait la réforme uniquement si le risque des activités à risque est couvert et si ces dernières sont correctement rémunérées par la régulation du secteur. L'enjeu pour EDF étant d'être rémunéré sur la partie nucléaire sans risque. Or l'année 2021 a été marquée par le déploiement d'un mur d'investissement colossal pour le groupe concernant la gestion et maintenance des centrales en activité, leur démantèlement à venir, la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim et la construction de nouveaux réacteurs notamment EPR. Dans un rapport d'octobre 2021, la Cour des comptes a estimé un mur d'investissement à hauteur de 100 milliards d'euros sur les dix prochaines années. C'est le 28 juillet 2022 que le président de la République a annoncé que la réorganisation d'EDF n'aura

pas lieu avant la fin du quinquennat et que le projet Hercule est abandonné en raison des exigences de la Commission européenne. La réorganisation d'EDF reste une question ouverte qui s'invitera sûrement dans la campagne présidentielle.

◆ Droit de la régulation du gaz

Par Solène MOUROT-PASCAULT

Élève de Sciences Po Strasbourg

Étudiante du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Le secteur énergétique ne fut pas épargné durant cette année 2021, en effet il fut l'objet d'une forte médiatisation laissant entendre de nombreuses critiques et remises en cause du système énergétique notamment en raison de la dépendance française à d'autres pays pour se fournir en gaz et de l'achat d'électricité au prix du marché européen. La reprise économique après la crise du Coronavirus fut suivie d'une très forte demande en énergie et notamment en gaz ce qui provoqua inévitablement une hausse sans précédent des prix du gaz, ces bouleversements ont amené l'État à mettre en place des mécanismes urgents et exceptionnels afin de préserver le pouvoir d'achat des plus précaires et d'éviter une puissante contestation sociale en raison du gonflement des tarifs réglementés. Les paroles ont laissé place aux mesures qui ont pris la forme d'un gel provisoire des tarifs réglementés et une revalorisation du chèque énergie à hauteur de 100 euros. Cette année a aussi été marquée par l'influence de la transition énergétique notamment par une proposition choquée de la Commission européenne qui n'a pas manqué de faire parler d'elle, en intégrant le nucléaire et le gaz au sein d'une classification réservée aux énergies dite « de transition », elle marque un coup d'arrêt aux nombreux débats autour de cette problématique, néanmoins cela n'a pas ravi les experts et les ONG, qui ont émis de fortes désapprobations notamment vis-à-vis des divergences apparentes entre les critères établis dans cette nouvelle catégorie et les critères propres au règlement taxonomie. Au niveau national, le législateur n'est pas resté sans voix, par un amendement adopté le 18 juin 2021, le Sénat impose la détention d'un certificat de production de biogaz injecté à tous les fournisseurs de gaz en vue de décarboner certaines activités afin d'atteindre les objectifs de la loi Énergie-Climat. Quant à l'Assemblée nationale, elle propose, à la suite du rapport de 2020 du Médiateur de l'énergie, un mécanisme strict ayant pour but de protéger les consommateurs d'énergie des démarchages et des résiliations contractuelles illicites tout en assurant un accès énergétique efficace au plus précaire. Des modifications fiscales ont également été constatées, le décret n°2021-1662 du 16 décembre 2021 intègre dorénavant les volumes de gaz naturel directement dans le calcul de l'obligation d'économies d'énergie en excluant l'application du coefficient « chaleur et froid ». Une nouvelle formule naît du décret n°2021-661 du 27 mai 2021 en adoptant un tout nouveau calcul du CTA Gaz mettant un terme aux difficultés méthodologiques liées au calcul précédant. Par ailleurs, la CRE, dans sa délibération du 21 janvier 2021 constate très clairement une hausse des coûts de transport et de stockage du gaz.

I. La fulgurante envolée des prix du gaz au 1er octobre 2021

A. La constatation par la CRE d'une nouvelle hausse du coût du gaz naturel importé

Les causes de cette augmentation majeure et la répercussion inévitable sur les coûts d'approvisionnement du fournisseur. - Une très forte hausse du prix du gaz naturel (+ de 12,6 %) fut constatée en France au 1er octobre 2021 par la Commission de régulation de l'énergie (CRE) mais cette augmentation ne date pas d'hier, en effet les prix du gaz ne cessent d'accroître depuis le 1er janvier 2021 ayant entraîné une hausse totale de 57 % depuis le début de l'année 2021. Ce phénomène s'explique par différents facteurs. - Premièrement, la France n'est pas un pays producteur de gaz, elle est contrainte, de ce fait, de se fournir auprès de pays producteurs de gaz naturel tel que la Norvège qui représentait à elle seule 40,6 % de l'approvisionnement français à l'année 2020 (BP statistical Review of World Energy 2021). Cette situation l'expose « naturellement aux variations des prix de marché européens et mondiaux » (CRE, communiqué de presse « tarifs réglementés de vente de gaz naturel » du 27 septembre 2021). Deuxièmement, le faible niveau de stockage européen se trouve affecté du fait de l'hiver dernier ayant été particulièrement long et froid, ce qui n'a pas permis aux pays européens de reconstituer leur stock avant le printemps 2021. Cependant, la France grâce à la réforme du stockage de 2018

bénéficie d'un niveau de stockage bien au-delà du seuil minimal de remplissage.

Troisièmement, la participation du gaz à la transition énergétique n'est pas sans conséquence, en effet la hausse du prix des quotas d'émission de CO₂ en Europe fait augmenter la consommation de gaz pour la production d'électricité au détriment du charbon conduisant ainsi à une augmentation de 2 % du prix du gaz.

Quatrièmement, la reprise économique mondiale liée à la crise du Coronavirus n'est pas venu faciliter la situation, l'offre déjà limitée en gaz fut confrontée à une forte demande qui engendra une augmentation du prix de vente du kWh de gaz.

Les coûts d'approvisionnement, couvrant à la fois l'achat de gaz naturel auprès des producteurs mais également les extractions des gisements et le transport jusqu'aux frontières n'échappe pas aux répercussions de cette flambée des prix.

B. L'évolution des tarifs réglementés de vente des fournisseurs historiques

L'application de la formule tarifaire définie dans l'arrêté du 28 juin 2021. - Le tarif réglementé est fixé par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie, conformément, à l'alinéa 2 de l'article R.445-4 du code de l'énergie « Pour chaque fournisseur, un arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'énergie pris après avis de la Commission de régulation de l'énergie fixe, à l'issue de l'analyse détaillée remise par celle-ci, prévue

par le septième alinéa de l'article R. 445-3, et au plus tard le 1er juillet, les barèmes des tarifs réglementés à partir, le cas échéant, des propositions du fournisseur ». L'article R. 445-2 du code de l'énergie dispose que « les tarifs réglementés de vente du gaz naturel couvrent les coûts d'approvisionnement en gaz naturel et les coûts hors approvisionnement ». Les tarifs évoluent une fois par an à l'occasion de la publication de l'arrêté tarifaire annuel pour tenir compte de l'évolution des coûts hors approvisionnement, incluant les frais de transport, de distribution et de stockage. De plus, les arrêtés du 27 juin 2019 et du 26 juin 2020 ont introduit dans les formules tarifaires respectives des périodes 2019-2020 et 2020-2021 un terme supplémentaire, évoluant chaque mois, pour rendre compte de l'évolution des coûts d'approvisionnement.

L'article R. 445-3 du code de l'énergie dispose que « Pour chaque fournisseur est définie une formule tarifaire qui traduit la totalité des coûts d'approvisionnement en gaz naturel. La formule tarifaire et les coûts hors approvisionnement permettent de déterminer le coût moyen de fourniture du gaz naturel, à partir duquel sont fixés les tarifs réglementés de vente de celui-ci, en fonction des modalités de desserte des clients concernés ». Il est précisé que l'évolution des coûts d'approvisionnement en gaz naturel par rapport à octobre 2021 est déterminée dans les conditions prévues à l'article 2 de l'arrêté du 28 juin 2021 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni par ENGIE, dans sa rédaction en vigueur le 6 octobre 2021.

Les tarifs réglementés d'ENGIE ont augmenté de 12,6 % TTC au 1er octobre 2021 par rapport

au barème en vigueur applicable depuis le 1er septembre. Cette hausse est de 4,5% HT pour les utilisateurs de gaz pour la cuisson, de 9,1% HT pour ceux qui ont un double usage correspondant à la cuisson et à l'utilisation d'eau chaude, et de 14,3% HT pour les foyers qui se chauffent au gaz (CRE, communiqué de presse « tarifs réglementés de vente de gaz naturel » du 27 septembre 2021).

C. Les consommateurs concernés

Nature du contrat souscrit. - Les consommateurs de gaz peuvent souscrire à deux catégories d'offres présentes sur le marché en vertu de l'article R.441-1 du code de l'énergie, ils disposent de la liberté de choisir leur fournisseur « Pour l'application de l'article L. 441-1, tout consommateur final de gaz naturel est libre de choisir son fournisseur pour chacun de ses sites de consommation de gaz naturel ».

: Il s'agit, d'une part, des contrats de fourniture aux tarifs réglementés de vente, avant l'ouverture du marché à la concurrence le 1er juillet 2007, il s'agissait de la seule offre disponible. Le tarif réglementé de gaz naturel est commercialisé uniquement par ENGIE, fournisseur historique de gaz ou une entreprise locale de distribution (ELD). Il n'est plus possible pour ENGIE de commercialiser cette offre depuis le 20 novembre 2019 en raison de sa disparition totale programmée en 2023.

D'autre part, on retrouve les contrats de fourniture en offre de marché à prix fixe ou prix variable qui peuvent être proposés par tous les fournisseurs. Les offres à prix variable peuvent être indexées sur les tarifs réglementés

de vente ou sur différents produits ou évoluer selon une formule propre au fournisseur.

La CRE dénombre pas moins de 10,5 millions de consommateurs résidentiels de gaz naturel en France au 31 août 2021 :

A savoir que 70, 8 % des consommateurs résidentiels ont souscrit un contrat en offre de marché, dont environ 5,50 millions à un prix fixe. Les offres à prix fixe permettent aux consommateurs de se protéger des fluctuations des prix de marché sur la durée du contrat, il est donc conseillé de conserver ces contrats tout au long de la crise actuelle sur les prix du gaz.

De plus, 3 millions de consommateurs résidentiels, soit 29,2 %, sont titulaires d'un contrat au tarif réglementé de vente de gaz auprès d'ENGIE ou auprès d'une ELD.

- Les entreprises, les collectivités et environ les trois quarts des consommateurs résidentiels ne sont donc pas directement concernés par l'augmentation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel puisqu'ils bénéficient d'une offre de marché à prix fixe.

- La loi n°2019-1147 relative à l'énergie et au climat (LEC), promulguée le 8 novembre 2019, met fin aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel des fournisseurs historiques, pour toutes les catégories de consommateurs, en plusieurs étapes. En gaz naturel, les tarifs réglementés vont disparaître le 1er juillet 2023, de ce fait la CRE rappelle l'importance pour les consommateurs à anticiper la disparition des tarifs règlementés en souscrivant à une offre de marché, le changement de fournisseur étant libre et gratuit.

II. Les solutions apportées en urgence par l'État

A. Le blocage des tarifs réglementés de vente de gaz naturel

La composante de rattrapage et le mécanisme de compensation. – Le Parlement a adopté le 14 octobre 2021 et le 22 novembre 2021, un amendement introduisant dans le projet de loi de finances pour 2022 le dispositif de « *bouclier tarifaire* » annoncé par le Premier ministre Jean Castex. Ce dispositif fut initié par un décret en date du 23 octobre 2021 consistant à geler les tarifs réglementés de gaz d'ENGIE entre novembre 2021 et juin 2022 afin de protéger les consommateurs ayant souscrit à un contrat au tarif réglementé de vente de gaz naturel, d'une augmentation significative de leur facture de gaz. Du 1er novembre 2021 au 30 juin 2022, les tarifs réglementés de vente de gaz naturel, proposés par Engie, sont fixés à leur niveau, toutes taxes comprises, en vigueur au 31 octobre 2021. La date du 30 juin 2022 peut être modifiée par arrêté et fixée à une date comprise entre le 30 avril 2022 et le 31 décembre 2022.

Selon la CRE, le barème des tarifs réglementés de vente de gaz naturel aurait dû augmenter de 20,7 % TTC au 1er février 2022. Les tarifs réglementés des entreprises locales de distribution peuvent évoluer jusqu'au niveau des tarifs réglementés d'Engie, lorsqu'ils sont inférieurs à ce niveau et sont fixés à leur niveau, toutes taxes comprises, en vigueur au 31 octobre 2021 dans les autres cas.

À l'issue de la période de gel des tarifs, les tarifs

réglementés sont fixés dans les conditions prévues à l'article L. 445-3 du code de l'énergie, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019. Jusqu'au 30 juin 2023 au plus tard, ils intègrent une composante de rattrapage. Cette composante, définie par arrêté, permet de couvrir les pertes de recettes supportées par les fournisseurs de gaz naturel. Elle ne doit pas excéder le niveau du tarif appliqué en octobre 2021.

Si le rattrapage n'est pas suffisant, les fournisseurs de gaz peuvent bénéficier d'une compensation au titre des charges de service public de l'énergie en cas de pertes qu'ils subiraient et qu'ils n'auraient pas pu recouvrer. Ces charges, diminuées des recettes supplémentaires perçues dans le cadre du rattrapage, sont compensées selon les modalités prévues aux articles L. 121-37 à L. 121-41 du code de l'énergie, en tenant compte de l'acompte versé, dans la limite de la couverture des coûts d'approvisionnement effectivement supportés approuvés par la CRE lors de l'établissement de la formule tarifaire.

Les fournisseurs de gaz naturel ayant moins de 300 000 clients résidentiels concernés par le bouclier tarifaire doivent adresser à la CRE, les éléments justificatifs des pertes engendrées avant le 10 janvier 2022. La CRE évalue le montant de ces pertes avant le 1er février 2022 et les pertes constatées pour 2021 feront l'objet d'un acompte avant le 28 février 2022, sur les compensations de charges de ces fournisseurs. Toutefois, si le gel tarifaire est de nature à compromettre la viabilité économique du fournisseur, la CRE peut proposer une majoration du montant de l'acompte, en

intégrant les pertes prévisionnelles sur 2022.

B. La mise en place du chèque énergie

1. Les bénéficiaires

Il était, par ailleurs, indispensable pour l'État d'accompagner ce gel tarifaire, de mesures afin de sécuriser le pouvoir d'achat des ménages les plus précaires. Pour cela le Gouvernement a mis en place, en décembre 2021, un chèque énergie exceptionnel en vertu du décret n°2021-1541 du 29 novembre 2021 relatif à la revalorisation du chèque énergie au titre de l'année 2021 d'un montant de 100 euros en complément du chèque énergie destiné aux citoyens modestes conformément à l'article L.124-1 du code de l'énergie. Ce dernier est valable jusqu'au 31 mars 2023 et concernait 5,8 millions de citoyens français en 2021 pour un montant moyen de 150 euros. La liste des bénéficiaires du chèque énergie est établit chaque année par l'administration fiscale en fonction du revenu fiscal de référence (RFR) du ménage et de la composition du foyer déterminé en unité de consommation (UC). Le montant de cette aide n'a pas évolué depuis l'année 2019, le plafond est cependant passé de 10 700 euros à 10 800 euros en 2021 afin de conserver le même nombre de foyers éligibles qu'en 2020.

2. La transmission des données de consommation

En application de l'article L.124-5 du code de l'énergie, les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel doivent proposer aux consommateurs

qui bénéficient du dispositif du chèque énergie une offre portant sur la transmission gratuite de leurs données de consommation, exprimées en euros afin d'aider les consommateurs précaires à gérer leur consommation énergétique.

Avant le 1er octobre 2022, les fournisseurs de gaz et d'électricité doivent proposer à leurs clients bénéficiaires du chèque énergie de leur transmettre leurs données de consommation. Ces données doivent être transmises gratuitement, elles doivent être transmises en temps réel quand il s'agit d'électricité, notamment via une application sur smartphone ou ordinateur ou sur une espace sécurisé mis à disposition par les fournisseurs. Ces bénéficiaires doivent au préalable en accepter les conditions de transmission. C'est ce qu'indiquent un décret 2021-608 du 19 mai 2021.

Les informations minimales qui doivent être fournies ont été précisées par l'arrêté du 19 mai 2021.

Pour le gaz naturel, les informations minimales qui doivent être accessibles au consommateur sont : les historiques des données de consommation quotidienne et mensuelle de gaz naturel exprimés en m³, en kilowattheures et en euros, pour chaque période avec le coefficient de conversion applicable ainsi que les cumuls de consommation exprimés en m³, en kilowattheures et en euros, depuis le début du mois et de l'année, ou pour la période écoulée depuis le début du contrat de fourniture, si elle est d'une durée inférieure avec, pour chaque période, le coefficient de conversion applicable.

L'arrêté indique par ailleurs que les

informations qui sont mises à la disposition du consommateur doivent être accompagnées de points de comparaison pouvant être choisis par celui-ci.

3. Le champ d'utilisation

Les bénéficiaires de cette aide gouvernementale peuvent l'utiliser pour régler les dépenses énumérées à l'alinéa 1 de l'article R.124-4 du code de l'énergie, à savoir :

- les factures des fournisseurs d'électricité, de gaz, de fioul domestique ou d'autres combustibles de chauffage (bois, etc.) ;
- les charges de chauffage incluses dans les redevances de logements-foyers conventionnés à l'aide personnalisée au logement (APL), ainsi que dans les EHPAD, les EHPA, les résidences autonomie, les établissements et les unités de soins de longue durée ;
- certaines dépenses liées à la rénovation énergétique du logement, réalisées par un professionnel certifié « *Reconnu garant de l'environnement* » (RGE).

III. La contribution du gaz à la transition énergétique

A. Le gaz : outil à l'initiative de la neutralité carbone

1. Une énergie dite « de transition »

Afin de réduire ses rejets de CO₂ dans le cadre de l'accord de Paris et ainsi atteindre la neutralité carbone en 2050, l'Union européenne cherche

à développer efficacement le financement privé vers des énergies vertes pour lutter contre le changement climatique.

C'est par une proposition d'acte délégué complémentaire relative au Règlement (UE) 2020/852 dit « *taxonomie* » que la Commission établit une liste d'activités verte et une liste d'activités dites « *de transition* », c'est-à-dire qui permettent de passer d'une production d'électricité très carbonée à une électricité neutre en CO₂ dans des « *conditions claires et strictes* », dans laquelle elle y intègre le gaz. Elle publie le 2 février 2022 contre toute attente sa proposition finale en conservant l'inclusion du nucléaire et du gaz naturel malgré l'avis négatif du groupe d'expert de la Plateforme sur la finance Durable.

2. Des exigences spécifiques

Le règlement (UE) 2020/852 dit « *taxonomie* » a pour objectif d'établir « *les critères permettant de déterminer si une activité économique est considérée comme durable sur le plan environnemental, aux fins de détermination du degré de durabilité environnementale d'un investissement* ». L'activité doit correspondre à au moins l'un des six objectifs suivant (**article 23**) : l'atténuation du changement climatique, l'adaptation au changement climatique, l'utilisation durable et protection des ressources aquatiques et marines, la transition vers une économie circulaire, le contrôle de la pollution ainsi que la protection et restauration de la biodiversité et des écosystèmes.

Elle doit, de plus, ne causer aucun préjudice important aux autres objectifs et respecter les

normes sociales et être conforme aux critères d'examen techniques établis dans les actes délégués.

C'est pourquoi la Commission est chargée d'appliquer ces critères pour identifier les sources d'énergies susceptibles d'être qualifiées de « *vertes* ». La proposition finale adoptée par la Commission impose des limites et des critères spécifiques pour ces activités de transition, et notamment des « *périodes d'élimination progressive clairement définies* ».

Les critères et les limites pour le gaz imposent qu'une nouvelle centrale à gaz doit remplacer une centrale à charbon existante, et ne peut être construite qu'avant le 31 décembre 2030. Elle doit également être conçue de manière à pouvoir fonctionner à 100 % avec des combustibles renouvelables ou à faible teneur en carbone d'ici au 31 décembre 2035, et contribuer à « *une réduction des émissions d'au moins 55 %* » au cours de leur durée de vie. Leurs émissions directes ne doivent pas dépasser 270 g CO_{2e}/kWh, ni dépasser 550 kg CO_{2e}/kW en moyenne sur 20 ans.

3. Une classification source à polémique

Le gaz constitue l'énergie fossile la moins polluante puisque sa combustion émet principalement de la vapeur d'eau et une quantité réduite de CO₂, elle génère 30 à 50 % (**base carbone**) d'émissions de CO₂ en moins que les autres combustibles et pourtant cette décision a mis le feu aux poudres, de nombreuses ONG, experts et politiques ont contesté cette classification qui vise à placer provisoirement le gaz et le nucléaire au même

niveau que le solaire ou l'éolien et qui pourront donc bénéficier d'argent public et privé en faveur de la transition écologique.

Le 9 mars 2020, le Groupe technique d'experts sur le financement durable (TEG) publie son rapport final sur la taxonomie de l'UE complété par une annexe technique contenant : des critères d'évaluation technique mis à jour pour 70 activités d'atténuation du changement climatique et 68 activités d'adaptation au changement climatique, y compris des critères pour ne pas nuire significativement aux autres objectifs environnementaux ainsi qu'une section méthodologie mise à jour pour soutenir les recommandations sur les critères de sélection technique. Le TEG excluait le gaz naturel et le nucléaire des activités éligibles à cette taxonomie verte, en mettant en avant les raisons suivantes : « *Le TEG a adopté une approche technologiquement neutre qui peut garantir une décarbonisation rapide dans le secteur de l'électricité. Le respect d'un seuil d'intensité de baisse des émissions est techniquement réalisable pour pratiquement toutes les technologies de production d'énergie. Cependant, cela implique que la combustion de combustibles fossiles sans technique de réduction, à savoir le charbon et le gaz naturel, ne sera pas éligible en vertu de la taxonomie* ».

Quant à la plateforme, elle se prononce surtout en défaveur des options proposées par la Commission sur l'inclusion du gaz et du nucléaire en arguant que le critères mis en avant par le Commission diffèrent fondamentalement des critères prévus par le règlement taxonomie, en particulier au titre des articles 10.2 « *activité économique pour laquelle*

il n'existe pas de solution de remplacement sobre en carbone réalisable sur le plan technologique et économique est considérée comme apportant une contribution substantielle à l'atténuation du changement climatique » et 19 « *exigences applicables aux critères d'examen technique* ». Ils mettent aussi en avant le manque de distinction claire entre ces activités et les autres activités de la taxonomie.

Sur le gaz en particulier, la plateforme considère que toute nouvelle centrale au gaz naturel ne serait remplir le critère consistant à contribuer significativement à l'atténuation du changement climatique (grâce à des émissions en cycle de vie inférieures à 100g CO₂e/kWh) pendant au moins 20 ans.

Cependant, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne disposent, de quatre mois pour examiner la proposition et pour exprimer des objections à son égard.

B. Un amendement relatif aux certificats de production de biogaz

Une aspiration environnementale. - Un amendement au projet de loi climat et résilience du 22 août 2021 adopté par le Sénat le 18 juin 2021, inscrit dans le code de l'énergie après l'article 22 bis J au sein du chapitre VI du titre IV du livre IV est complété par une section 8 : « *le dispositif des certificats de production de biogaz injecté* », la mise en place de certificats de production de biogaz. Le dispositif de certificats de production de biogaz est un dispositif de type « certificat vert » en terminologie européenne, les producteurs de biogaz commercialisent indépendamment

la molécule de biogaz et les certificats de production de biogaz. Ce dispositif permet ainsi aux producteurs de biogaz de disposer d'un revenu associé à la commercialisation des certificats de production de biogaz, venant s'ajouter au revenu de la vente physique du biogaz. Ce dispositif est exclusif de soutien via un contrat d'obligation d'achat.

L'article L. 446-31 du code de l'énergie dispose qu' : « *afin d'atteindre les objectifs de développement du biogaz fixés par la programmation pluriannuelle de l'énergie mentionnée à l'article L. 141-1, les fournisseurs de gaz naturel sont soumis à une obligation de détention de certificats de production de biogaz injecté, en fonction du volume de gaz naturel livré à leurs clients situés en France* ».

L'alinéa 2 de l'article L. 446-42 du code prévoit que « *Les fournisseurs de gaz naturel peuvent se libérer de cette obligation soit en produisant du biogaz et en demandant les certificats de production de biogaz correspondant à cette production, soit en acquérant des certificats de production de biogaz* ».

Les fournisseurs de gaz pourront également, s'ils le souhaitent, se regrouper en centrale d'achat pour contractualiser sur le long terme l'achat de certificats avec des producteurs de biométhane injecté.

Les producteurs de biogaz bénéficieront d'un revenu complémentaire, venant s'ajouter au revenu de la vente physique du biogaz. Le gaz renouvelable a vu sa production quasiment doubler en France en 2020, mais il ne représente encore que 0,5% de la consommation gazière du pays. Cette obligation « *permettra d'accroître progressivement la part de biogaz dans le gaz*

livré aux consommateurs », indique le ministère de la Transition écologique, soulignant que la production de biogaz est indispensable « *pour décarboner certaines activités* », notamment industrielles, où la consommation de gaz est difficilement substituable. Les producteurs de biogaz qui souhaiteront bénéficier de ce mécanisme pour couvrir leur coût de production négocieront leurs conditions de rémunération avec un fournisseur de gaz en contrepartie de la fourniture de certificats de production de biogaz. Les fournisseurs de gaz devront faciliter l'émergence de projets en proposant une rémunération attractive aux porteurs de projet.

Ce mécanisme extra-budgétaire va permettre à la filière de poursuivre sa dynamique pour atteindre l'objectif de la loi Energie-Climat fixant un chiffre de 10 % de gaz renouvelable dans la consommation française de gaz en 2030.

IV. Le législateur, garant des intérêts du consommateur d'énergie

A. La sécurisation des consommateurs

1. Un encadrement contractuel stricte

Une proposition de loi n° 4580, visant à encadrer le démarchage commercial et les mesures d'offres des fournisseurs d'énergie et à protéger le consommateur a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 19 octobre 2021. Elle se justifie

par la récente augmentation des prix du gaz risquant de conduire à une forte relance d'offres commerciales et de démarchages abusifs de certains fournisseurs d'énergie. Cette proposition intervient à la suite de la publication du rapport d'activité pour l'année 2020 du Médiateur de l'énergie.

Parallèlement, le Médiateur national de l'énergie a constaté une augmentation du nombre de litiges relatif à des souscriptions non souhaitées. De manière récurrente, les consommateurs évoquent l'absence d'accord réellement exprimé, ou même un accord obtenu de manière forcée ou tronquée.

Les fournisseurs refusent trop souvent de résilier le contrat ainsi conclu ou encore incitent les consommateurs à demander le commencement de l'exécution du contrat avant la fin du délai de rétractation.

L'article 1^{er} de la proposition de loi prévoit l'interdiction de commencer l'exécution du nouveau contrat de fourniture d'énergie avant l'expiration du délai de rétractation du consommateur, excepté en cas d'emménagement de ce dernier.

L'article 2 prévoit l'encadrement et la sécurisation des offres énergétiques contractées de manière à éviter toute forme de suspicion ou d'acte d'escroquerie, du fournisseur au consommateur, professionnel ou privé. Les fournisseurs doivent avoir « *une connaissance précise et complète* » des pénalités en cas de résiliation de leur contrat précédant. Pour s'assurer de cette bonne compréhension « *les fournisseurs recueillent une mention manuscrite de leur client à ce sujet* ». Autre contrainte, « *les démarcheurs et fournisseurs*

doivent systématiquement donner la valeur en euros, à la date de signature du contrat, du tarif d'acheminement ».

2. Effet responsabilisant pour le consommateur

L'article 3 engage le consommateur dans une démarche de dialogue et de transmission des informations avec son fournisseur d'énergie. Il en suit que « *Les fournisseurs disposent d'un relevé de l'index de consommation du compteur avant toute résiliation ou mise en service d'un contrat* ». Cette proposition a pour effet de responsabiliser le consommateur, l'index doit être transmis par le consommateur qui peut subir « *une surfacturation en cas d'incohérences dans le relevé* ». Le consommateur n'est pas exempt de toute obligation, il est important que celui-ci agisse de bonne foi.

3. La limitation des pratiques abusives

Les articles 5 à 7 visent à mieux encadrer le démarchage commercial pour la fourniture de gaz et d'électricité. Le non-respect du droit de rétractation entraîne la nullité du contrat nouvellement signé. Si le contrat antérieur a été résilié, il doit être rétabli sans délai et les frais éventuels seront à la charge du fournisseur concerné. Le consommateur se trouvant régulièrement trompé par bon nombre de démarchage, il est nécessaire que l'information qui lui soit transmise lui permette d'effectuer un choix éclairé et précis, c'est ainsi que l'article 8 prévoit que « *Le démarchage, quel qu'il soit, concernant les offres à tarification dynamique*

est proscrit ».

4. La garantie d'un accès efficace aux plus précaires

L'article 9 vise à garantir une fourniture d'énergie aux consommateurs, notamment aux plus précaires à des tarifs plus justes en rapport avec leur consommation, en effet au moins une offre correspondra aux dépenses réelles du consommateur sans surfacturation afin que ces derniers puissent choisir une offre adaptée à leurs ressources. Ainsi, « *Les fournisseurs d'énergie s'engagent à proposer systématiquement aux consommateurs équipés de compteurs communicants, au moins une offre avec une facturation établie chaque mois sur la base des consommations réelles* ».

L'article 10 prévoit l'augmentation du montant du chèque énergie à hauteur de 300 euros, en vue de préserver le pouvoir d'achat des plus modestes dans un climat économique et énergétique des plus instable.

V. Les modifications tarifaires

A. Le remodelage de l'article R.221-2 du code de l'énergie

Objectifs et modifications visés par le décret.

- Le dispositif des certificats d'économies d'énergie (CEE) constitue l'un des principaux instruments de la politique de maîtrise de la demande énergétique car il oblige les fournisseurs à inciter les consommateurs à réaliser des économies d'énergie par la réalisation de travaux de rénovation

énergétique ou d'autres projets liés aux énergies. Il repose sur une obligation de réalisation triennale d'économies d'énergie imposée par les pouvoirs publics aux fournisseurs d'énergie.

Le décret n°2021-1662 du 16 décembre 2021 modifie l'article R.221-2 du code de l'énergie en excluant dorénavant l'application du coefficient « *chaleur et froid* » aux volumes de gaz naturel, de GPL, de fioul domestique et d'électricité vendus avec fourniture de services énergétiques et tertiaire.

Ces volumes entreront directement dans le calcul de l'obligation d'économies d'énergie des fournisseurs d'énergie à compter du 1er janvier 2022 pour les nouveaux contrats ou les renouvellements de contrats, et à compter du 1er janvier 2024 pour les ventes réalisées en exécution de contrats en cours au 31 août 2021 dont le renouvellement n'intervient pas avant le 1er janvier 2024. Cette modification doit permettre de résoudre des situations de (« *contournement* ») des CEE relevées par plusieurs acteurs du marché.

B. La fixation du coefficient de proportionnalité

1. Le nouveau calcul du CTA Gaz

Le décret n°2021-661 du 27 mai 2021 est venu adapter les modalités de calcul de l'assiette de la contribution tarifaire sur les prestations de transport et de distribution de gaz naturel pour l'asseoir sur la base d'un coefficient de proportionnalité calculé au niveau national annuellement par la Commission de régulation

de l'énergie, et s'appliquant pour tous les fournisseurs de gaz naturel. La nouvelle formule appliquée est la suivante : CTA client = [Quote-part distribution du client] x (20,80 % + 4,71 % x [Coefficient de proportionnalité France]). Cette modification vise à simplifier les modalités de calcul applicables jusqu'à ce jour, et permet d'harmoniser les montants de la CTA acquittés par les consommateurs, indépendamment du choix de leur fournisseur. Le coefficient de proportionnalité a été fixé à 83,29 % et sera appliqué au (1er juillet prochain).

2. Le fait d'une profonde remise en cause

Pour le gaz, la CTA est assise sur une quote-part hors taxes des tarifs d'utilisation des réseaux de transport (dit ATRT) et de distribution du gaz naturel (dit ATRD). Or, « *La méthodologie de calcul de la CTA en vigueur pour le gaz naturel soulève des difficultés* » (- Délibération n°2021-44 de la CRE du 11 février 2021 portant avis sur un projet de décret relatif à la contribution tarifaire sur les prestation de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel).

En effet, il s'avère que le calcul de la partie transport pour les consommateurs finals raccordés au réseau de distribution repose en effet sur un coefficient de proportionnalité qui dépend du portefeuille client de chaque fournisseur, ce qui conduit à un niveau de CTA différent selon les fournisseurs. Et la CRE considère que « *cette situation nuit à la lisibilité et à la transparence des offres de fourniture pour le consommateur et peut générer des distorsions de concurrence pour les fournisseurs* ».

C. La mise à jour de la Consommation Annuelle de Référence au 1er avril 2021

1. Réévaluation des profils de consommation du gaz

Les gestionnaires de distribution de gaz naturel mettent à jour chaque année au 1er avril, la CAR des consommateurs de gaz naturel et ce pour les 12 mois qui suivent. La CAR d'une année est calculée du 1er avril de l'année en cours au 31 mars de l'année suivante.

Elle correspond à l'estimation annuelle de la consommation d'énergie d'un point de comptage et d'estimation (PCE) en kWh et est déterminante pour définir le profil de consommation des entreprises.

Le profil consommateur est en effet fonction à la fois de la consommation annuelle (calculée via la CAR) et de la consommation en période hivernale (du 1er novembre au 31 mars).

Il existe neuf profils de consommation allant de P011 à P019.

Le coût de stockage varie d'un profil à un autre sachant que le profil P019 correspond à une forte consommation.

La consommation des profils P011 et P012 correspondant au petit consommateur n'est relevée que tous les six mois.

En revanche, pour les profils de P013 à P019, on exprime la répartition de la part hiver (PH) dans la consommation annuelle.

2. La hausse des coûts de transport et de stockage du gaz

C'est aussi le 1er avril qu'évoluent les tarifs

de l'ATRT (Accès des Tiers au Réseau de Transport), et l'ATS (Accès des tiers au Stockage) qui constituent deux composantes de la partie abonnement de la facture de gaz. Il est attendu que ce tarif évolue à la hausse de chaque année au 1er avril à hauteur de : +1,4% par an pour GRTgaz et +0,7% par an pour Téréga (-Délibération n° 2021-15 de la CRE du 21 janvier 2021 portant décision sur l'évolution du tarif d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel de GRTgaz et Téréga au 1er avril 2021). À noter que la CRE a introduit dans l'ATRT7 un tarif d'injection de biométhane qui sera supporté par les porteurs de projets, compris entre 0 et 0,7 €/MWh. Le 1er avril 2020 est entré en vigueur l'ATS2 pour une durée de 4 ans. Dans sa délibération, la CRE rappelle que « *l'accès régulé des tiers aux stockages souterrains de gaz naturel (ATS) vise à garantir le remplissage des stockages nécessaire à la sécurité d'approvisionnement, tout assurant la transparence des coûts de stockage et en supprimant la complexité liée au système antérieur d'obligations individuelles* ». Il est attendu que ce tarif évolue à la hausse chaque année au 1er avril à hauteur de : +1,4% par an pour Storengy, +1,3% par an pour Téréga et +4,7% par an pour Géométhane.

◆ Droit de la régulation ferroviaire

Par Jean-Paul TJEN

Élève de Sciences Po Strasbourg

Étudiant du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Après une année 2020 marquée par la crise sanitaire et économique, l'année 2021 marque enfin en France les débuts de l'ouverture à la concurrence dans le transport ferroviaire de voyageurs. Avec un ambitieux plan de relance d'un montant de 100 milliards d'euros annoncé par le président de la République Emmanuel Macron le 14 juillet 2020 dont 4,7 milliards consacrés au secteur ferroviaire et un taux de croissance de 7% sur l'année 2021 (<https://www.insee.fr/fr/statistiques/6043822>, informations rapides, 28 janvier 2022, n°25), l'année 2021 aurait pu être celle du secteur ferroviaire, notamment dans son ouverture à la concurrence pour le transport ferroviaire de voyageurs imposée par le droit de l'Union européenne, particulièrement par le 4e paquet ferroviaire, et plus spécifiquement le règlement 2016/2338 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant le règlement (CE) n° 1370/2007 en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer, et la directive n°2016/2370 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2016 modifiant la directive 2012/34/UE en ce qui concerne l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la gouvernance de l'infrastructure ferroviaire. En France, le cadre juridique de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est essentiellement déterminé par la loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire. Toutefois, comme cet article essaiera de le démontrer, on pourra remarquer que cette ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs est bien timide pour l'année 2021 et qu'elle se réalisera davantage dans les années à venir, il faudra plutôt attendre le milieu de la décennie 2020-2030 pour voir celle-ci réellement se développer malgré les efforts fournis par le Gouvernement lors de l'année 2020 pour réorganiser le secteur ferroviaire pour qu'il soit à même d'accueillir de nouveaux entrants (transformation de l'EPIC SNCF en société anonyme à capitaux publics par le décret n° 2019-1585 du 30 décembre 2019, tentative appel d'offres qui s'est avérée infructueuse en janvier 2020 pour les lignes de trains d'équilibre du territoire Nantes-Lyon et Nantes-Bordeaux en raison d'une insuffisance de concurrence par exemple). En attendant, l'année 2021 représente l'arrivée de la concurrence dans le transport ferroviaire de voyageurs qui reste malgré tout marqué par le poids de l'opérateur national historique, la SNCF.

I. Les ambitions du pouvoir exécutif dans le secteur ferroviaire en 2021

A. Le plan de relance de 100 milliards d'euros pour la période 2020-2022 et ses répercussions dans le domaine ferroviaire

L'application du plan de relance en 2021 dans le secteur ferroviaire. - Lors de son allocution du 14 juillet 2020, le président de la République a annoncé un plan de relance en France, d'un montant exceptionnellement élevé par rapport à ce qu'il se fait d'habitude puisque celui-ci a été fixé à 100 milliards d'euros pour la période 2020-2022 répartis de la manière suivante : 30 milliards d'euros pour l'écologie, 34 milliards d'euros pour la compétitivité et 36 milliards d'euros pour la cohésion.

Parmi ces 100 milliards d'euros, 4,7 milliards sont consacrés au secteur ferroviaire avec un objectif clair, favoriser l'utilisation de ce mode de transport, qui vise 4 objectifs : la modernisation du réseau national pour en améliorer la régularité et la sécurité tout en limitant les incidents et les retards qui en découlent et préserver l'environnement, désenclaver les zones peu denses en les reliant mieux aux zones urbaines, accélérer les travaux pour la qualité d'accueil dans les gars et développer le transport de marchandises. Mais aussi, il est à mentionner les aides spécifiques au fret ferroviaire : c'est ainsi que M. Jean-Baptiste Djebbari, ministre délégué chargé des

transports a annoncé le 13 septembre 2021 un plan de soutien au fret ferroviaire d'un montant de 170 millions d'euros chaque année jusqu'en 2024, avec pour objectif de doubler la part des marchandises transportées par le rail en France. Dans le détail, on a la prise en charge à hauteur de 50% des péages dus par les opérateurs de fret à la SNCF Réseau, 70M€ pour les wagons isolés, 47M€ pour l'exploitation des services de transport combiné et 15M€ pour les autoroutes ferroviaires. Cette aide s'inscrit également dans le cadre de la stratégie de lutte contre le dérèglement climatique du gouvernement, le ministre délégué chargé des transports ayant ainsi déclaré : « *[Ce moyen de transport] fait moins de bruit, entraîne moins d'accident, moins de pollution, moins de congestion et moins d'émissions de gaz à effet de serre.* »

Conséquences de la loi Climat et Résilience dans le domaine ferroviaire. - De plus, favoriser l'utilisation du train permet d'atteindre les objectifs de lutte contre le dérèglement climatique fixés par le gouvernement : en effet, le train est un moyen de transport moins polluant par rapport à d'autres alternatives telles que le véhicule automobile ou encore l'avion. Ceci est clairement observable avec l'adoption de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, notamment son article 145, qui modifie l'article L.6412-3 du code des transports et ajoute un II) rédigé de la façon suivante : « *Sont interdits, sur le fondement de l'article 20 du règlement (CE) n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008*

précité, les services réguliers de transport aérien public de passagers concernant toutes les liaisons aériennes à l'intérieur du territoire français dont le trajet est également assuré sur le réseau ferré national sans correspondance et par plusieurs liaisons quotidiennes d'une durée inférieure à deux heures trente. », marquant expressément la volonté du pouvoir politique d'inciter les Français à utiliser davantage le train pour diminuer les émissions de carbone, et soulignant ainsi l'importance que le gouvernement accorde à ce mode de transport dans sa stratégie.

B. Le redéploiement de l'offre de trains sur le territoire national

Une volonté d'ouvrir de nouvelles lignes et de rénover les anciennes. - Parmi les ambitions du pouvoir politique dans le secteur ferroviaire figure également un redéploiement de l'offre de trains sur le territoire national, plus particulièrement d'un moyen de transport qui n'était plus très utilisé jusque-là par les Français qui préfèrent généralement prendre le TGV, l'avion ou leur véhicule automobile : le train de nuit. Le train de nuit est en effet plus adapté pour des grandes distances entre 600 et 1500km, par rapport au TGV qui est plus pertinent pour les distances entre 300 et 750km. C'est ainsi que 30 millions d'euros sont dédiés à l'amélioration de trains de nuits existants (Paris-Latour de Carol, Paris-Rodez et Paris-Briançon), le financement de la rénovation des couchettes, des sanitaires, des prises, et l'installation d'un réseau Wifi. De plus, le train de nuit dispose également d'autres avantages : alors que le réseau des

lignes à grande vitesse connecte les grandes métropoles à la capitale, le train de nuit permet lui de desservir des villes moyennes pour les connecter à Paris, mais également établir des liaisons transversales directes entre des régions éloignées les unes des autres.

C'est ainsi que le Gouvernement a cherché à relancer des lignes de train de nuit, avec notamment la remise en service de la ligne Paris-Nice le 20 mai 2021, Paris-Tarbes-Lourdes le 12 décembre 2021 ou encore Paris-Vienne le 13 décembre 2021, et a pour ambition de créer une dizaine de lignes nocturnes supplémentaires dans la décennie.

Est également à mentionner la volonté de rénover les petites lignes, qui représentent environ 9000km, soit un tiers du réseau ferroviaire français. Le Premier ministre Jean Castex a alors inauguré la réouverture de la ligne Epinal Saint-Dié dans le Grand-Est le 12 décembre 2021 qui était fermée pendant 3 ans en raison de son état vétuste, pour un montant de 21 millions d'euros.

II. La régulation ferroviaire au niveau national en 2021 : des régulateurs actifs permettant d'établir un cadre favorable pour les débuts d'une concurrence à venir

A. L'avis n°21-A-07 du 10 mai 2021 de l'Autorité de la concurrence : des principes de séparation comptable validés, une question d'aide d'Etat non réglée depuis 2017

Un avis illustrant l'importance du principe de séparation comptable, appliqué au secteur ferroviaire. - Cet avis de l'Autorité de la concurrence est relatif à un projet de règles de séparation comptable de la SA SNCF Voyageurs et de la SAS Fret SNCF.

La séparation comptable entre la SA SNCF Voyageurs et la SAS Fret SNCF repose sur différents fondements juridiques :

- L'article L.2123-1-1 du code des transports qui prévoit la séparation comptable entre la gestion des gares de voyageurs et l'exploitation des autres installations de service d'une part, et l'exploitation des services de transport ferroviaire d'autre part, tout en précisant qu'aucun fonds public versé à l'une de ces activités ne peut être affecté à l'autre (interdiction donc des subventions croisées).
- L'article L.2144-1 du code des transports impose une séparation comptable entre les

activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret d'une part (donc du ressort de Fret SNCF), et les activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de personnes d'autre part (donc du ressort de SNCF Voyageurs).

- L'article L.2144-2 du code des transports exige une séparation comptable spécifique pour les activités relatives à la fourniture de services de transport au titre des missions de service public de transport ferroviaire de voyageurs.

En vertu de l'article L.2133-4 du code des transports, l'avis de l'Autorité de la concurrence est requis concernant les règles de séparation comptable prévues aux différents articles du code des transports (L.2122-4, L.2123-1-1, L.2144-1, L.2144-2).

Cette séparation comptable est un principe assez répandu en droit de la concurrence dans les industries de réseau : en effet, lors de l'ouverture à la concurrence de ces secteurs désormais régulés (gaz, électricité, ferroviaire, communications électroniques, ...), on se retrouve avec une entreprise en position dominante qui est à la fois un concurrent et un fournisseur de service pour les autres opérateurs sur le marché et/ou a à sa charge des missions de service public. Il est alors nécessaire de séparer les différentes activités au sein de cette entreprise, notamment distinguer les activités de service public des activités concurrentielles pour éviter des infractions au droit de la concurrence telles que les abus de position dominante, des ciseaux tarifaires, ou encore des subventions croisées, et cette séparation

requiert également une séparation comptable (Cons. conc., avis n°98-A-05 du 28 avril 1998 portant sur l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité).

En l'espèce, l'enjeu porte sur l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire. Les entreprises SNCF Voyageurs et Fret SNCF sont opérateurs de transport ferroviaire, mais aussi gestionnaires d'installations de services.

La SA SNCF Voyageurs proposant à la fois des services de transport subventionnés (le transport ferroviaire régional et les trains d'équilibre du territoire (services de grandes lignes rapides entre les principales villes françaises non reliées par la grande vitesse)) et non subventionnés (le transport ferroviaire de voyageurs national et international), il est nécessaire d'appliquer des règles de séparation comptable à ces deux types d'activités distinctes, d'autant plus qu'il n'y a pas de séparation juridique entre elles afin d'éviter le risque de subvention croisée des fonds publics destinés au service de transport conventionné vers le service de transport non conventionné.

La SA SNCF Voyageurs propose alors un périmètre de séparation comptable entre l'activité de gestion des installations de service (activité d'exploitation et de distribution du gasoil et activité de gestion des centres d'entretien) et les activités de transport ferroviaire de voyageurs (activité de transport ferroviaire de voyageurs librement organisées et activités de transport ferroviaire de voyageurs conventionnées) au sein desquelles

sont distinguées les activités de transport ferroviaire librement organisées et les activités de transport ferroviaire de voyageurs conventionnées, tandis que la SA Fret SNCF propose un périmètre de séparation comptable entre l'installation de service de maintenance et l'activité de transport ferroviaire de marchandises.

Les SA SNCF Voyageurs et Fret SNCF proposent toutes deux un modèle dans lequel les ressources propres aux missions des activités comptablement séparées sont affectées directement aux différents périmètres de séparation comptable, ce que l'Autorité de la concurrence considère comme satisfaisant à la fois à des objectifs de concurrence, et à une précédente décision n°2017-101 de l'ARAFER pour les besoins de la nécessaire séparation comptable, dans laquelle elle précise que son rôle est de veiller à ce que les règles, périmètres et principes qui lui sont soumis pour approbation ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence (ARAFER, décision n°2017-101 du 27 septembre 2017 relative aux règles de séparation comptable applicables aux entreprises ferroviaires).

La seule réserve qu'émet l'Autorité de la concurrence concerne les conditions d'endettement de la Fret SNCF, qui ne favorisent pas la concurrence sur ce marché : celle-ci avait déjà fait par le passé l'objet de doutes en raison d'un soupçon d'aide d'État (ARAFER, avis n° 2019-028, 9 mai 2019). En effet, la dette financière relative aux activités

de fourniture de transport ferroviaire de fret de l'ancien établissement public SNCF Mobilités n'a pas été transférée à Fret SNCF alors que l'endettement était, lors de l'exercice 2018, d'un montant de 4 590 M€ en plus de capitaux propres négatifs de 4 444 M€. Alors que l'État justifiait l'absence de transfert de la dette des services de transport ferroviaires de fret de SNCF Mobilités vers SNCF Fret par le fait de ne pas vouloir créer une entreprise qui ne serait pas viable dès l'origine, l'ARAFER avait déjà à l'époque émis des réserves quant à cette opération en l'absence de solution provisoire : cette absence de transfert de dettes a de fortes chances d'être qualifiée en aide d'État par la Commission européenne. L'Autorité de la concurrence confirme toujours quatre ans plus tard ce raisonnement qui fausse selon elle la lecture de la rentabilité économique de l'activité qui est ouverte à la concurrence depuis plus de 15 ans déjà.

B. La décision n°2021-029 du 27 mai 2021 de l'Autorité de régulation des transports : la validation de l'avis l'Autorité de la concurrence rendu précédemment, une proposition pour résoudre la question des aides d'État

Les principes de séparation comptable validés, mais demeure une incertitude concernant les aides d'État. - La décision n°2021-029 du 27 mai 2021 relative aux règles de séparation comptable de SNCF Voyageurs et Fret SNCF de l'ART intervient 17 jours l'avis de l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de l'article L.2133-4

du code des transports qui prévoit un avis de l'Autorité de la concurrence et l'approbation par l'ART des règles de séparation comptable prévues aux articles L.2122-4, L.2123-1-1, L.2144-1 et L.2144-2 du code des transports.

L'ART doit alors approuver les règles de séparation comptable proposées par les entreprises SNCF Voyageurs et Fret SNCF.

La solution comptable proposée par SNCF Voyageurs est globalement appréciée et validée par l'ART, tandis que la question de la séparation comptable de Fret SNCF est plus problématique en raison de l'absence de transmission de dette qui pourrait être constitutive d'une aide d'État comme expliqué précédemment.

L'ART constate l'absence d'endettement financier de Fret SNCF, fondée sur l'article 18 de l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019 prévoyant que pour la constitution de Fret SNCF au 1er janvier 2020 la dette financière de l'ancien établissement public SNCF Mobilités ne serait pas transférée.

C'est pourquoi l'ART recommande à Fret SNCF de préciser explicitement la justification de l'absence d'endettement financier : elle devrait mentionner que c'est sur le fondement de l'article 18 de l'ordonnance n°2019-552 du 3 juin 2019, qui prévoit que « *l'établissement public SNCF Mobilités transfère, par voie d'apport à la valeur nette comptable, à une société dont il détient l'intégralité du capital, l'ensemble des biens, droits et obligations, attaché aux*

activités en France et hors de France relevant du périmètre de ses comptes dissociés relatifs aux activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de marchandises à la date du 31 décembre 2019, ainsi que les autorisations de toute nature qui y sont liées. Par exception, la dette financière n'est pas transférée ».

Et concernant l'endettement constaté à la clôture des comptes séparés, l'ART demande de Fret SNCF de modifier ses règles de séparation comptable, afin de faire ressortir clairement la distinction que l'entreprise établit entre un endettement souscrit par l'entreprise auprès de tiers et un endettement financier relatif aux besoins de financement dans le cadre d'investissements.

C. La décision n° 2021-032 du 17 juin 2021 de l'Autorité de régulation des transports : une décision pionnière dans l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire régional de voyageurs

Une décision permettant la réalisation de l'ouverture à la concurrence du transport régional ferroviaire de voyageurs quelques mois plus tard. - La décision n°2021-032 du 17 juin 2021 portant règlement du différend entre la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur et SNCF Voyageurs concernant la transmission d'informations relatives à l'organisation ou à l'exécution des services publics de transport ferroviaire de voyageurs et aux missions faisant l'objet du contrat de service public conclu entre

la Région et SNCF Voyageurs est une décision très importante dans le contexte d'ouverture à la concurrence du transport régional de voyageurs, en ce qu'elle permettra à celui-ci de se réaliser pour la première fois quelques mois plus tard, point qui sera détaillé ultérieurement dans le III A.

Cette décision de l'Autorité de régulation des transports souligne à quel point la transmission d'informations est un processus essentiel afin de parvenir à l'ouverture à la concurrence du service ferroviaire de voyageurs, en l'espèce dans le cadre du transport ferroviaire régional de voyageurs.

Au niveau du cadre juridique dans lequel s'inscrit le différend, entre la Région PACA et SNCF Voyageurs, trois points sont à noter :

- L'article L.2121-4 du code des transports, qui dispose que : « *Une convention passée entre chaque région et SNCF Voyageurs fixe les conditions d'exploitation et de financement des services ferroviaires relevant de la compétence régionale. Le contenu de la convention et les modalités de règlement des litiges entre les régions et SNCF Voyageurs sont précisés par décret en Conseil d'État* ».

- La loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire, et plus précisément son article 14 qui exige des autorités organisatrices de transport à partir du 25 décembre 2023 d'attribuer les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs après une publicité et une mise en concurrence.

- L'article 19 de cette même loi, qui confère aux régions la faculté à titre temporaire entre le 3 décembre 2019 et le 24 décembre 2023

d'attribuer des contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs d'intérêt général sans publicité et mise en concurrence.

Par le passé, et notamment dans son avis n°2019-037 (ART, avis n°2019-037 du 13 juin 2019 portant sur le projet de décret relatif aux informations portant sur les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs et aux éléments nécessaires à l'exploitation des matériels roulants transférés), l'Autorité de régulation des transports avait déjà pu expliquer que la transmission d'informations aux autorités organisatrices de transport est un élément essentiel pour accomplir l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs : en effet, la position d'opérateur historique de la SNCF entraîne une asymétrie d'information vis-à-vis des autorités organisatrices de transport et des entreprises ferroviaires concurrentes à propos du fonctionnement du réseau ferré national et des caractéristiques techniques et commerciales des lignes conventionnées, de telle sorte que cela peut être constitutif d'un avantage pouvant représenter une barrière à l'entrée du marché, décourageant des potentiels concurrents à être candidats à des appels d'offre si l'autorité organisatrice de transport ne dispose pas des informations requises afin de caractériser le service public à exploiter et établir des critères d'attribution.

En l'espèce, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur avait conclu une convention de service public de transport ferroviaire de personnes d'intérêt régional avec la SNCF Voyageurs le 15 mars 2019, pour la période 2019-2023.

Un avis de pré-information avait été ensuite publié au Journal Officiel de l'Union européenne le 20 février 2019, pour l'ouverture à la concurrence de 2 lots, dont l'exploitation de trains interurbains Marseille-Toulon-Nice.

L'avis de concession publié au JOUE le 26 février 2020, les candidats sélectionnés ont eu accès au dossier de consultation des entreprises le 8 juin 2020.

Le 19 septembre 2019, la région PACA demande à SNCF Voyageurs de lui transmettre des informations, ce que la SNCF Voyageurs ne fait pas pour certaines informations, ou de façon trop exhaustive pour d'autres.

L'ART est saisie par la Région pour régler ce différend le 11 décembre 2019.

La prétention de la Région est alors que la SNCF Voyageurs lui communique les informations qu'elle a préalablement demandées.

L'enjeu de la décision tient à l'importance de la transmission d'informations de l'opérateur historique aux autorités organisatrices de transport : grâce à celles-ci les autorités organisatrices de transport peuvent caractériser le service qu'elles souhaitent voir réaliser, et peuvent établir des critères objectifs d'attribution leur permettant de comparer les offres concurrentes. Elles doivent alors disposer de connaissances fiables et précises concernant les conditions techniques, économiques, financières dans lesquelles le service est exploité.

Au terme de cette décision de 54 pages, l'Autorité de régulation des transports fait droit à la demande de la Région et enjoint la SNCF Voyageurs de communiquer la majorité des informations réclamées par la région PACA, qui portent notamment sur des éléments clés tels que le matériel roulant, une liste des accidents et dommages subis par les rames, le montant des loyers et autres coûts annuels pour les installations utilisées par les conducteurs et accompagnateurs, des données relatives aux ressources humaines, le taux de départ du personnel susceptible d'être transféré au concessionnaire, ... : toutes ces informations sont essentielles et il est nécessaire que l'autorité organisatrice des transports puisse les avoir à sa disposition, afin qu'elle puisse les transmettre aux candidats intéressés lors de la mise en concurrence d'un contrat de service public et que ces candidats puissent soumettre une offre en ayant connaissance de l'état du service qu'ils souhaitent exploiter, auquel cas ils seraient dissuadés de le faire. Cette décision illustre alors l'importance de la détention des informations et de la diffusion de ces dernières dans le cadre d'une ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs.

III. 2021 : l'année du début poussif de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs en France

A. L'ouverture à la concurrence du service ferroviaire de voyageurs dans le sud : une première en France, la fin du monopole national de la SNCF sur l'exploitation du transport ferroviaire de voyageurs régionaux

Application et conséquence de la décision n° 2021-032 du 17 juin 2021 : l'arrivée de la concurrence sur le transport régional de voyageurs. - Le 28 octobre 2021, les conseillers régionaux réunis en assemblée plénière de la Région Sud ont décidé, suite à une procédure d'appel d'offres, de concéder à la société Transdev l'exploitation de la ligne de TER Marseille-Toulon-Nice, alors qu'étaient également candidats la SNCF et l'entreprise Thello (devenue Trenitalia).

Cette décision du conseil régional de la région Sud marque la fin du monopole de la SNCF sur l'exploitation du service de transport de voyageurs régionaux, les TER, mais aussi les débuts de l'ouverture à la concurrence de ce service de transport ferroviaire de voyageurs.

Le groupe Transdev promet « *des trains plus confortables et dotés de nombreux services,*

avec le doublement du nombre de trains chaque jour et une organisation étudiée pour assurer une meilleure fiabilité du service » d'après le Président-directeur général du groupe, M. Thierry Mallet. L'entreprise a inclus dans son offre un doublement de l'offre de transport, une commande de 16 rames, la construction d'un nouveau site de maintenance et de remisage à Nice et un cadre social attractif avec notamment la création de 80 emplois, et un projet écologique utilisant une énergie de traction 100% verte d'origine française.

Ces investissements conjoints de l'entreprise Transdev et de la Région Sud seront d'un montant de 250 millions d'euros, tandis que le contrat de concession de 10 ans est estimé à 870 millions d'euros.

Toutefois, la mise en service de cette liaison n'aura lieu que d'ici quelques années : elle est en effet prévue pour fin juin 2025 en raison notamment du besoin de se procurer le matériel roulant, et de la construction des ateliers requis pour l'entretenir.

B. Les prémices de l'ouverture à la concurrence du service ferroviaire de transport de voyageurs sur les lignes à grande vitesse : l'exemple de Trenitalia

Pour la première fois, une entreprise vient concurrencer l'opérateur historique sur les lignes à grande vitesse. - Le 18 décembre 2021 marque une date inédite dans le paysage ferroviaire français : en effet, le premier transport domestique sur une ligne à grande vitesse a été réalisé par un opérateur autre que

la SNCF, en l'espèce par l'entreprise Trenitalia qui exploite désormais la ligne Paris-Lyon conjointement avec la SNCF.

L'arrivée sur le marché de ce nouveau concurrent pourrait à priori être enthousiasmante : à ce sujet le vice-président de l'Autorité de la concurrence, M. Emmanuel Combe, s'exprimait sur BFM Business en décembre 2021, en comparant la situation avec l'ouverture à la concurrence qui s'est produite en Italie depuis 2012, estimant que la concurrence sur le transport ferroviaire de passagers n'entraînera pas non seulement une baisse des prix, mais aussi une augmentation de la qualité de service et de diversité de l'offre (horaires, gares desservies). On pourrait s'attendre à ce que l'opérateur historique SNCF améliore la qualité des services proposés à bord de ses trains pour se mettre au niveau de son concurrent actuel, et des futurs potentiels qui arriveront sur le marché.

L'ouverture à la concurrence semble satisfaire les acteurs du secteur : M. Franck Tuffereau, délégué général de L'Association Français du Rail (association créée en 2009 qui rassemble les opérateurs alternatifs à la SNCF) a ainsi déclaré, tout comme M. Emmanuel Combe en citant l'exemple italien : *« cette nouvelle offre vient en complément des trains existants et c'est une opportunité pour tout le secteur ferroviaire. En Italie, l'ouverture à la concurrence a permis de rendre les trains plus confortables et plus modernes, avec une haute qualité de service à bord, tout en faisant baisser les prix pour les voyageurs : cela a grandement amélioré l'image*

du transport ferroviaire dans la péninsule. »

Cependant, cette ouverture à la concurrence n'en est qu'à ses débuts : pour l'instant, seuls deux aller-retours entre Paris, Lyon et Milan sont proposés par l'opérateur Trenitalia, bien que l'opérateur italien promette trois relations supplémentaires entre Paris-Lyon, la ligne la plus rentable, dès le premier semestre 2022.

IV. La régulation ferroviaire au niveau européen

A. 2021 : l'année européenne du rail

Une initiative de la Commission européenne approuvée par le Parlement européen et le Conseil par la décision 2020/2228 du 23 décembre 2020. - L'année 2021 a été désignée comme étant l'année européenne du rail, d'une initiative de la Commission européenne visant à promouvoir le transport ferroviaire en tant que moyen de transport durable, intelligent et sûr. Des actions ont été menées tout au long de l'année 2021 pour mettre en lumière ce moyen de transport pour inciter les européens à l'utiliser davantage, alors qu'il n'est pas suffisamment emprunté et entre parfaitement dans l'objectif de l'Union européenne inscrit dans le pacte vert pour l'Europe qui est d'atteindre la neutralité climatique d'ici 2050 : en effet, le secteur ferroviaire représente moins de 0,5% des émissions de gaz à effet de serre liées au transport au sein de l'Union européenne, alors que seules 7% des personnes environ voyagent en train et 11% des marchandises

sont transportées par rail. C'est ainsi que Mme Adina-Ioana Vălean, commissaire chargée des transports, a déclaré : « *Notre future mobilité doit être durable, sûre, confortable et abordable. Le rail répond à toutes ces exigences et à bien d'autres encore ! L'Année européenne du rail nous donne l'occasion de redécouvrir ce mode de transport. Grâce à toute une série d'actions, cette initiative nous permettra d'exploiter pleinement le potentiel du rail. J'invite chacun d'entre vous à participer à l'Année européenne du rail* ».

Les initiatives suivantes ont été ainsi prises : un accord entre les Chemins de fer fédéraux autrichiens (*Österreichische Bundesbahnen*), la Deutsche Bahn, les Chemins de fer fédéraux suisses et la SNCF en décembre 2020 pour coopérer davantage afin de développer les services de train de nuit à travers l'Europe, en commençant par quatre connections Nightjet (marque commerciale de trains de nuit pour voyageurs gérée par les chemins de fer fédéraux autrichiens, qui fonctionne en Autriche, Allemagne, Belgique, Italie, Suisse et France) qui permettent de relier les villes de Vienne, Munich, Paris, Zurich, Cologne et Amsterdam en 2021.

Le projet a pour objectif de connecter treize villes européennes, et il est envisagé pour décembre 2021 de réaliser une ligne Zurich-Amsterdam et une ligne Vienne-Paris (réalisée le 13 décembre 2021, comme expliqué précédemment dans le I) B)), pour 2022 une ligne Zurich-Rome, pour décembre 2023 une ligne Berlin-Paris et Berlin-Bruxelles, pour décembre 2024 une ligne Zurich-Barcelone.

Cette initiative semble avoir en inspiré d'autres : en République tchèque, l'opérateur privé RegioJet, qui fait rouler des trains de nuit en République tchèque, Slovaquie, Hongrie et Croatie a déclaré qu'il était important que les trains de nuit trans-européens incluent davantage de pays pour rendre attractif ce moyen de transport. L'opérateur envisage des nouvelles connections entre la Pologne et l'Ukraine, et a même lancé des services de nuit en juin entre Prague et Rijeka en Croatie via Pardubice, Brno et Břeclav en République Tchèque, Bratislava en Slovaquie et Csorna en Hongrie.

Mais également, le 27 mai 2021, a eu lieu la reconstruction de la ligne ferroviaire transfrontalière qui relie la gare d'Athus en Belgique à Mont-Saint-Martin en France a été inaugurée. Cette ligne à la frontière entre la France, la Belgique et le Luxembourg en plein milieu du Pôle européen de développement (espace économique, industriel, et commercial inter-frontalier entre la France, la Belgique et le Luxembourg), avait été démolie en 1990. L'inauguration a été effectuée en présence du Ministre fédéral belge de la mobilité M. Georges Gilkinet et de la commissaire européenne aux transports Mme Adina-Ioana Vălean, comme pour symboliser l'importance que revêt ce projet et le fait qu'il s'inscrive dans le cadre de la politique européenne des transports.

B. Le règlement 2021/782 du Parlement européen et du Conseil

Un nouveau règlement renforçant les droits des voyageurs, et incitant davantage à l'utilisation du train comme moyen de transport. - Le règlement n° 2021/782 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires, entré en vigueur à partir du 6 juin 2021 et applicable à partir du 7 juin 2023 dans tous les Etats membres, a pour objectif de renforcer la protection des voyageurs en cas de perturbation de leurs voyages, favoriser les voyages en train et prendre davantage en compte les besoins des personnes handicapées ou à mobilité réduite, et vient remplacer l'ancien règlement n°1371/2007 du 23 octobre 2007 qui était jusqu'alors en vigueur.

Il a pour objet de renforcer les droits des voyageurs et d'améliorer l'efficacité des services ferroviaires de voyageurs, pour pousser davantage de consommateurs à utiliser ce mode de transport.

Ce règlement s'applique aux voyages ferroviaires internationaux ou domestiques effectués au sein de l'Union européenne, dès lors qu'ils sont proposés par une ou plusieurs entreprises ferroviaires. Sont notamment à noter : une obligation pour les transporteurs agissant en tant qu'entreprise ferroviaire unique (c'est-à-dire des entreprises ferroviaires qui peuvent être différentes mais sont étroitement liées car détenues entièrement par le même propriétaire) de proposer leurs

services ferroviaires longue distance (qu'ils soient internationaux ou domestiques) et régionaux sous la forme d'un billet direct ; l'obligation d'information sur le voyage en temps réel, à savoir la diffusion, par les gestionnaires d'infrastructure aux entreprises ferroviaires, vendeurs de billet et gestionnaires de gare des données en temps réel relatives au trafic, et les entreprises ferroviaires doivent quant à elles fournir des informations en temps réel aux entreprises ferroviaires qui vendent leurs billets des données relatives aux voyages ; le droit des passagers de réorganiser leur acheminement dès lors que leur retard est perturbé de plus de d'une heure quarante et qu'aucune solution ne leur a été proposée : ils peuvent désormais notamment se faire rembourser par le transporteur pour le coût « nécessaire, approprié et raisonnable » de leur billet supplémentaire ; la possibilité pour les voyageurs d'emporter leur bicyclette dans le train avec des espaces aménagés spécialement à cet effet ; une garantie d'accès au transport ferroviaire pour les personnes handicapées ou à mobilité réduite et une réduction du délai de notification préalable des demandes d'assistance réduite à un jour ; un formulaire standardisé dans toute l'Union européenne pour que les passagers puissent demander un remboursement ou une compensation ; une clause de force majeure en faveur des entreprises ferroviaires, qui ne sont pas tenues de verser une compensation financière dès lors que les retards ou annulations résultent de circonstances extraordinaires ; l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité par les entreprises ferroviaires, vendeurs de billet

ou voyageurs lors de la proposition de tarif ou des conditions contractuelles ; l'obligation pour les entreprises ferroviaires, en collaboration avec les gestionnaires d'infrastructure et des gares de préparer des plans d'urgence en cas de perturbation et de retards importants entraînant l'immobilisation d'un grand nombre de voyageurs dans une gare.

◆ Droit de la régulation des jeux

Par Louis THEPAUT

Élève de Sciences Po Strasbourg

Étudiant du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Après une année 2020 marquée par la crise du Covid-19 et la création de la nouvelle Autorité nationale des jeux, l'année 2021 a été une année de normalisation dans un secteur toujours en forte progression. En effet, le secteur des jeux d'argent et de hasard a connu, depuis le premier confinement une progression continue. La reprise en 2021 des compétitions sportives a aussi amené une hausse du nombre de joueurs et une hausse des mises par rapport aux périodes comparables avant la crise sanitaire. Cette hausse est une bonne nouvelle en ce qu'elle permet aux nouveaux opérateurs notamment de gagner des parts de marché et de rendre le secteur plus concurrentiel. Cependant, elle implique aussi d'importants problèmes, en premier lieu ceux relatifs à la santé publique. Ainsi, l'Autorité nationale des jeux a-t-elle vu son rôle être consacré en 2021, notamment concernant la prévention du jeu excessif et la protection des publics les plus à risque. Un des leviers de cette protection a été la régulation de la publicité et de la communication des opérateurs du secteur des jeux d'argent et de hasard. La protection des consommateurs est de plus venue des juridictions administratives et judiciaires. Notamment, le Conseil d'État a consacré le rôle de l'autorité de régulation concernant la possibilité pour cette dernière d'opposer les dispositions du Code de la consommation aux opérateurs, permettant ainsi à l'ANJ d'effectivement protéger les consommateurs. Le juge judiciaire est lui aussi venu contribuer à la protection des consommateurs, au moyen de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 2021.

Enfin, l'année 2021 a aussi été une année importante pour les jeux d'argent et de hasard au regard du droit de l'Union européenne. Ainsi, l'année 2021 a été celle de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et du marché intérieur. Le Brexit a en ce sens consacré le Royaume-Uni comme un État tiers à l'Union concernant l'industrie des jeux d'argent et de hasard, notamment du fait de l'exclusion de ce champ d'activité de l'Accord de coopération entré en vigueur définitivement au 1er mai 2021. Enfin, le marché intérieur permet aussi aux opérateurs présents sur le marché et aux consommateurs de s'assurer d'une véritable concurrence sur celui-ci. Ainsi, la Cour de justice s'est notamment prononcée sur la notion de concession et les obligations relatives à la commande publique au regard d'une clause de réexamen et de la notion de modification substantielle. De plus, le contrôle de la Commission sur les aides d'Etat permet d'assurer une pleine et entière concurrence sur le marché, afin de réserver au consommateur le surplus social d'une concurrence pure et parfaite.

I. Consécration du rôle de l'Autorité nationale des jeux

A. Concernant la prévention du jeu excessif et la protection des mineurs

La protection des publics les plus fragiles par l'Autorité nationale des jeux. – Créée en 2020 et succédant à l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ci-après ARJEL) en tant qu'autorité de régulation du secteur des jeux de hasard et d'argent, l'Autorité nationale des jeux (ci-après ANJ) est désormais dotée de pouvoirs étendus et joue un rôle prépondérant pour le secteur. Ainsi, l'autorité contrôle-t-elle les demandes d'agrément mais aussi un grand nombre d'autres aspects de la régulation du secteur tels que la protection des consommateurs des jeux d'argent et de hasard. Nous invitons le lecteur à se référer à l'édition précédente de la présente chronique afin d'obtenir toutes les informations nécessaires à la compréhension notamment du fonctionnement de l'ANJ. Ainsi, si 2020 a été l'année charnière pour l'ANJ, 2021 a principalement été une année de précision de ses missions et de ses moyens mais aussi une année d'extension de son domaine de compétence, au regard de la prévention du jeu excessif et de la protection des mineurs mais aussi de lutte contre la fraude et le blanchiment de capitaux. La prévention du jeu excessif et la protection des mineurs est un point central de la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard. Elle vise avant tout la protection des plus faibles et des individus les plus enclins aux pratiques dangereuses pour leur

santé, notamment les pratiques addictives. L'influence de la médecine sur ce champ de la régulation est prépondérante. Si la prévention du jeu excessif et la protection des mineurs n'est pas une considération nouvelle, son articulation dans le cadre d'une ouverture à la concurrence pose de nombreuses questions. En effet, l'ouverture supposant la possibilité pour les acteurs entrant de concurrencer l'opérateur historique, la question de l'articulation entre ces possibilités de concurrence et la prévention des comportements à risque pose d'importantes questions, qui se sont imposées à la fois à l'autorité de régulation (voir en ce sens *infra* les considérations relatives à la publicité) mais aussi dans le débat parlementaire et dans la société civile. Cette prévention du jeu excessif et pathologique est notamment passée par la transmission, au 1er janvier 2021, du fichier relatif aux interdictions volontaires de jeu du Ministère de l'Intérieur à l'ANJ. Symbole fort du nouveau rôle central de l'ANJ et de l'importance de celle-ci dans la prévention des pratiques addictives, cette transmission montre avant tout la volonté du pouvoir exécutif de permettre au régulateur d'exercer un véritable contrôle en mettant à sa disposition les outils adéquats à la poursuite des missions qui lui ont été assignées. Surtout, cette régulation-prévention est passée par l'adoption du cadre de référence pour la prévention du jeu excessif et la protection des mineurs, matérialisé par l'arrêté du Ministre de la santé du 9 avril 2021. Adopté sur proposition de l'ANJ, ce cadre s'inscrit dans un contexte de fort développement du marché des jeux d'argent et de hasard et d'une hausse du nombre de joueurs pathologiques et à

risque. La cadre entend assurer la protection par la responsabilisation des acteurs qui sont par exemple invités, avant chaque mise sur le marché, à évaluer le potentiel addictif des jeux qu'ils souhaitent proposer aux consommateurs au moyen d'outils qui ont déjà démontré leur pertinence, tels que l'ASTERIG par exemple. Un autre exemple de cette régulation est l'obligation pour les opérateurs de mettre à disposition de leurs clients, et de communiquer à ce propos, des mécanismes de modération et de protection du jeu. De telles mesures visent principalement à responsabiliser les opérateurs et à ouvrir un dialogue constructif avec ceux-ci pour la nouvellement créée ANJ. Cependant, en cas de non-respect ou d'abus de la part des opérateurs, un mécanisme de sanction permet à l'ANJ de sanctionner tous les manquements qui pourront être constatés, sanctions pouvant mener jusqu'au retrait de l'agrément (**Arrêté du ministre des Solidarités et de la Santé du 9 avril 2021 définissant le cadre de référence pour la prévention du jeu excessif et la protection des mineurs, JORF n° 0089 du 15 avril 2021**).

B. Concernant la lutte contre la fraude et contre le blanchiment de capitaux

Lutte contre les activités illégales dans le secteur des jeux d'argent et de hasard. - La lutte contre le crime organisé et notamment la fraude et le blanchiment de capitaux est aussi un aspect particulièrement important de la régulation du secteur. Elle ne vise cependant pas tous les opérateurs, les cercles de jeu et les casinos relevant sur ce point du

Ministère de l'Intérieur. Ce cadre constitue certes les obligations des opérateurs et des acteurs du marché concernant la fraude et le blanchiment de capitaux. Cependant, à l'instar de la prévention du jeu pathologique, le cadre est avant tout un cadre de droit souple, visant la responsabilisation des acteurs. Si ce fait peut sembler étonnant, il convient de rappeler que pour exercer leur activité sur le marché, les opérateurs doivent obtenir l'agrément de l'ANJ préalablement à leur entrée sur celui-ci. Ainsi, le contrôle *ex ante* permet-il d'écartier toute tentative d'acteur frauduleux d'entrer sur le marché, le contrôle des opérateurs déjà agréments vise-t-il à éviter une utilisation des plateformes légales pour des objectifs frauduleux, tels que le blanchiment de capitaux, l'évasion fiscale ou encore le financement du terrorisme. S'inscrivant pleinement dans la logique unioniste, notamment dans le cadre de la directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, mais aussi national avec les diverses dispositions nationales contenues dans plusieurs codes, le cadre de référence vise à rendre l'application des dispositions de ces sources pleinement effective. Cela notamment en permettant une meilleure connaissance du marché et des pratiques afin d'exercer une régulation utile et pleine, en lien avec les opérateurs sur le marché. Cette régulation des acteurs se fait au moyen des divers outils mis en place par l'ANJ au sein de ce cadre de référence. Ainsi, la coopération avec les autorités de régulation des

autres pays membres de l'Union européenne mais aussi d'États tiers est mise en avant afin de lutter contre les organisations internationales et aux multiples ramifications, notamment concernant le financement du terrorisme ou la fraude fiscale. Aussi, l'action de l'ANJ au sein du Gaming Regulators' European Forum a-t-elle permis la coopération au niveau international sur ces questions et principalement de s'inspirer des actions entreprises dans les autres États membres et les résultats qui en ont découlé (ANJ, **décision n° 2021-154 du 3 juin 2021 portant cadre de référence pour la lutte contre la fraude et contre le blanchiment de capitaux ; arrêté du 9 septembre 2021 du Ministre de l'Économie et du ministre de l'Intérieur définissant le cadre de référence pour la lutte contre la fraude et contre le blanchiment de capitaux**, JORF n° 0089 du 15 avril 2021).

II. Protection des consommateurs

A. Une protection par la reconnaissance du champ de compétence

Compétence de l'ANJ au regard de l'application des dispositions du Code de la consommation. – La protection des consommateurs est tout d'abord venue en 2021 de la reconnaissance du champ de compétence étendu de l'autorité de régulation. En effet, le Conseil d'État a, dans un arrêt du 24 mars 2021, publié au Recueil Lebon, reconnu des

compétences élargies à l'ARJEL, devenue ANJ. L'affaire concernait une délibération de l'ARJEL, acte de droit souple, qui se trouvait contestée en ce qu'elle indiquait aux opérateurs de jeux et de paris que certaines dispositions du Code de la consommation pouvaient leur être opposables. Le Conseil d'État rappelle dans cet arrêt que les actes de droit souple des autorités de régulation sont susceptibles de faire l'objet de recours devant les juridictions administratives, dans la claire lignée de sa jurisprudence récente, lorsque ceux-ci sont de nature notamment à influencer significativement le comportement sur le marché des acteurs concernés par cet acte. Dans le cas présent, l'acte considéré étant susceptible de produire de tels effets, celui-ci peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir comme c'est le cas au principal. Cette première partie de l'arrêt peut sembler être une fragilisation des pouvoirs de l'autorité de régulation. En effet, des actes de droit souple peuvent donc se trouver contestés selon certaines conditions devant les juridictions compétentes. En réalité, cette possibilité, déjà dégagée précédemment par la jurisprudence n'est pas l'apport principal de l'arrêt. Car si l'intérêt de l'arrêt repose évidemment sur ces considérations, la suite du raisonnement revêt aussi un caractère primordial, notamment pour notre champ d'étude. En effet, par la suite, le Conseil d'État s'interroge sur la compétence de l'ARJEL (devenue ANJ) de pouvoir prendre de tels actes. Le Conseil d'État, après avoir rappelé les missions étendues et variées incombant à l'ARJEL devenue ANJ reconnaît à cette dernière une compétence large. En effet, le Conseil d'État fait découler des missions attribuées

à l'autorité de régulation, la compétence de poursuivre, devant la commission des sanctions « *les opérateurs agréés de jeux et paris en ligne qui auraient commis, au regard d'obligations résultant du code de la consommation qui leur seraient applicables, des manquements lui paraissant méconnaître les objectifs que l'Autorité nationale des jeux a légalement pour mission de garantir; celle-ci n'a pas méconnu sa compétence.* » Dès lors, l'Autorité de régulation se trouve compétente afin d'appliquer les dispositions du Code de la consommation aux opérateurs et ce dans le but de protéger les consommateurs. Ainsi se trouvent opposables aux opérateurs les dispositions de ce Code concernant les pratiques commerciales déloyales et les clauses abusives par l'autorité de régulation. Une telle consécration de la compétence de l'ANJ permettra de fait une meilleure protection des consommateurs par l'autorité de régulation qui dispose d'une connaissance bien plus profonde du secteur que les juridictions et d'un pouvoir de sanction important. Cet arrêt emporte bien entendu l'adhésion de l'ANJ. Cette dernière entend appliquer pleinement cette jurisprudence afin de garantir une protection totale des consommateurs. Notamment, elle souhaite se fonder sur cette jurisprudence afin de pouvoir contrôler et sanctionner les pratiques des « tipsters ». Ces « tipsters » sont des acteurs donnant des conseils ou « tuyaux » concernant les jeux d'argent et de hasard, notamment au moyen des nouvelles technologies, réseaux sociaux en tête. Souvent décriés pour des pratiques commerciales frauduleuses, notamment des promesses de gain irréalistes ou

des prétentions de gains pécuniers importants jamais réalisés, l'ANJ entend bénéficier de cette compétence désormais affirmée afin de pouvoir sanctionner ces pratiques frauduleuses (CE, 24 mars 2021, *Association française du jeu en ligne (AFJEL)*, n° 431786, publié au Recueil Lebon ; ANJ, Rapport annuel période juin 2020 – juin 2021).

B. La protection par la régulation de la communication et de la publicité

Volonté affichée d'une protection étendue à divers champs. – Avec cette volonté de la régulation des « tipsters », l'ANJ semble souhaiter, au-delà des canaux de régulation historiques et donc déjà fortement établis, étendre le champ de la régulation, notamment aux divers moyens de communication et à la publicité, que celle-ci soit en ligne ou par les canaux traditionnels de diffusion, à l'image de la télévision. Cette régulation vise ainsi à éviter le recrutement massif de joueurs et donc la création ou la consécration d'un nombre important de joueurs à risques. Cependant, cette régulation se doit, en plus de considérations relatives à la santé et à l'ordre public, d'intégrer des considérations purement économiques. En effet, la fin des monopoles historiques, l'ouverture du marché à la concurrence et notamment à des entreprises provenant d'autres États membres nécessite pour celles-ci la possibilité de communiquer à propos de leur présence sur le marché national. Elles doivent aussi pouvoir communiquer et informer la clientèle potentielle de leurs offres, l'ouverture à la concurrence étant

censée bénéficier au consommateur du fait d'une concurrence accrue entre opérateurs. De plus, la possibilité pour les opérateurs de communiquer permet à ceux-ci de recruter des consommateurs qui n'iront dès lors pas vers des plateformes d'offres illégales de paris même si ce point peut être contesté, à titre principal au regard de l'affaire judiciaire en cours concernant l'offre de l'opérateur « Pronoclub ». Dès lors, cette régulation est une régulation primordiale qu'il n'est cependant pas aisé à mettre en place, la balance entre les intérêts précédemment évoqués étant difficile à déterminer. Cette régulation passe donc par la régulation de la publicité. Une telle régulation de la publicité n'est pas nouvelle et a notamment été consacrée aux articles 34, 57 et 61 de la loi du 12 mai 2010 qui portait à l'époque sur le champ de compétence de l'ARJEL dans le domaine des communications commerciales donc. Cette compétence n'étant certes pas nouvelle, l'importance prise par la publicité ces dernières années pousse le régulateur à investir massivement ce champ. La régulation de la publicité dans le domaine des jeux d'argent et de hasard est ainsi devenu une véritable politique autonome de l'autorité de régulation, fruit d'une volonté forte à la tête de celle-ci (Tribune d'Isabelle Falque-Pierrotin, Présidente de l'ANJ, « L'Euro de football questionne le modèle de régulation des paris mis en place depuis dix ans », journal *Le Monde*, publiée le 10 juillet 2021).

La mise en place d'une consultation publique, premier acte de cette régulation de la publicité. – Cette volonté s'est traduite par un renforcement des contrôles des opérateurs par rapport aux stratégies de communication que ceux-ci peuvent mettre en place, notamment afin de recruter de nouveaux clients. Cette régulation se fait en collaboration avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel (devenu Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique) et l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et vise à mettre en commun des moyens de régulation interdisciplinaires par une coopération effective entre les différentes autorités. Fort du constat de la hausse substantielle des dépenses liées à la publicité par les acteurs lors des dernières années, l'ANJ a lancé, à la rentrée 2021, une consultation publique sur la publicité pour les jeux d'argent. Cette consultation vise notamment à la participation des acteurs du secteur mais aussi de membres de la société civile à l'élaboration d'un État des lieux de la publicité pour les jeux d'argent et de hasard et l'élaboration d'une nouvelle feuille de route afin d'encadrer la publicité ceux-ci. S'établissant dans un contexte de forte hausse des dépenses publicitaires mais aussi de constatations d'abus lors notamment de tournois de sport majeurs, cette consultation vise ainsi à offrir à l'ANJ les connaissances nécessaires à une régulation efficiente, tout en responsabilisant les acteurs. Menée tout au long de la fin d'année 2021, et faisant participer les opérateurs de jeu proposant des services accessibles depuis le territoire hexagonal, la consultation publique a permis aux acteurs du marché de faire connaître

leurs observations. Enfin, cette régulation des contenus publicitaires se fait aussi au sein du Gaming Regulators' European Forum : les Pays-Bas ou encore l'Allemagne ont sauté le pas, en interdisant les publicités pour divers jeux d'argent durant toute la journée à la télévision, ces publicités ne pouvant être visionnées que durant la nuit, afin d'assurer un niveau de protection suffisant des publics à risque. La volonté d'une régulation plus importante est donc présente au niveau européen et les initiatives du régulateur français s'inscrivent dans ce mouvement. Cette consultation a débouché en février 2022 sur un rapport de l'ANJ et par la suite sur un dispositif de mise en œuvre afin de renforcer le contrôle de la filière, notamment en vue de la tenue en novembre 2022 de la Coupe du Monde de football. Celle-ci représentera pour l'ANJ le premier test réel de ses actions concernant la publicité (ANJ, 20 septembre 2021, **Consultation publique sur la publicité et les jeux d'argent en ligne**).

C. La protection par le droit commun

Protection du débiteur d'une dette consentie pour alimenter le jeu. – Enfin, la protection des consommateurs a aussi été consacrée en 2021 par le droit commun, les juridictions à la fois judiciaires et administratives représentant les gardiens de cette régulation par les tribunaux. Notamment, un arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 2021 est venu rappeler la protection qu'offrent les tribunaux aux consommateurs de jeux d'argent et de hasard. Cet arrêt vient notamment énoncer que la loi ne permet aucune action pour un créancier contre son

débiteur lorsque la dette résulte d'un prêt consenti afin d'alimenter le jeu du débiteur. Le demandeur était dans cet arrêt un casino qui réclamait au joueur le paiement d'un montant de 170 000 euros correspondant à des chèques demeurés sans provisions. Au cas d'espèce, un joueur avait payé le casino dans lequel il venait jouer avec des chèques qui avaient été retournés par la banque pour insuffisance de provision et avait conclu par suite un protocole transactionnel avec l'établissement en vue du règlement de cette dette. Le joueur n'ayant pas réglé ladite créance, le casino avait alors intenté la présente action en justice en vue d'obtenir le paiement des sommes définies ainsi que de dommages et intérêts. Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme le jugement de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel. En effet, la Cour de cassation conclut elle aussi que le client d'un opérateur de jeu peut s'opposer au paiement des créances contractées auprès de celui-ci lorsque ces dernières ont été consenties dans le but d'alimenter le jeu du client. Une telle solution revêt un caractère substantiel pour la protection des clients, c'est-à-dire des joueurs. En effet, ceux-ci ne sont ainsi pas tenus de rembourser des créances qu'un professionnel, titulaire d'un agrément, n'aurait dû leur consentir. Ainsi, la Cour note que « *le client d'un casino, dont l'activité est autorisée par la loi et réglementée par les pouvoirs publics, ne peut se prévaloir des dispositions susvisées* » c'est-à-dire l'article 1965 du Code civil prévoyant l'exception de jeu, « *sauf s'il est établi que la dette se rapporte à des prêts consentis par le casino pour alimenter le jeu* ». La Cour de cassation considérant qu'en

l'absence au listing d'« *achat vente d'un client* » desdits chèques, ceux-ci n'ont pas été réalisés en vue du paiement de jetons mais bien afin de servir de contrepartie à des prêts consentis par l'établissement en vue de permettre au joueur d'alimenter le jeu. La Cour de cassation se fonde alors sur ce fait que le justiciable peut se prévaloir de l'exception de jeu prévue à l'article 1965 du Code civil, reprenant ainsi l'appréciation de la Cour d'appel. Une telle solution permet la protection des joueurs par la responsabilisation des opérateurs présents sur le marché, ceux-ci ne pouvant recouvrer une créance consentie pour alimenter le jeu (Cass 1^{ère} civ., 8 avril 2021, pourvoi n°19-20.644).

III. Implications de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et du marché intérieur

Implications de l'accord de commerce et de coopération sur le secteur des jeux d'argent et de hasard. – Le Brexit n'est bien évidemment pas une nouvelle de l'année 2021. Décidée en 2017 au terme d'un référendum conduit en 2016, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne a cependant eu des répercussions en 2021, notamment sur le secteur des jeux d'argent et de hasard. En effet, secteur particulièrement florissant outre-manche, la sortie du Royaume-Uni de l'Union, laisse des traces importantes pour l'industrie. Au 1^{er} janvier 2021, le Royaume-Uni est effectivement devenu un État tiers à l'Union au regard de

la régulation des jeux d'argent et de hasard. Ce fait est dû à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et du marché intérieur mais aussi aux termes de l'Accord de commerce et de coopération entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, conclu le 24 décembre 2020, entré en vigueur provisoirement au 1^{er} janvier 2021 et définitivement appliqué à partir du 1^{er} mai 2021. En effet, l'Accord de commerce et de coopération ne prévoit pas de disposition permettant aux jeux d'argent et de hasard de continuer à être librement prestés entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. A contrario, celui-ci permet à la fois au Royaume-Uni mais aussi à l'Union européenne d'apposer des réserves concernant ce secteur d'activité. Ainsi, au terme de la réserve 19 de l'accord de coopération, l'UE se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative au secteur des services récréatifs, culturels et sportif, ce secteur comportant les services de jeu et paris. Cette mesure incluant une réciprocité, le Royaume-Uni émet aussi une réserve, la réserve 11, concernant les services de jeu et paris, gardant dès lors le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative à ce secteur. De plus, aux termes de l'accord, les parties peuvent exiger une autorisation préalable pour les opérateurs fournissant un service par voie électronique ou toute autre mesure produisant un effet équivalent. Dès lors, les opérateurs établis dans un État membre de l'Union ne pourront plus prester leurs services au Royaume-Uni et réciproquement, faisant alors définitivement du pays un État tiers à l'Union. Si le Brexit est souvent présenté comme un obstacle important, il convient cependant de

relativiser ces propos sans doute excessifs. En effet, si le Brexit rendra bien plus difficile les échanges de service au sein des service de jeu d'argent et de hasard, une claire distinction était déjà opérée avant le Brexit. En effet, les jeux d'argent et de hasard se trouvaient déjà exclus du champ de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et, à l'instar des autres États membres de l'Union, une très grande liberté était dévolue aux États et leurs autorités de régulation qui conservaient la compétence concernant le secteur des jeux d'argent et de hasard. Par exemple, les dispositions relatives à la protection des consommateurs étaient purement nationales, tout comme l'octroi des licences pour les opérateurs. Ainsi, le Brexit n'impactera qu'en partie le secteur et la régulation des jeux d'argent et de hasard. Cette sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne et du marché intérieur revêt cependant un caractère substantiel pour certaines régions du Royaume-Uni. Notamment Gibraltar, du fait de sa législation et de sa fiscalité avantageuse, avait vu s'installer nombre d'opérateurs de jeu, quasiment tous opérateurs en ligne. Ainsi, pour ces opérateurs qui sont des *pur players* du secteur, les conséquences du Brexit sont très importantes. Du fait de l'appartenance de Gibraltar au Royaume-Uni il aurait cependant semblé logique que le territoire se voit appliquer les dispositions de l'Accord de commerce et de coopération. Il n'en est cependant rien, celui-ci disposant notamment qu'il ne concerne aucunement Gibraltar. Dès lors, les autorités gibraltariennes ont entamé une série de négociations avec l'Union européenne en

vue de permettre aux opérateurs basés sur son territoire de pouvoir continuer à opérer sur le marché intérieur. Les négociations n'ont cependant pour le moment pas abouti. (**Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, d'une part, et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, d'autre part**, JOUE L 444, 31 décembre 2020, p. 14).

IV. Marché intérieur et jeux d'argent et de hasard

A. Notion de concession et clause de réexamen

Spécification de la notion de concession. – Le marché intérieur et les dispositions relatives à celui-ci ont à nouveau joué un rôle important en 2021. Notamment, le droit de l'Union par le prisme du marché intérieur est venu exercer un contrôle de dispositions nationales relatives aux jeux d'argent et de hasard. Du fait des enjeux en termes de santé et de sécurité publique mais aussi des enjeux financiers primordiaux pour les finances publiques de nombreux pays, ces décisions sont particulièrement importantes. La jurisprudence européenne est-elle ainsi venue en 2021 caractériser et spécifier un certain nombre de notion dans le secteur des jeux d'argent et de hasard. Notamment, la notion de concession a ainsi été spécifiée au moyen d'un arrêt de la Cour de justice septembre 2021. Au cas d'espèce, une société concessionnaire s'était vu attribuer des concessions relatives à

des jeux de loteries pour une durée de 9 années à compter de 2010. Une clause permettait une prolongation au-delà de cette date en cas d'accord des parties et prévoyait une hausse des redevances dans ce cas. Celle-ci a été utilisée par l'État italien et le concessionnaire afin de prolonger le contrat de concession au-delà de 2019, moyennant des versements plus importants de la part du concessionnaire. Une telle décision de l'État italien a été contestée, notamment par les concurrents de l'entreprise concessionnaire, qui auraient voulu voir une nouvelle procédure être mise en place afin de pouvoir eux aussi se voir attribuer la concession. Il convient cependant de noter qu'en 2010 une seule entreprise avait répondu à l'appel d'offres pour la concession et se l'était logiquement vue attribuée. La principale portée et le principal intérêt de cet arrêt est l'explicitation par la Cour de justice de la notion de modification substantielle. Ainsi, la validité d'une clause de réexamen, bien qu'interrogée, n'est que très rapidement acceptée par la Cour dès lors que, comme c'est le cas ici, elle est régulière et a été mise en place en respectant toutes les conditions relatives. Dès, lors, contrairement aux allégations des requérants, cette clause n'emporte pas novation et est donc acceptée au regard du droit de l'Union européenne. Concernant la notion de modification substantielle, la Cour de justice dit notamment que la clause de réexamen qui amène à une hausse importante des revenus issus de la concession pour l'État ne fonde nécessairement pas une modification substantielle. En effet, la Cour relève notamment que la directive concession (2014/23/UE) « ne s'oppose pas à

une réglementation nationale qui prévoit, d'une part, que le renouvellement d'une concession sera décidé deux ans avant son terme et, d'autre part, une modification des modalités de paiement de la contrepartie financière due par le concessionnaire, telles qu'elles figuraient dans le contrat de concession initial de manière à garantir à l'État des recettes budgétaires nouvelles et plus importantes, lorsque cette modification n'est pas substantielle, au sens de l'article 43, paragraphe 4, de cette directive. ». Ainsi la directive n'oblige pas au renouvellement du contrat de concession au moyen d'une nouvelle procédure d'attribution aux termes de la directive, lors d'un renouvellement contractuellement prévu et même lorsque ce renouvellement entraîne une hausse des revenus pour l'adjudicataire, sous réserve que cette hausse ne revête pas le caractère de modification substantielle (CJUE, 2 septembre 2021, *Sisal SpA (C-721/19)*, *Stanleybet Malta Ltd (C-722/19)*, *Magellan Robotech Ltd (C-722/19) c/ Agenzia della Dogane e dei Monopoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aff. C-721/19 et C-722/19)).

B. Droits exclusifs et Aide d'État

Octroi de droits exclusifs par la République française au profit de la Française des jeux. – Par une plainte déposée auprès de la Commission européenne, des concurrents de la Française des jeux (ci-après FDJ) ont contesté l'octroi à celle-ci de droits exclusifs par la République française. Les plaignants développent leur argumentaire en trois branches. La première concerne l'octroi de

droits exclusifs pour une durée de 25 ans moyennant selon eux une rémunération insuffisante en contrepartie de ces droits. La seconde est selon les plaignants une garantie explicite et illimitée de la part de l'État français au bénéfice de la FDJ. Enfin, la dernière concerne le traitement fiscal préférentiel qui serait consenti par la République française au profit de la FDJ. Par ces trois moyens les plaignants estiment que l'octroi de droits exclusifs à la FDJ constitue une restriction à la libre prestation de services ainsi qu'à la liberté d'établissement. Si la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, du 22 mai 2019, avait pour principale mesure concernant les jeux d'argent et de hasard d'ouvrir la participation au capital de la FDJ, il n'aura pas échappé aux plus assidus de la matière que la loi comprenait aussi l'octroi du droit exclusif de distribution en réseau physique de jeux de loterie et de jeux de paris sportifs. C'est cette mesure que les plaignants contestent. En effet, ces droits ont été consentis par l'État français pour une durée de 25 ans au bénéfice de la FDJ. La contrepartie de ces droits particulièrement étendus dans le temps s'élève à 380 millions d'euros pour la période, ce qui représente un peu plus de 15 millions d'euros par an. Ce fait est donc contesté par les requérants sur le terrain de l'aide d'État illégale car non notifiée et incompatible avec le marché intérieur. En effet, et afin d'éviter un contournement de l'interdiction des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur, l'octroi de droits exclusifs peut constituer un avantage et donc être une aide d'État au regard de l'article 107 §1 du TFUE si la contrepartie

des droits exclusifs ne correspond pas aux conditions du marché. Cela revient en réalité à étudier si dans les conditions normales du marché, le prix payé par l'entreprise s'étant vu octroyer des droits exclusifs correspond au prix de marché pour les droits considérés. La Commission conclut à la suite de l'examen des plaintes et avec les documents en sa possession « *qu'il ne peut être exclu que la FDJ ait bénéficié d'un avantage sous la forme de l'octroi de droits exclusifs moyennant une rémunération inférieure au prix du marché* ». La Commission de plus voit ici caractérisés les quatre éléments de la définition d'un aide d'État (sélectivité, imputabilité, ressource d'État, susceptibilité de fausser la concurrence). Enfin, la Commission indique n'avoir aucune information allant dans le sens d'une compatibilité de la mesure avec le marché intérieur. Dès lors, « *la Commission a notifié à la France sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne la rémunération due à l'État par la Française des Jeux en échange des droits exclusifs qui lui ont été attribués* ». À la suite de l'ouverture de la procédure, la République française a donc été invitée à présenter des observations relatives à ladite procédure. L'ouverture de cette procédure prouve à nouveau l'intérêt de la possibilité pour les entreprises concurrentes d'envoyer leurs plaintes auprès de la Commission en matière d'aide d'État, permettant alors un contrôle effectif et utile de cette dernière. Surtout, cette procédure pourrait obliger la FDJ à reverser une somme bien plus importante à l'État français en contrepartie des droits exclusifs qui lui ont

été accordés. Par ce contrôle, la Commission entend ainsi interdire les aides d'État déguisées et permettre la réalisation complète du marché intérieur dans le secteur des jeux d'argent et de hasard (Comm. UE, Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, SA.56399 et SA.56634, 03 décembre 2021).

◆ Droit de la régulation du marché intérieur

Par Gabriel HERSELIN et Charles THIELEN

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Pour le droit du marché intérieur, l'année 2021 a été sans surprise marquée par la pandémie de Covid 19. C'est d'ailleurs dans ce contexte que le Parlement européen a pris une résolution pour renforcer le marché unique, le 20 janvier 2021. Constatant le besoin de croissance économique dû à la récession et la hausse du chômage, cette résolution est aussi l'occasion de rappeler l'importance des bonnes transpositions des directives, notamment la directive « services » (directive 2006/123) ou la directive sur les travailleurs détachés (directive 96/71). Est réitérée de même la volonté d'harmonisation des normes administratives encadrant les échanges transfrontières et la mobilité des travailleurs. Cette résolution s'inscrit dès lors dans une pleine logique de renforcement du marché intérieur, dont la promotion serait « *essentielle pour lutter contre les conséquences du Covid* ». Le 20 mai 2021, une nouvelle résolution vient par ailleurs s'intéresser plus en détail à cette question de la libre circulation des travailleurs, pensée pour renforcer l'intégration européenne. D'autres objectifs sont mentionnés, à l'instar du développement durable, du pacte vert (Green deal) et de l'égalité homme-femme. Ces deux résolutions du Parlement européen résonnent avec la jurisprudence des juridictions européennes ces douze derniers mois. Il a beaucoup été question des équivalences de diplômes entre pays de l'Union européenne, mais aussi avec ceux parties à l'association européenne de libre échange (CJAELE, 15 mars 2021, *Anniken Jenny Lindberg*, E-3/20). La mobilité des travailleurs est toujours une préoccupation majeure pour la Cour (CJUE, 15 juillet 2021, *BJ c/ État belge*, C-241/20), bien qu'il soit reconnu une certaine liberté aux États membres quant aux travailleurs étrangers (CJUE, 8 juillet 2021, *VAS Shipping*, C-71/20). D'autres domaines ont aussi fait l'objet d'arrêts rendus par la Cour cette année, notamment en matière de publicité, qu'elle soit pour des jeux d'argent (CJUE, 18 mai 2021, *Fluctus s.r.o., Fluentum s.r.o., KI c/ Landespolizeidirektion Steiermark*, C-920/19) ou pour la promotion d'une enseigne de pharmacie (CJUE, 15 juillet 2021, *DocMorris c/ Apothekerkammer Nordrhein*, C-190/20). La citoyenneté européenne, enfin, occupe toujours une place de choix dans les affaires traitées. Cette année, il a été question de décisions d'éloignement (CJUE, 22 juin 2021, *Ordre des barreaux francophones et germanophone c/ Conseil des ministres*, C-718/19) mais aussi de perte de citoyenneté européenne (CJUE, 18 jan. 2022, *JY c/ Wiener Landesregierung*, C-118/20). La liberté de circulation des capitaux quant à elle sera parfois écartée au profit d'autres libertés, mais bénéficiera de décisions, entre autre, sur l'imposition du patrimoine et du capital (CJUE, 21 décembre 2021, *Finanzamt V*, C-394/20).

I. La libre circulation des marchandises

A. Autorisation de mise sur le marché d'un médicament

Délivrance d'un médicament sans autorisation de mise sur le marché conditionnée à une prescription médicale et un avis d'autorité compétente. - En l'espèce, l'Institut national hongrois de la pharmacie et de la nutrition, autorité compétente en matière de médicaments, a entendu conditionner la délivrance d'un médicament dépourvu d'autorisation de mise sur le marché en Hongrie à une prescription médicale et l'obtention de son avis. Ledit médicament était alors importé d'un autre pays où la prescription médicale n'était pas nécessaire. Ces exigences administratives sont donc perçues comme une restriction quantitative aux échanges, alors même qu'elles semblent découler de la transposition de la directive 2001/83 instituant le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. Par sa nature, la directive harmonise le droit européen en la matière, et le classement d'un médicament en médicament délivrable sans prescription, conformément aux critères européens, devrait être reconnu dans les autres États-membres, selon l'entreprise importatrice du médicament. La Cour de justice rappelle donc qu'il est possible de mettre en œuvre une dérogation à la directive, via les dispositions de l'article 5 de cette dernière, et va analyser la manière dont les exigences de l'institut

correspondent à une application nécessaire et proportionnée de la mesure. Il résulte de cette analyse une absence de restriction quantitative aux échanges et de mesures équivalentes. Les médicaments exclus de la directive doivent en effet être élaborés *conformément aux spécifications d'un praticien agréé* (article 5 de la directive 2001/83) ; justifiant de ce fait la possibilité d'imposer une prescription médicale pour la délivrance du médicament. Seuls des besoins spéciaux justifient une dérogation à la directive, aussi la mobilisation d'un avis de l'autorité compétente permet quant à elle de renforcer la détermination du besoin. L'application de la directive guidée par la transposition hongroise ne peut donc être qualifiée de disproportionnée, car conforme à l'objectif poursuivi (CJUE, 8 juillet 2021, *Pharma Expressz*, C-178/20).

B. Mesures afférentes aux modalités de vente des médicaments

Interdiction d'un jeu publicitaire subordonné à la commande de médicaments sous ordonnance - Un exploitant de pharmacie par correspondance organise en Allemagne un grand jeu promotionnel dont la participation est conditionnée à l'envoi d'un bon de commande de médicament sous ordonnance. La Chambre des pharmaciens de Rhénanie du Nord entend faire cesser la publicité de ce jeu, alors effectuée sous forme de prospectus. La Cour de justice écarte tout d'abord l'idée selon laquelle il serait question d'une publicité pour un produit, puisqu'il s'agit bien d'une publicité pour une gamme de produits spécifiquement

vendus dans une pharmacie. Cela écarte de fait l'application de l'article 87 de la directive 2001/83 qui régleme la publicité pour les médicaments, directive alors mobilisée par la juridiction de renvoi. La Cour affirme de même que, contrairement à l'arrêt rendu le premier octobre 2020 (Publicité et vente de médicament en ligne, C-649/18), il n'existe pas d'harmonisation à l'échelle européenne pour la mesure en cause, soit l'interdiction d'un jeu promotionnel pour un service de vente de médicaments par correspondance. Cette mesure tombe selon la Cour dans le domaine à la fois de la libre prestation de service et de la libre circulation des marchandises, mais c'est cette dernière qui prévaut pour l'analyse, puisqu'il est question de vente de médicaments. L'interdiction de ce jeu promotionnel est donc analysée au regard de l'article 34 TFUE qui prohibe les restrictions quantitatives aux échanges. À ce titre, il s'agit plus précisément de l'interdiction d'une modalité de vente, insusceptible de constituer une entrave dès lors qu'il n'y a aucune discrimination entre les opérateurs ou selon l'origine du produit. La Cour applique ici la jurisprudence Keck et Mithouard (CJCE, 24 novembre 1993, C-267/91 et C-268/91), et considère que les critères sont remplis. L'article 34 TFUE n'est donc pas contraire à l'interdiction de l'organisation du jeu promotionnel (CJUE, 15 juillet 2021, *DocMorris c/ Apothekerkammer Nordrhein*, C-190/20).

II. La libre prestation des services

A. Réglementation de la publicité

1. Restrictions de la diffusion de publicités à certains opérateurs

Diffusion de publicité d'entreprises locales.

– Une entreprise autrichienne implantée dans le land de Bavière se voit confrontée à une réglementation allemande interdisant aux chaînes de télévision nationales de diffuser des annonces publicitaires dans une partie seulement du territoire national. La réglementation empêche dans les faits l'entreprise de diffuser sa publicité sur les chaînes nationales, plus regardées que les chaînes locales. Le juge conclut à une entrave, non seulement pour les opérateurs de taille moyenne qui chercheraient à s'implanter en Allemagne par étapes, mais aussi pour les fournisseurs de services publicitaires. Pour autant, la réglementation est justifiée par l'objectif de la réglementation, qui est de protéger les médias locaux, et donc la pluralité des médias, en leur assurant les recettes de la publicité locale. Si la mesure est jugée proportionnée par la Cour, celle-ci met tout de même en avant que la cohérence de la mesure nationale pourrait être remise en cause s'il est démontré que les plateformes internet exercent une concurrence effective avec la télévision pour la diffusion d'annonces publicitaires. La protection des recettes des chaînes locales n'est plus effective si les

entreprises passent par internet à cause de la réglementation nationale (CJUE, 3 fevr. 2021, *Fussl Modestraße Mayr GmbH c/ SevenOne Media GmbH, ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, ProSiebenSat.1 Media SE*, C-555/19).

2. Campagne de publicité d'un monopole légal revêtant un caractère sensible

Publicité des activités de jeux sur lesquelles un monopole légal a été instauré. – L'Autriche a instauré un monopole légal sur les activités de jeux, restriction justifiée au regard de l'article 56 TFUE compte tenu de l'objectif de lutte contre l'assuétude de la réglementation. Alors que l'entreprise qui jouit du monopole accentue sa publicité, la question de la cohérence du monopole avec les objectifs poursuivis se pose au juge. La Cour rappelle que si l'intensification de l'activité du monopole légal qui résulte des opérations de publicité permet d'intégrer des joueurs qui passent autrement par des circuits illégaux de jeux d'argent, la mesure peut rester cohérente, notamment dans la mesure où les offres proposées par l'entreprise en monopole sont plus conçues pour sauvegarder les consommateurs contre des dépenses excessives et l'assuétude. Pour autant, il faut pour justifier une telle mesure prouver que les circuits illégaux sont suffisamment développés, et prouver que la mesure ne vise qu'à informer les consommateurs de ces circuits de l'existence des offres régulées, sans inciter activement les autres consommateurs à la participation aux jeux de hasard (CJUE, ord., 18 mai 2021, *Fluctus s.r.o., Fluentum s.r.o., KI c/ Landespolizeidirektion Steiermark*, C-920/19).

B. Sanction en matière de violation d'un monopole légal

Mesures sanctionnant la mise à disposition illégale de machines à sous. – Un opérateur implanté en Slovaquie installe dix machines à sous dans son établissement, violant un monopole légal instauré sur les activités de jeux, et se voit infliger une amende, une peine privative de liberté de substitution, et le paiement des frais de la procédure. Si la réglementation en cause instaurant un monopole a déjà été établie comme une restriction justifiée et proportionnée par la juridiction de renvoi, la Cour défend que le mécanisme de sanction doit aussi être examiné, indépendamment du monopole légal. En outre, Les amendes infligées pour cause de violation d'un monopole national en matière de jeux de hasards doivent être proportionnées au regard de trois éléments : l'avantage économique conféré par l'infraction (pour le montant de l'amende), la gravité des infractions constatées (pour la détermination de la durée des privations de substitution), et la possibilité effective d'exercer un recours (pour la contribution aux frais de procédures) (CJUE, 14 oct. 2021, *MT c/ Landespolizeidirektion Steiermark*, C-231/20).

C. Reconnaissance des organismes d'accréditation

Accréditations d'activités d'autocontrôle dans le secteur alimentaire. – Un laboratoire d'analyse italienne se voit refuser une accréditation par l'organisme national d'accréditation

unique, alors qu'il a été homologué par un organisme d'accréditation d'un État tiers avec lequel l'organisme italien font partie de l'ILAC, organisation internationale qui a instauré un accord de reconnaissance mutuelle des organismes d'accréditation. La Cour interprète d'abord le règlement n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits, en précisant qu'un opérateur tel que celui en cause ne peut demander ni à un organisme d'accréditation d'un État tiers, ni à un organisme d'accréditation d'un autre État membre d'être homologué pour exercer sur un État membre. Par ailleurs, la restriction aux échanges provoquée par le régime de l'organisme d'accréditation unique n'entre pas dans le champ d'application de l'article 56 TFUE puisqu'il s'agit d'une activité de puissance publique (CJUE, 6 mai 2021, *Analisi G. Caracciolo srl c/ Regione Siciliana, Assessorato regionale della salute, Dipartimento regionale per la pianificazione e.a.*, C-142/20).

III. Liberté d'établissement

A. Siège social

Déduction d'impôt octroyée sur le fondement d'une discrimination territoriale.

- Un établissement de crédit contestait les déductions d'impôt applicables aux impôts sur les dépôts des clients effectués dans les établissements de crédit en Andalousie. En effet, dès lors que l'établissement a son siège

social en région andalouse, celui-ci bénéficie d'une déduction de 200 000€ à laquelle n'a pas accès l'établissement Novo Banco SA, établi au Portugal. Cette disposition serait contraire aux traités, notamment aux articles 49 TFUE (liberté d'établissement), 56 TFUE (libre prestation de service) et 63 TFUE (libre circulation des capitaux). L'angle de la liberté d'établissement est privilégié car cible de la législation en cause. Dans ce contexte, il importe alors pour la Cour de déterminer si les situations d'établissements possédant leur siège en Andalousie sont différentes de celles où les établissements de crédit ne possèdent pas leur siège dans la région. En effet, dans le cas d'un traitement différent de situations identiques, seule une raison impérieuse d'intérêt général peut permettre la compatibilité avec l'article 49 TFUE. Bien qu'une autre mesure de déduction concerne tous les établissements de crédit en fonction de leur nombre de guichets en Andalousie (octroi de 5000€ de déduction par guichet), la déduction de 200 000€ constitue bien une discrimination contraire à l'article 49 TFUE, puisque seule une partie des établissements peut bénéficier de cet avantage fiscal indexé sur le lieu du siège social. Il convient ici de prendre en compte le fait que la Cour ne s'est pas prononcée au regard de l'article 49 TFUE sur la seconde mesure, en raison du manque d'informations dont elle dispose. Concernant le volet libre circulation des capitaux, la Cour rappelle notamment qu'un objectif purement économique ne peut justifier une discrimination proscrite par le TFUE, ici en l'occurrence par l'article 63 TFUE (CJUE, 25

février 2021, *Novo Banco SA*, C-712/19).

B. Recours à des travailleurs d'États tiers

Obligation de détenir un permis de travail pour les travailleurs de pays tiers sous pavillon d'un État membre. - Un armateur danois a permis à ses navires de faire plus de vingt-cinq escales dans des ports danois, alors même que des travailleurs de pays tiers sans permis de travail se trouvaient à bord. La loi danoise sur les étrangers prévoit en effet l'obligation de détenir un permis de travail, afin de veiller à la stabilité du marché du travail danois. La Cour doit alors observer la compatibilité d'une telle mesure avec l'article 49 TFUE, mobilisé par l'armateur. Celui-ci estime en effet qu'il y a restriction à la liberté d'établissement, et qu'elle est disproportionnée en raison des conséquences sur les politiques d'embauche des autres pays membres (l'armateur étant une société de droit suédois). Pour analyser cette affaire, la Cour effectuera de nombreux renvois à l'arrêt *Iraklis* (CJUE, 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15) pour confirmer le rattachement du litige au domaine de la liberté d'établissement. Elle viendra cependant préciser qu'il est question ici de travailleurs de pays tiers, dont le volume d'entrée dans les États membres demeure de la compétence de ces derniers. Cela n'écarte pas l'application du droit de l'Union, mais puisque la mesure est appliquée indistinctement à tous les navires battant pavillon danois, il n'y a pas de restriction à la liberté d'établissement au sens de l'article 49 TFUE. La Cour conclut donc à

la compatibilité de la mesure (CJUE, 8 juillet 2021, *VAS Shipping*, C-71/20).

C. Mobilité des gérants de sociétés et travailleurs indépendants

Obligation d'immatriculer un véhicule de société et de présenter les preuves de l'éligibilité à la dérogation au régime d'immatriculation. - Se fondant sur l'article 99 de son règlement de procédure, la Cour de justice décide de traiter l'affaire suivante par ordonnance. En l'espèce, une cogérante d'une société de droit civil allemande est tenue d'immatriculer son véhicule de société en Belgique, où elle réside. Dans le cas contraire, elle doit pouvoir prouver qu'elle est éligible au régime dérogatoire prévu. En l'absence d'un tel certificat d'immatriculation, l'amende se cumule avec le paiement de taxes afférentes à des formalités administratives. Pour la Cour, l'application de l'article 49 TFUE ne fait aucun doute en ce qu'il s'agit de mesures pouvant entraver la liberté d'établissement. Ce n'est pas l'obligation de prouver en permanence la capacité à déroger à cette obligation d'immatriculation qui est visée par la Cour, dont l'influence reste mineure sur la liberté d'établissement, mais la somme à payer en l'absence de ces éléments de preuve. Cette mesure est manifestement disproportionnée pour l'objectif poursuivi et constitue en effet une restriction au sens de l'article 49 TFUE. La même disproportion est aussi observée pour l'obligation d'immatriculer un véhicule de société du gérant en l'absence de salaire perçu par ce dernier, ce qui conduit la Cour

à réaffirmer l'incompatibilité du régime d'immatriculation wallon avec l'article 49 TFUE (CJUE, 23 septembre 2021, IO c/ *Wallonische region*, C-23/21).

IV. Libre circulation des personnes

A. Liberté de circulation des travailleurs

1. Accès aux professions du secteur de la santé

Équivalence de formation au regard de la directive 2005/36 et reconnaissance automatique soumise à la présentation de certificats. - L'arrêt traité ici a été rendu par la Cour de justice de l'Association européenne pour le libre-échange (AELE), mais garde toute sa pertinence par ses liens étroits avec le marché intérieur, notamment parce que plusieurs arrêts à la teneur proche seront aussi abordés. Une ressortissante norvégienne partie obtenir un diplôme de dentiste au Danemark se voit refuser la reconnaissance automatique de ce diplôme dans son pays d'origine, reconnaissance prévue dans l'article 21 de la directive 2005/36 du Parlement européen et du Conseil en date du 7 septembre 2005. Étant dans l'incapacité de produire un certificat lui permettant d'exercer indépendamment en tant que dentiste, l'exercice de la profession lui est en effet refusé. La Cour de justice de l'AELE confirme qu'il est nécessaire d'être en possession de tous les documents accompagnant le titre de formation (explicités

dans l'annexe V de la directive 2005/36). Il lui est aussi demandé d'interpréter les articles 28 et 31 sur l'accord de l'Espace économique européen, ce qui la conduit à affirmer l'obligation pour l'État d'accueil de procéder à « *une appréciation individuelle des connaissances et de la formation attestée par les qualifications professionnelles du demandeur* ». Cette obligation s'applique dans le cas où la profession fait partie de la catégorie « *faisant l'objet de la coordination minimale de formation* » sans remplir pour autant les conditions des articles 10 ou 21 de la directive 2005/36. Il est alors nécessaire de comparer tous les diplômes, certificats et autres titres de formation au regard des exigences attendues par l'État d'accueil lui-même pour l'exercice de la profession (principe développé dans CJCE, 22 janvier 2002, *Dreessen*, C-31/00). Un devoir d'information du ressortissant est aussi précisé, ce dernier devant pouvoir connaître les formations lui faisant défaut. La Cour admet aussi que le statut personnel de l'accès à la profession dans le pays d'origine est sans influence pour l'accès à la profession dans le pays d'accueil (CJ AELE, 15 mars 2021, *Anniken Jenny Lindberg*, E-3/20).

Impossibilité d'accès à la reconnaissance automatique et complémentarité des articles 45 et 49 TFUE à la directive 2005/36. - Une situation relativement proche se retrouve traitée par la Cour de justice de l'Union européenne au mois de juillet. Après une formation nécessitant encore 6 mois de stage pour être professionnellement qualifiante, la requérante continue sa formation dans son pays d'origine et valide les six mois de stage, mais se

voit refuser la délivrance d'une qualification professionnelle malgré l'apparente satisfaction des exigences pour obtenir une telle certification. Son parcours entre deux pays de l'Union européenne pose problème pour la reconnaissance automatique prévue par l'article de la directive 2005/36, et la question de l'application de la jurisprudence *Dreessen* se pose notamment. La Cour doit aussi étudier la possibilité d'appliquer l'article 45 TFUE qui garantit la libre circulation des travailleurs et l'article 49 TFUE qui élimine les restrictions à la liberté d'établissement. La profession visée est une profession réglementée, aussi faut-il une formation qualifiée dans l'État membre d'origine pour bénéficier de la reconnaissance automatique. Cela exclu dès lors l'application de la directive 2005/36 aux faits de l'espèce. À titre liminaire, la Cour se réfère à l'arrêt *Dreessen* pour rappeler l'importance d'une prise en considération de tous les diplômes et certificats et de l'expérience de l'intéressé. Ce principe, qualifié d'inhérent aux libertés fondamentales consacrées par le TFUE, vaut pour l'interprétation de la directive 2005/36 mais aussi en dehors de son application. La Cour précise qu'en cas de correspondance partielle, il est nécessaire de prouver l'acquisition des *connaissances et qualifications manquantes*, ce qui peut conduire à des mesures de compensation en cas de différences *substantielles* (CJUE, 8 juillet 2021, BB c/ Lietuvos Respublikos Sveikatos apsaugos ministerija, C-166/20).

Interprétation de la directive 2005/36 pour la délivrance d'une formation médicale spécialisée dans un pays de l'AELE. - Enfin, la Cour de l'AELE doit à nouveau interpréter la directive 2005/36 pour un cas similaire aux deux autres précédents. Un chirurgien plastique suédois s'est vu refuser la reconnaissance de ses qualifications professionnelles en Islande, reconnaissance prévue par la directive 2005/36. Selon l'Autorité de surveillance de l'AELE, le processus islandais de délivrance des licences n'était pas conforme à ladite directive, motivant ainsi la direction de la santé à refuser la délivrance d'une licence européenne au chirurgien. En prenant en compte le fait qu'il n'y avait pas de cursus correspondant à sa qualification dans le pays, la Cour de justice de l'AELE affirme qu'un État membre de l'Espace économique européen doit être capable « *de déterminer et de confirmer que les exigences applicables à la délivrance du titre de formation sont remplies* » pour qu'il puisse y avoir cette délivrance. En l'absence de formation adéquate sur le territoire, il est nécessaire de vérifier le respect des exigences de l'article 25 de la directive 2005/36 (article relatif à la formation de médecin spécialiste), comprenant notamment l'accomplissement de six années d'études. Dans le cas contraire, la Cour précise que l'autorité compétente ne peut délivrer de titre de formation, répondant ainsi à la demande d'interprétation qui lui était faite (CJ AELE, 10 novembre 2021, Zvonimir Cogelja c/ Direction de la santé, E-17/20).

2. Régimes d'accréditation

Reconnaissance du statut d'ouvrier portuaire.

- Dans ces deux affaires conjointes, il est question de l'obligation belge d'employer des ouvriers portuaires reconnus comme tels, afin notamment de garantir la sécurité dans les zones portuaires. Mais cela complexifie la possibilité pour les travailleurs étrangers de travailler en zone portuaire, et impose des choix aux employeurs, plaçant ces mesures dans la grille d'analyse des articles 49 et 56 TFUE. Dans la première affaire, l'obligation d'être un travailleur portuaire reconnu comme tel est effectivement compatible avec les traités, tant que les modalités nécessaires au statut de travailleur portuaire sont objectifs et non discriminatoires, et que les travailleurs sont en mesure de prouver qu'ils répondent à des exigences « *équivalentes aux ouvriers portuaires nationaux* ». Pour la seconde affaire, la reconnaissance des ouvriers portuaires se faisait par une commission, pour laquelle la Cour estime qu'il y a disproportion au regard des objectifs poursuivis. Elle estime en effet que le fait que cette reconnaissance échoie à cette commission au regard de ses habilitations et des contraintes auxquelles elle n'est pas soumise n'est pas compatible avec le TFUE. Les examens médicaux, tests et épreuves prévus ne sont pas exercés dans des conditions de transparence et d'impartialité et ne sont pas plus compatibles. En revanche, il est en effet possible d'attendre des travailleurs portuaires qu'ils aient un certificat de sécurité dès lors que les conditions de sa délivrance sont nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi, la

garantie de la sécurité en zone portuaire, et qu'il n'y ait pas de charges administratives trop lourdes pour son obtention (CJUE, 11 février 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals et General Services Antwerp*, C-407/19 et C-471/19).

3. Travailleurs frontaliers

Réglementation fiscale affectant un résident belge travaillant au Luxembourg. - En l'espèce, un travailleur résidant fiscalement en Belgique mais travaillant au Luxembourg, se voit imposer d'une manière telle qu'il perd une partie du bénéfice des réductions d'impôts auxquelles il pouvait prétendre. Cela découle notamment d'une convention bilatérale destinée à éviter les doubles impositions, qui exonérait d'impôt en Belgique une rémunération imposée au Luxembourg. La compatibilité de la réglementation fiscale avec l'article 45 TFUE est ainsi examinée par la Cour. Il ressort de cet examen que la perte d'une partie des bénéfices des avantages fiscaux entraîne une incompatibilité entre la réglementation fiscale en cause et l'article 45 TFUE, qui protège le droit d'exercer un emploi dans les États membres. L'absence de revenus significatifs dans l'État de résidence n'a aucune incidence sur cette question, pas plus que le bénéfice des avantages fiscaux de l'État membre où il ne réside pas. Pour la Cour, est aussi sans importance le fait que la réduction d'impôt soit équivalente au montant des pertes des avantages fiscaux dans l'État de résidence. Enfin, en plus de la libre circulation des travailleurs, la libre circulation des capitaux est aussi applicable à la situation. L'article 63 TFUE s'oppose lui aussi à une telle

réglementation (CJUE, 15 juillet 2021, BJ c/ *État belge*, C-241/20).

B. Liberté de circulation des citoyens européens

1. Décisions d'éloignement

Rétention à des fins d'éloignement. – Une loi belge prévoit la possibilité de mettre en œuvre des mesures visant à réduire le risque de fuite des ressortissants européens faisant l'objet de décisions d'éloignement du territoire belge, ainsi que des mesures de rétention à fins d'éloignement si les ressortissants européens ne quittent pas le territoire belge dans les délais qui leurs sont impartis. La loi, aménageant la directive 2004/38 « séjour », est soupçonnée d'en réalité tirer son régime de la directive 2008/115 « retour », qui ne s'applique qu'aux ressortissants de pays tiers et qui prévoit, à la différence de la première, la possibilité de mettre en œuvre des mesures de rétention à des fins d'éloignement. La Cour admet, pour les mesures visant à réduire les risques de fuite durant le délai d'éloignement, que les États membres peuvent dans le silence de la directive séjour mettre en œuvre les mesures qu'ils entendent, à condition de ne pas établir un régime plus défavorable aux ressortissants européens qu'aux ressortissants de pays tiers. En revanche, en matière de rétention à des fins d'éloignement, et notamment compte-tenu du fait que les polices européennes peuvent plus rapidement opérer entre elles pour assurer le rapatriement d'un ressortissant européen, la réglementation nationale ne saurait même

pas assurer un traitement équivalent entre les ressortissants européens et les ressortissants de pays tiers (CJUE, 22 juin 2021, *Ordre des barreaux francophones et germanophone c/ Conseil des ministres*, C-718/19).

Départ effectif à l'issue d'une décision d'éloignement. – Un ressortissant polonais a fait l'objet d'une décision d'éloignement du territoire néerlandais, dont il a respecté les délais. Il est cependant repris plusieurs fois aux Pays-Bas postérieurement à son exclusion du territoire, et les autorités décident de mettre en œuvre des mesures de rétention à fins d'éloignement à son égard, mesures dont le régime se fonde sur le non-respect du délai de la décision d'éloignement. La Cour juge que la décision d'éloignement n'est pleinement exécutée que dès lors que le départ de son destinataire est effectif. Un ressortissant qui quitterait le territoire physiquement après la décision d'éloignement mais reviendrait s'y installer aussitôt n'est pas réputé avoir quitté le territoire. La Cour indique des éléments de fait (la durée, les éléments attestant une rupture de lien avec l'État membre) constituant des indices pour déterminer si un départ est effectif ou non. En revanche, une nouvelle décision d'éloignement ne saurait être prise si le citoyen se rend régulièrement sur le territoire à des fins autres que d'y séjourner (CJUE, 22 juin 2021, *FS c/ Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-719/19).

2. Accès aux prestations sociales

Délivrance de permis de séjour accompagnant le Brexit. – Une ressortissante de nationalité croate et néerlandaise, mère célibataire de deux enfants, se voit accorder un droit de séjour sur la base d'un régime exceptionnel mis en place par le Royaume-Uni pour atténuer les conséquences du Brexit. En outre, la mesure n'impose pas de conditions de ressources. Elle se voit cependant refuser l'accès à une prestation d'assistance social sous le motif que les ressortissants bénéficiant d'un droit de séjour sur la base des dispositions exceptionnelles mises en place n'ont pas accès à cette prestation. La Cour établit qu'accorder le bénéfice de la directive « séjour » 2004/38, et notamment le principe d'égalité de traitement, à la requérante reviendrait à lui accorder une protection plus large que celle garantie par la directive. En effet, la procédure d'obtention du droit de séjour telle que conçue dans la directive intègre, elle, des conditions de ressources. Alors que le régime exceptionnel du Royaume-Uni ne se fonde pas sur les ressources des ressortissants, leur accorder un accès égal aux prestations sociales irait à l'encontre des objectifs de la directive, notamment en matière de protection des régimes de protection sociale nationaux. En revanche, étant donné que la mesure nationale mobilise le statut de citoyen européen, elle doit être compatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment les articles 1, 7 et 24 sur le respect du droit de vivre dans des conditions dignes, le droit à la vie familiale, et l'intérêt supérieur de l'enfant (CJUE, 15 juillet

2021, CG c/ *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20).

3. Droit de séjour des ressortissants de pays tiers

Violences domestiques causées par un citoyen de l'Union. - Un ressortissant algérien, X, en couple avec une française et vivant en Belgique en bénéficiant d'un permis de séjour quitte cette dernière pour fuir les violences qu'elle lui infligeait. Sa conjointe retourne vivre en France, puis les deux divorcent. Par ailleurs, l'administration fait savoir à X qu'il ne dispose pas des ressources suffisantes pour bénéficier du droit de séjour accordé aux ressortissants de pays tiers qui auraient été victimes de violences conjugales de la part d'un ressortissant européen. X proteste en rappelant que de telles conditions de ressources ne sont pas imposées aux ressortissants de pays tiers victimes de violences conjugales de la part d'autres ressortissants de pays tiers séjournant légalement en Belgique. La Commission avance par ailleurs que X ne peut tout simplement pas bénéficier du droit de séjour accordé aux victimes de violences conjugales puisque la procédure de divorce (nécessaire au bénéfice du droit de séjour pour les victimes de violence conjugale) a été entreprise après le départ de sa conjointe de l'État membre, suivant la jurisprudence NA (CJUE, 30 juin 2016, *Secretary of State for the Home Department c/ NA*, C-115/15). La Cour revient tout d'abord sur cette jurisprudence, pour ensuite analyser si la situation dans laquelle se trouve X est conforme à l'article 20 de la Charte de droits

fondamentaux de l'Union européenne sur l'égalité en droit des personnes. La Cour établit que les deux catégories de victimes de violences conjugales soulevées par X se trouvent dans des situations différentes en droit, notamment parce que les deux régimes respectifs qui encadrent ces catégories (les directives 2004/38 et 2003/86) poursuivent des objectifs différents et ne laissent pas la même marge de manœuvre aux États membres (CJUE, 2 septembre 2021, X c/ *État belge*, aff. C-930/19).

4. Reconnaissance mutuelle des actes de naissances

Filiation des enfants élevés par des couples de même sexe. – Une ressortissante bulgare et une ressortissante britannique vivant en couple en Espagne demandent à la commune de Sofia l'acte de naissance de leur fille, avec à l'appui une traduction en bulgare de l'acte de naissance espagnol. La commune de Sofia exige des informations concernant le père biologique de l'enfant, et précise qu'il ne peut y avoir qu'une seule mère figurant dans l'acte de naissance. La Cour précise que la Bulgarie peut tout à fait ne pas reconnaître les couples de même sexe, mais elle se doit néanmoins de reconnaître les actes de naissance émis dans d'autres États membres, et elle se doit de délivrer un acte de naissance, dans la mesure où celui-ci est nécessaire à l'accès à la citoyenneté bulgare et donc à l'exercice de la libre circulation. Par ailleurs, le droit au respect de la vie familiale garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

et dont la Bulgarie peut se prévaloir doit être lu en combinaison avec l'article 24 de la Charte qui établit l'intérêt supérieur de l'enfant (CJUE, 14 décembre 2021, VMA c/ *Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20).

5. Protection contre la perte de citoyenneté européenne

Retrait de l'assurance de naturalisation.

- Une ressortissante estonienne demande la nationalité autrichienne, et renonce à la nationalité estonienne pour ce faire. Alors qu'elle est apatride, dans l'attente de l'obtention de sa nationalité autrichienne que le Land de Basse-Autriche lui a assuré, celle-ci lui est refusée par le nouveau Land en charge de son dossier au motif qu'elle a commis deux infractions administratives graves alors qu'elle était dans l'assurance de recevoir sa nouvelle nationalité. Pour le juge, le fait que la requérante soit apatride n'enlève en rien au fait qu'elle puisse bénéficier de la protection de l'article 20 TFUE, en particulier parce qu'elle a cherché à mettre en pratique sa liberté de circulation pour chercher une intégration plus poussée dans un autre État membre, comportement recherché par la logique d'intégration progressive du Traité. Par ailleurs, la Cour conclut que c'est non seulement la responsabilité de l'Autriche de s'assurer que les citoyens européens ne sont pas privés de leur statut essentiel, mais aussi celle de l'Estonie, qui aurait dû s'assurer, avant de priver la requérante de sa nationalité estonienne, des risques encourus par la requérante. Ceci étant, la Cour précise que c'est avant tout l'Autriche

qui aurait pu mettre en œuvre une mesure plus proportionnée, en particulier quand celle-ci menace de faire perdre le bénéfice de la citoyenneté européenne à la requérante. En outre, les infractions pour lesquelles elle s'est vue exclue de la procédure de naturalisation sont normalement simplement sanctionnées pécuniairement, et le refus autrichien poursuit un objectif d'ordre public de manière disproportionnée (CJUE, 18 janvier 2022, *JY c/ Wiener Landesregierung*, C-118/20).

V. La libre circulation des capitaux

A. Imposition du capital et du patrimoine

Impôt à la source nécessitant un remboursement tardif de frais pour les sociétés non-résidentes. - En l'absence du remboursement d'un prêt ou de sa transformation en capital, l'administration fiscale bulgare présume d'une évasion fiscale et applique un impôt à la source sur les intérêts non payés d'un prêt, qui avait été contracté sans intérêt. Prêt considéré comme un actif financier, la Cour peut dès lors opérer un contrôle au regard de l'article 63 TFUE établissant la libre circulation des capitaux, écartant l'article 49 TFUE. La présomption irréfragable d'évasion fiscale s'applique de la même manière à tous les prêts, mais il n'est pas possible de déduire les frais relatifs au prêt pour des sociétés non-résidentes. Il est certes possible d'opérer à une régularisation

de la situation de manière plus tardive, mais cela diffère des sociétés résidentes qui ont la possibilité de déduire ces frais. La Cour constate donc l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux. Les sociétés résidentes et non-résidentes sont considérées comme étant dans des situations objectivement comparables, alors même qu'il y a différence de traitement. Pour autant, l'objectif de cette retenue à la source est de traiter efficacement l'imposition des contribuables non-résidents et de lutter contre l'évasion fiscale, et le délai de remboursement n'est pas déraisonnable. Pour la Cour, la réglementation bulgare est donc proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi (CJUE, 24 février 2022, *Viva telecom Bulgaria*, C-257/20).

Différence de traitement entre résident et non-résident pour un abattement fiscal en droit des successions. - Dans le cadre d'un héritage, alors que les héritiers ne résident pas dans l'État où les biens immobiliers hérités se trouvent, un abattement inférieur à celui pratiqué dans le cas où l'un des héritiers est résident de cet État est appliqué. Pour la Cour, cette situation relève d'un mouvement de capitaux, dans la mesure où l'héritier non-résident d'un État membre hérite de biens situés dans celui-ci. La Cour recherche donc la compatibilité de la réglementation avec l'article 63 TFUE. La valeur de l'abattement applicable étant diminuée en raison de charges plus lourdes que pour des résidents, il apparaît qu'il y a bien une restriction découlant de traitements différents entre non-résidents et résidents. Le législateur pratiquant un

même traitement entre les deux situations, ces dernières sont objectivement similaires. C'est alors la préservation de la cohérence du régime fiscal qui conduit la Cour à admettre la compatibilité du régime fiscal avec la libre circulation des capitaux. Dans le cas spécifique de la déduction des obligations liées aux parts réservataires correspondant aux biens immeubles du territoire national, dont seuls les résidents de l'État membre où se trouve le bien immobilier peuvent profiter, la différence de traitement pratiquée n'est en revanche pas justifiée par la cohérence du régime fiscal. Le ressortissant d'un État membre doit en effet pouvoir bénéficier des avantages fiscaux légalement offerts par les normes en vigueur d'un autre État membre que celui dans lequel il réside. Il y a bien une restriction injustifiée, qui conduit finalement la Cour à déclarer le régime en cause contraire à l'article 63 TFUE (CJUE, 21 décembre 2021, *Finanzamt V*, C-394/20).

bulgare peut constituer une restriction aux mouvements de capitaux dans la mesure où elle peut dissuader les investisseurs non-résidents en Bulgarie d'acquérir des parts dans des sociétés bulgares, compte-tenu des limites légales aux modalités de versement des dividendes. La restriction est néanmoins justifiée par un objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, objectif auquel la mesure répond de manière cohérente et proportionnée. La Cour admet aussi que les sanctions, et notamment l'augmentation de l'amende avec la récidive, prévues par la réglementation bulgare respectent le principe de proportionnalité des peines consacré à l'article 49 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CJUE, 6 oct. 2021, « *ECOTEX BULGARIA* » *EOOD c/ Teritorialna direksia na Natsionalnata agentsia za prihodite*, Sofia, C-544/19).

B. Modalités de transactions

Plafonnement des transactions en espèce.

– Une société bulgare distribue sous la forme de dividendes à son associé unique 100000 levove bulgares, sous la forme de 10 paiements en espèce de 10000 BGN, malgré une réglementation bulgare qui interdit les paiements en espèce de 10000 BGN ou plus. L'associé se voit appliquer une amende sur chacune des transactions, correspondant à 25% de la valeur pour la première transaction et à 50% pour les transactions subséquentes, la réglementation appliquant un taux plus fort en cas de récidive. Pour la Cour, le régime

◆ Droit des données personnelles

Par Juliette GUILLOT

Élève de Sciences Po Strasbourg

Étudiante du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2021 a été marquée par l'entrée de l'Union européenne dans la décennie numérique souhaitée par la Commission européenne dans le cadre de la transformation numérique dont le projet a été présenté le 9 mars 2021. L'intensification de l'usage des données et du numérique dans le contexte de la crise sanitaire, renforcée par la mise en place du télétravail, a contribué à confirmer la volonté de développer une coopération internationale dans la protection des données. Celle-ci s'est matérialisée par l'organisation d'un G7 des données personnelles au mois de septembre 2021 permettant d'évoquer les enjeux internationaux en matière de protection des données. L'objectif est de renforcer la protection des données personnelles, passant par un élargissement du champ d'application du règlement général sur la protection des données (RGPD) mais également d'améliorer la régulation numérique à l'échelle internationale par l'intensification de la collaboration entre les autorités nationales de protection des données personnelles. En outre, l'Union européenne s'est largement investie dans la mise en place d'un marché unique des données. Une nouvelle grande liberté fondamentale a fait son apparition depuis 2018 et ne cesse de se renforcer, à savoir la liberté de circulation des données. Celle-ci permettrait de favoriser la libre circulation des données et éviter les obstacles aux échanges, favorisant l'accès aux données. Toutefois de nombreuses garanties de sécurité doivent être assurées afin que les organismes publics et privés puissent effectuer les échanges de données en toute sécurité. La nouvelle gouvernance des données de l'Union européenne passe ainsi par la proposition de *Digital Governance Act* qui fait suite au *Digital Market Act* et au *Digital Service Act* issues du paquet législatif présenté par la Commission européenne en juin 2020. La proposition de *Digital Governance Act* doit permettre de faciliter l'échange de données dans un but précis d'utilisation à des fins de recherche, de création de nouveaux services et de produits innovants. L'Union européenne cherche à accroître son avantage concurrentiel, sa compétitivité, stimuler l'économie et l'innovation des entreprises en Europe. L'accord concernant le *Digital Governance Act* a été trouvé entre le Parlement européen et le Conseil de l'Union le 30 novembre 2021 et vise à la création d'un environnement fiable et sécurisé pour l'utilisation des données. L'Union européenne a également relancé le processus d'adoption de la proposition de règlement *e-privacy* permettant de protéger la vie privée des citoyens. La proposition de règlement *e-privacy* constitue une *lex specialis* par rapport au règlement général sur la protection des données (RGPD) adopté en mai 2018. De plus, la décennie numérique

présentée par la Commission conduit à la présentation de plusieurs projets à l'horizon 2030 dont celui de la citoyenneté numérique protégeant les droits des citoyens et la mise en place d'une déclaration avec des droits et principes numériques s'inscrivant comme un cadre de référence pour les citoyens européens. La politique numérique de l'Union européenne est ainsi en pleine construction et sujette à de nombreuses grandes évolutions dans la décennie à venir. Aussi, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a dû intervenir afin de garantir la protection des données personnelles dans le cadre de l'économie numérique avec le développement et l'intensification de l'utilisation des objets connectés. Enfin, la CNIL a été saisie à plusieurs reprises dans le contexte de la crise sanitaire pour prononcer des avis quant à la mise en place de certains dispositifs exceptionnels tels que l'adoption et la mise en œuvre du pass sanitaire. En effet, la CNIL a fait un certain nombre de recommandations au Gouvernement afin de garantir l'équilibre délicat entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la protection de la santé. Dès lors, la CNIL a eu recours à la traditionnelle mise en balance des droits. Le tribunal judiciaire de Paris a également, par ce mécanisme, fait primer la liberté d'information sur le droit à la protection des données à caractère personnel dans une décision du 30 juin 2021 (TJ Paris, 17ème chambre Presse-civile, 30 juin 2021, n°2005100).

I. Les enjeux internationaux de la protection des données personnelles

A. La mise en place d'une coopération internationale dans la protection des données personnelles

La coopération internationale dans la protection des données personnelles se voit renforcée par l'organisation de rencontres internationales pour la régulation du numérique. - La protection des données personnelles constitue un enjeu international ayant conduit à l'organisation d'un G7 des données personnelles (les membres du G7 sont le Canada, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Japon, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique) entre le 7 et le 8 septembre 2021, permettant aux autorités de protection des données personnelles de se réunir afin d'instituer une coopération en matière de régulation du numérique. L'objectif de ce G7 tenait dans la volonté d'une plus grande collaboration entre les autorités de protection des données personnelles et de la vie privée dans le cadre de la feuille de route pour la coopération à l'égard de la libre circulation des données dans la confiance. En effet, face à la multiplication du volume de données, au développement des progrès technologiques en matière d'intelligence artificielle ou d'Internet des objets, les données sont constamment utilisées, outrepassant les frontières étatiques. Dès lors, une coopération internationale s'est imposée afin de garantir l'adoption de

« normes élevées en matière de protection des données personnelles à l'échelle mondiale ». Ainsi, le G7 a abouti à plusieurs pistes de travail concernant diverses thématiques. Premièrement, une « collaboration inter-réglementaire » a été définie afin de renforcer la collaboration entre d'une part les autorités de protection des données personnelles et de la vie privée et d'autre part les autorités de la concurrence en matière de régulation des marchés numériques. L'accent est également mis sur le partage des informations entre les autorités de protection des données. L'objectif étant d'éviter que certaines entreprises collectent des données au détriment de la vie privée des individus mais également de la concurrence. Deuxièmement, le G7 souhaite « façonner l'avenir du suivi en ligne » par le dialogue avec un certain nombre d'acteurs tels que les organismes de normalisation, les designers ou encore les développeurs Web afin d'éviter que les sites Web ne recueillent des cookies qui ne sont pas nécessaires « à la prestation du service ». Troisièmement, un encadrement plus strict de l'intelligence artificielle afin de garantir le respect de la protection des données personnelles a été évoqué notamment par l'établissement d'un dialogue entre les autorités afin de déterminer les principes auxquels l'intelligence artificielle doit se soumettre. Quatrièmement, l'objectif est de repenser les recours à l'ère numérique par un partage d'information et d'expériences sur les recours réglementaires qui fonctionnent. Cinquièmement, le thème de l'innovation technologique dans le contexte pandémique a été abordé. Le but est de montrer des

capacités à agir rapide tout en garantissant des normes élevées de protection aux citoyens. Sixièmement, la problématique de l'accès aux données par les gouvernements a été soulevée. Enfin, un cadre pour le transfert transfrontalier de données personnelles et la coopération entre les autorités de protection des données personnelles du G7 a été établi. Ainsi, ce G7 a permis aux États partis d'échanger sur des mesures en faveur d'une collaboration plus étroite dans la protection des données (**Communiqué, table ronde des autorités de protection des données et de la vie privée du G7, « libre circulation des données dans la confiance », 2021**).

Forum international des autorités de protection des données et de la vie privée.

– L'objectif de coopération internationale se matérialise également depuis 1979 par la *Global Privacy Assembly* (GPA) qui constitue le premier forum mondial des autorités de protection des données et de la vie privée rassemblant plus de 130 autorités (le GPA était autrefois appelé Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée). La 43ème réunion annuelle pour la protection des données et de la vie privée d'octobre 2021 a été marquée par l'adoption de plusieurs résolutions. Tout d'abord, elle a posé les principes pour le respect par les gouvernements des données détenues par le secteur privé. Dès lors, tout accès des autorités publiques à des données liées à la sécurité nationale et à la sécurité publique doit, dans le même temps, garantir la préservation de la vie privée et de l'État de droit. Ensuite, les

autorités ont insisté lors de la réunion sur l'importance d'une protection renforcée des enfants et des mineurs sur Internet par l'usage de campagnes de sensibilisation, d'éducation. En outre, la coopération entre les autorités doit se marquer par le partage de données pour le bien commun, qui doit tout de même être encadré afin d'éviter l'utilisation d'informations non nécessaires. Ainsi l'objectif est donc, grâce à ces rencontres sur la scène internationale, de créer une « *gouvernance mondiale* » dans la protection des données personnelles par l'adoption de mesures communes.

Transferts internationaux de données hors de l'Union européenne.

– En outre, les enjeux internationaux en matière de stratégie numérique se matérialisent par les dispositions relatives aux transferts internationaux présentes dans les lignes directrices du Comité européen de la protection des données. En effet, l'objectif est de clarifier l'application du chapitre V du RGPD, permettant de protéger les données personnelles « *lorsque les données sont transférées vers des pays tiers* », élargissant alors le champ d'application du RGPD. Le RGPD s'applique aux organismes de l'Espace économique européen (EEE) mais également aux organisations établies hors de l'Union (**article 3 du RGPD**). Les lignes directrices viennent donc définir le transfert international de données hors de l'Union européenne à l'aide de trois critères cumulatifs. Premièrement, un traitement sera qualifié de transfert dès lors que l'exportateur de données est soumis au RGPD pour ce traitement (**articles 3.1 et 3.2 du RGPD**), deuxièmement, il transmet les données

à un importateur de données et enfin ce dernier se trouve dans un pays tiers de l'Union ou est une organisation internationale. Dès lors qu'il y a transfert international, l'importateur sera soumis au RGPD et devra mettre en place des mesures nécessaires pour protéger les données personnelles de l'UE (**Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR**).

La régulation des données personnelles favorise ainsi le renforcement d'une coopération internationale afin d'améliorer l'efficacité de la protection des données personnelles dans le cadre de la globalisation des échanges. La garantie de la protection des données personnelles vise également à favoriser la confiance dans l'économie numérique, source d'innovation.

B. Les évolutions liées au Brexit

Décision d'adéquation en faveur du Royaume-Uni. - Le Royaume-Uni est sorti de l'Union européenne le 1^{er} février 2020, le pays devait alors garantir un niveau de protection des données suffisant afin de pouvoir effectuer des transferts de données. Ainsi, afin d'assurer les relations d'affaires entre l'Union et le Royaume-Uni, la Commission européenne a rendu des décisions d'adéquation attestant, après analyses, du niveau de protection adéquat des données personnelles par le Royaume-Uni permettant d'effectuer les transferts de données sans encadrement particulier. En effet, le Royaume-Uni dispose

d'une protection « *fondée sur les mêmes règles que celles qui s'appliquaient lorsque le Royaume-Uni était membre de l'UE ; les mesures de sauvegarde prises pour encadrer l'accès aux données personnelles par les pouvoirs publics britanniques, notamment pour des raisons de sécurité nationale, sont suffisamment fortes* ». Cette décision du 28 juin 2021 est valable pour quatre ans, dès lors à l'issue de ce délai, le Royaume-Uni devra de nouveau démontrer une protection suffisante des données à caractère personnel. Cette décision permet ainsi de garantir la continuité des liens économiques entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. Toutefois, le Contrôleur européen souhaite insister sur le caractère exceptionnel de certains points de négociation trouvée entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, en ce sens que le Royaume-Uni dispose d'un statut particulier, comme ancien pays membre de l'Union. De plus, le Royaume-Uni avait intégré dans son droit national les dispositions du RGPD. Ces décisions permettent donc une libre circulation des données personnelles entre l'Union européenne et le Royaume-Uni et assurent un niveau de protection des flux de données équivalentes à celles présentes au sein de l'Union européenne (**décision d'exécution de la Commission du 28 juin 2021 constatant, conformément au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, le niveau de protection adéquat des données à caractère personnel assuré par le Royaume-Uni, décision d'exécution de la Commission du 28 juin 2021 constatant, conformément à la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, le caractère adéquat**

au niveau de protection des données à caractère personnel assuré par le Royaume-Uni).

C. L'élargissement de la libre circulation des données personnelles à la Corée du Sud

Mise en adéquation d'un pays tiers, la Corée du Sud. - La libre circulation des données personnelles a également été renforcée par l'adoption d'une décision d'adéquation entre l'Union européenne et la Corée du Sud par la Commission européenne le 17 décembre 2021. Cette décision, tout comme celle rendue pour le Royaume-Uni, permet de reconnaître un niveau de protection équivalent des données personnelles que celui du RGPD par la Corée du Sud. La Corée du Sud protège les données personnelles par l'application de la « *loi sur la protection des informations personnelles* » dite loi PIPA adoptée en 2020, prévoyant ainsi des garanties équivalentes à celles de l'Union européenne notamment avec le renforcement des pouvoirs de la Commission de protection des informations personnelles (PIPC) qui dispose de pouvoirs d'enquête et d'exécution. Cette décision favorise ainsi les relations commerciales ainsi que les échanges de biens et services entre les entreprises de l'Union européenne et celles de Corée du Sud par la reconnaissance d'un niveau de sécurité des données suffisantes. Cette décision d'adéquation vient ainsi compléter celles existantes pour d'autres pays tiers de l'Union européenne comme l'Argentine, Israël, la Nouvelle-Zélande, l'Uruguay ou encore le Japon

(Commission Implementing Decision of 17 December 2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea und the Personal Information Protection Act).

II. Une nouvelle répartition de compétences entre les autorités de contrôle au sein de l'Union européenne

Le renforcement des pouvoirs des autorités de contrôle chargées de la protection des données des utilisateurs dans le traitement transfrontalier de données par la Cour de justice. - Par un arrêt de grande chambre, la Cour de justice est venue préciser les pouvoirs de contrôle des autorités de régulation concernant le traitement transfrontalier des données. La Cour fait une interprétation large des compétences des autorités de contrôle nationale. Cet arrêt prend la suite d'une première action intentée par la Commission belge de la protection de la vie privée en 2015 contre Facebook Ireland, Facebook et Facebook Belgium du fait du manque d'information quant à l'usage et à la collecte des données personnelles. Ces dernières ont été condamnées en 2018 et ont fait appel devant la Cour d'appel de Bruxelles. Le mécanisme du « guichet unique » prévoit une répartition des compétences entre les autorités de contrôle chef de file et les autres autorités nationales de contrôle. En effet, l'autorité de

contrôle chef de file est considérée compétente par principe dans le cadre d'une décision concernant un traitement transfrontalier. Or, en l'espèce, la Cour reconnaît qu'une autorité de contrôle peut, sous certaines conditions, prendre une décision constatant la « *violation du RGPD devant une juridiction d'un État membre, même si elle n'est pas l'autorité chef de file pour ce traitement* ». Il faut néanmoins que le règlement lui donne compétence pour adopter « *une décision constatant que ledit traitement méconnaît les règles qu'il contient* » (point 105). Les règles de coopération et de contrôle de cohérence devront tout de même être respectées. En outre, la Cour admet que l'exercice de ce pouvoir par l'autorité de contrôle qui n'est pas le chef de file n'implique pas que celle-ci dispose d'un établissement principal ou d'un établissement sur le territoire de l'État membre. En revanche, le responsable du traitement pour le traitement transfrontalier doit disposer d'un établissement sur le territoire de l'Union afin de relever du champ d'application territorial du RGPD. En outre, une autorité de contrôle d'un État membre qui a intenté une action concernant le traitement transfrontalier de données personnelles avant la date d'entrée en vigueur du RGPD est valide sur le fondement des dispositions de la directive relative à la protection des données. Enfin, la Cour reconnaît l'effet direct de l'article 58, paragraphe 5 du règlement 2016/679 « *de telle sorte qu'une autorité de contrôle nationale peut invoquer ladite disposition pour intenter ou reprendre une action contre des particuliers, même si cette disposition n'aurait pas été spécifiquement mise en œuvre dans la législation*

de l'État membre concerné » (point 106). En l'espèce, les activités de Facebook Belgium sont indissociables du traitement des données effectué par Facebook Ireland et relèvent du champ d'application du RGPD. Ainsi, cet arrêt va dans le sens des préconisations de l'avocat général Michal Bobek qui estimait que l'autorité nationale, autre que celle chef de file pour le traitement de données transfrontalier, puisse s'adresser au juge national dès lors que le RGPD lui attribue la compétence telle que prévue par le règlement. En outre, la Cour insiste sur la nécessité d'une coopération loyale et efficace entre les autorités permettant de faire fonctionner le mécanisme du « guichet unique » (CJUE, 15 juin 2021, *Facebook Irlande Ltd*, C-645/19).

III. L'application du RGPD dans un contexte européen de la numérisation

A. La création d'un marché unique du numérique

Le 9 mars 2021, la Commission européenne a présenté son projet d'une Europe du numérique pour 2030, parlant même de « *décennie numérique de l'Europe* ». L'objectif est alors de créer un marché unique des données afin de permettre la libre circulation de celles-ci et ainsi conférer un avantage concurrentiel à l'Union européenne dans le cadre de la transformation numérique.

Le Contrôleur européen des données et le

Comité européen de la protection des données ont rendu un avis conjoint le 10 mars 2021 à propos de la proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données dans lequel ils rappellent l'importance fondamentale de la protection des données personnelles, comme élément de la confiance des individus et des organisations dans l'économie numérique. Ainsi, selon cet avis, le renforcement de l'économie des données doit inexorablement se traduire par le respect de la législation européenne en matière de données personnelles. Le RGPD doit permettre de développer l'économie des données et garantir les droits fondamentaux (**article 16 du TFUE, article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE**), la proposition ne doit donc pas aller à l'encontre du RGPD. Ainsi, « *l'EDPB et le CEPD soulignent par ailleurs que le modèle de l'Union européenne repose sur l'intégration de ses valeurs et droits fondamentaux dans l'élaboration des politiques, et que le RGPD doit être considéré comme une base sur laquelle se fondera un modèle de gouvernance européenne des données* » (**avis conjoint 03/2021 de l'EDPB et du CEPD sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance européenne des données, acte sur la gouvernance des données, point 20**).

La négociation du *Digital Governance Act*.

Le 30 novembre 2021, le Parlement européen et le Conseil se sont accordés sur la loi relative à la gouvernance des données. Le *Digital Governance Act* donne ainsi une définition des règles d'échange des données et introduit les règles afin de créer un marché unique

des données évitant ainsi la fragmentation du marché. La neutralité des prestataires de services de partage de données est exigée afin de garantir la confiance et assurer le contrôle des utilisateurs de données, évitant ainsi que les données soient utilisées pour d'autres fins que nécessaires. Cet acte sur la gouvernance des données crée ainsi un nouveau modèle commercial d'intermédiation des données conférant un environnement sûr afin d'aider les entreprises à partager les données. Celles-ci seront alors soumises à certaines obligations afin d'éviter les dérives quant à l'utilisation des données. De même, l'objectif est de constituer un cadre favorable afin de faciliter le partage volontaire de données entre les entreprises européennes. En effet, le but est d'obtenir une forme « *d'altruisme en matière de données pour soutenir la recherche, la santé et la lutte contre le changement climatique* ». Le DGA propose également la création d'un Comité européen dans l'innovation dans le domaine des données. Ce comité devra « *renforcer l'interopérabilité des services d'intermédiation de données et garantir la cohérence des pratiques de traitement des demandes de données du secteur public* ». Le DGA vise ainsi à renforcer la souveraineté numérique européenne. Il vient compléter le *Digital Market Act* et le *Digital Service Act*, participant à l'élaboration d'un véritable arsenal juridique du numérique (**proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 sur la gouvernance européenne des données, acte sur la gouvernance des données**).

La proposition de règlement *e-privacy*. - En outre, la proposition de règlement *e-privacy* qui permettra de préciser le RGPD et remplacera la directive 2002/58/CE « *vie privée et communications électroniques* » de 2002, encadrera le secteur des communications électroniques tout en protégeant les données électroniques personnelles des utilisateurs de l'Union européenne. Le projet final a été arrêté par le Conseil de l'Union européenne le 10 février 2021, quatre ans après l'ouverture des débats, permettant ainsi d'enclencher les négociations au sein du Parlement européen afin d'adopter le texte définitif. Cette proposition de règlement a été source de vifs débats et désaccords entre pays membres (**proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE**). Le règlement *e-privacy* réglementera « *les échanges d'informations qui transitent au sein des fournisseurs de services électroniques* ». Dès lors, le règlement *e-privacy* protège aussi bien les données personnelles que les métadonnées des communications. Plusieurs objectifs sont énoncés dans la proposition de règlement. Tout d'abord, le règlement renforcera la protection de la vie privée des utilisateurs par le respect des géants du numérique (Whatsapp, Facebook Messenger, Skype) des droits fondamentaux des utilisateurs. La confidentialité des données de communication doit être assurée (**article 5**). Le règlement assurera un meilleur contrôle des cookies donnant une place particulière au consentement des utilisateurs. En effet, ces

derniers devront donner leur consentement à tout traitement, collecte, surveillance des données des utilisateurs européens (**articles 8 et 9**). De plus, la prospection des personnes physiques par voie téléphonique et/ou électronique sera interdite sauf consentement de ces derniers (**article 16**). Enfin, le règlement *e-privacy* permettra une plus grande harmonisation des règles européennes en la matière. Le règlement *e-privacy* vient donc préciser le RGPD et s'apparente comme une *lex specialis* par rapport au RGPD. Il vise ainsi à protéger la confidentialité des communications électroniques des personnes au sein de l'Union européenne et s'appliquera également aux personnes morales. Le Conseil européen de la protection des données a cependant averti le 9 mars 2021 quant à l'importance du niveau de protection du projet de règlement qui ne doit pas venir abaisser celui offert par la directive de 2002 (**directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, directive vie privée et communications électroniques**).

Protection des données personnelles et intelligence artificielle. - De plus, le développement d'un marché unique du numérique apparaît aussi dans la proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle. Les données sont une denrée fondamentale concernant l'intelligence artificielle puisqu'elles permettent la prise

de décisions autonomes et nécessitent dès lors une protection accrue. Le 18 juin 2021, le Comité européen de la protection des données et le Contrôleur européen de la protection des données ont publié un avis conjoint (05/2021) sur la proposition de règlement (**proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2021 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union**). Ils rappellent l'importance des risques sur les droits (droits à la vie privée, protection des données à caractère personnel) et libertés de l'autonomie décisionnelle des machines utilisant l'intelligence artificielle. À cet égard, l'utilisation de l'intelligence artificielle doit respecter les textes du droit de l'Union ainsi que l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La base juridique de la proposition est à la fois l'article 114 TFUE relatif à l'harmonisation et l'article 16 TFUE puisqu'elle « *contient des règles spécifiques relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, notamment des restrictions à l'utilisation de systèmes d'IA pour l'identification biométrique à distance en temps réels dans des espaces accessibles au public à des fins répressives* ». Ainsi l'article 16 TFUE permet de garantir un contrôle indépendant du respect de la protection des données à caractère personnel. Le Comité européen de la protection des données et le Contrôleur européen de la protection des données donnent un certain

nombre de recommandations. Par exemple, ils reprochent au système de certification de ne pas tenir compte dans la proposition de règlement du principe de minimisation des données. Le principe de minimisation est défini à l'article 5.1.c) du RGPD comme les données à caractère personnel qui doivent être « *adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquels elles sont traitées* ». Le Comité et le Contrôleur européen de la protection des données recommandent donc « *de modifier la proposition afin de clarifier la relation entre les certificats délivrés au titre dudit règlement et les certifications, sceaux et marques en matière de protection des données* » (**point 76**). De même, ils proposent de préciser dès l'article 1er de la proposition le champ d'application du règlement en matière de protection des données à caractère personnel. Les autorités de protection des données ont également recommandé une interdiction des systèmes biométriques qui seraient utilisés pour classer les individus dans « *des groupes basés sur l'ethnicité supposée, le sexe, l'orientation politique ou sexuelle* » (**avis conjoint 05/2021 de l'EDPB et du CEPD sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, 18 juin 2021**).

Création d'un portefeuille d'identité numérique à l'horizon 2030. - Enfin, l'Europe du numérique passe également par la création d'un portefeuille d'identité numérique. En effet, la Commission européenne a présenté

le 2 juin 2021 une proposition de règlement visant à créer une identité numérique qui soit accessible à tous les citoyens, les résidents et les entreprises de l'Union européenne. L'identité numérique permet de simplifier les interactions mais également d'accéder à certains services en ligne ou encore de stocker et gérer des données sensibles d'identification en format électronique. Toutefois, des garanties doivent être prévues afin d'éviter toute dérive et pour contrer toute cybermenace. Un niveau élevé de sécurité est exigé. Cette proposition de règlement devra être adoptée d'ici septembre 2022 (**proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2021 modifiant le règlement (UE) n°910/2014 en ce qui concerne l'établissement d'un cadre européen relatif à une identité numérique**).

B. Violation du RGPD dans le cadre de l'utilisation d'objets connectés et d'algorithmes

Le développement des objets connectés, des technologies vidéo et des algorithmes peut accroître les risques d'utilisation frauduleuse des données à caractère personnel. Par conséquent, la CNIL a dû intervenir à plusieurs reprises.

Mise en demeure par la CNIL afin que les dispositifs de caméra piéton et de vidéo protection d'une commune soient mis en conformité. – La CNIL a mis en demeure le 23 décembre 2021 dans un délai de quatre mois une commune afin qu'elle mette en conformité les dispositifs de caméra-piéton et de vidéo

protection utilisés par la police municipale suite à des manquements à la loi Informatique et Libertés (loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) ainsi qu'au code de la sécurité intérieure. En l'espèce, un manquement à l'article 4 de la loi Informatique et Libertés a été relevé concernant l'exactitude des données suite à des images enregistrées par les caméras-piéton. De même, des fichiers vidéo ont été conservés au-delà de la durée de conservation légale. Aussi, un manquement aux dispositions de l'article 104 de la loi Informatique et Libertés a été relevé du fait d'informations indisponibles pour les personnes concernées. La sécurité et la confidentialité des données n'ont pas été respectées puisque les mots de passe utilisés n'étaient pas suffisamment robustes constituant un manquement aux articles 99 et 191 de la loi Informatique et Libertés. Enfin, l'utilisation des caméra-piétons n'était pas inscrite dans le registre des traitements de la commune en violation de l'article 100 de la loi Informatique et Libertés. En outre, plusieurs griefs ont été soulevés concernant les caméras de vidéo protection qui permettaient la « *visualisation de l'intérieur d'immeubles d'habitation* » en violation de l'article L.251-3 du code de la sécurité intérieure. De même, la durée maximale de conservation n'a pas été respectée, aucune analyse d'impact n'a été effectuée alors même que « *ce traitement est susceptible de présenter un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques dès lors que le dispositif de vidéo protection conduit à la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public* ». Enfin,

le public n'était pas suffisamment informé tel que prévu à l'article 104 de la loi Informatique et Libertés. La commune a ainsi dû mettre tous ses dispositifs en conformité avec la loi dans un délai de quatre mois pour éviter toute sanction (communiqué de la CNIL du 23 décembre 2021).

Avis de la CNIL sur la proposition de loi « Sécurité globale ». - En outre, la CNIL a rendu un avis concernant la proposition de loi « Sécurité globale » (proposition de loi n°3452 relative à la sécurité globale, déposée le 20 octobre 2020). Elle avançait le manque de protection du cadre juridique de la proposition de loi. La vie privée et les données personnelles n'étaient pas suffisamment protégées. Dans le cadre de son avis, la CNIL a rappelé les risques d'atteintes aux libertés publiques et à la vie privée par l'usage des technologies vidéo et notamment des drones et des mobiles qui permettent de filmer des lieux difficiles d'accès. La CNIL insiste donc sur la nécessité de trouver un équilibre entre d'une part les « *impératifs légitimes de sécurité* » et d'autre part, « *le respect de la vie privée* ». En l'espèce, l'usage des drones doit se faire en cas de « *nécessité avérée* » et « *les atteintes susceptibles d'être portés à la vie privée (doivent être) strictement proportionnées au regard des finalités poursuivies* » (CNIL, délibération n°2021-011 du 26 janvier 2021 portant avis sur une proposition de loi relative à la sécurité globale).

Sanction par la CNIL d'une société pour violation du RGPD. - De plus, la CNIL est venue sanctionner l'établissement de paiement agréé

SLIMPAY suite à une violation du RGPD. En effet, la société a stocké des données personnelles sur un serveur insuffisamment protégé violant les données personnelles de plusieurs millions d'Européens. Plusieurs manquements ont été soulevés. En premier lieu, l'article 28 du RGPD a été violé par le manque d'encadrement des traitements effectués par le sous-traitant. En deuxième lieu, l'article 32 du RGPD a été violé puisque la sécurité des données personnelles n'a pas été assurée. En effet, aucune mesure de sécurité concernant l'accès au serveur n'avait été adoptée. Par conséquent, pendant plus de cinq ans, les données personnelles de millions de débiteurs étaient accessibles par Internet. Les « *mesures élémentaires de sécurité* » n'ont pas été mises en place (point 96). En troisième lieu, l'article 34 du RGPD n'a pas été respecté en ce sens que la société a failli à son obligation d'information de la violation des données personnelles des personnes concernées. En l'espèce, la CNIL a rappelé l'importance de la violation commise du fait de la nature sensible et du volume des données personnelles en cause (état civil, informations bancaires) et donc le risque inhérent à cette violation dont la société aurait dû prévenir les personnes concernées. Dès lors, la formation restreinte de la CNIL a décidé de prononcer une amende administrative d'un montant de 180 000 euros à la société SLIMPAY (CNIL, délibération de la formation restreinte n°SAN-2021-020 du 28 décembre 2021 concernant la société SLIMPAY).

IV. Une balance des intérêts

A. Les données de santé

Dans le contexte de crise sanitaire, la collecte des données de santé s'est accrue. Une obligation de protection de ces données a dû être mise en œuvre afin d'éviter de porter atteinte aux droits et libertés. La CNIL a rendu plusieurs décisions et avis quant au niveau de protection des données de santé de certaines sociétés mais également quant à l'équilibre à trouver entre la mise en place du pass sanitaire afin de limiter la propagation de l'épidémie de COVID-19 et les atteintes aux droits et libertés. La CNIL a ainsi placé au cœur de son action une stratégie de contrôle visant à garantir la cybersécurité des données de santé en 2021.

Protection des données de santé. - Dans une décision du 4 octobre 2021, la CNIL a mis en demeure dans un délai de deux mois la société FRANCETEST de « *prendre toute mesure pour garantir la sécurité et la confidentialité des données à caractère personnel traitées* ». La société FRANCETEST s'est conformée à cette mise en demeure. En l'espèce, la société FRANCETEST est une société qui a pour mission de « *simplifier la collecte des données à caractère personnel des patients ayant effectué un test et leur acheminement vers la plateforme SI-DEP* » à destination des pharmacies qui effectuent des tests antigéniques pour détecter le virus de la COVID-19. Une faille de sécurité a mis à jour une violation des données personnelles puisque les données étaient accessibles sur le site web francetest.fr. Les données étaient

insuffisamment protégées avec des processus d'authentification pas suffisamment robustes, l'absence d'agrément « *hébergement de données de santé* ». Les données de santé sont très sensibles et doivent faire l'objet d'une protection particulière dont le contrôle revient à la CNIL (CNIL, décision n°MED-2021-093 du 4 octobre 2021 mettant en demeure la société FRANCETEST).

Création d'un référentiel relatif au traitement des données personnelles par la CNIL. - Dans ce contexte, la CNIL a créé un référentiel qui s'applique aux responsables de traitements de données dans l'optique de la création d'entrepôts de données dans le domaine de la santé. Dès lors le traitement des données personnelles devient licite sur le fondement de l'article 6.1.e du RGPD relatif aux missions d'intérêt général. Toutefois, il faudra impérativement une mission d'intérêt général afin de pouvoir réutiliser les données. Dès lors, un entrepôt mis en œuvre par une entreprise privée sans qu'une mission d'intérêt public ne soit exécutée ne sera pas couverte par le référentiel. Les entrepôts de données de santé créent des bases de données de santé qui peuvent être utilisées à des fins de recherches, d'évaluations ou d'études dans le domaine de la santé. Dans ce cadre, le référentiel adopté par la CNIL le 17 novembre 2017 permet de vérifier que le projet d'entrepôt soit conforme au référentiel sans demander d'autorisation préalable à la CNIL. Il existe cependant un encadrement strict puisque « *seules des données à caractère personnel adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des*

finalités du traitement peuvent être collectées et traitées. A ce titre, le responsable de traitement ne peut collecter et traiter que : des données qui figurent dans le dossier médical et administratif ou dossier unique informatisé de la personne concernée et dont la collecte est justifiée par sa prise en charge, et/ ou des données issues de projets de recherches, études et évaluations dans le domaine de la santé précédemment réalisés et dont leur durée de conservation n'a pas expiré » (point 5.1). Le référentiel exige une véritable justification afin de collecter les données qui ne doivent pas être collectées « *uniquement afin d'alimenter l'entrepôt* » (point 5.3). L'accès aux données est strictement limité (point 6) ainsi que les durées de conservation (point 7). L'adoption du référentiel permet donc de garantir la mise en conformité des traitements de données personnelles des organismes publics et privés (CNIL, **référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre à des fins de création d'entrepôts de données dans le domaine de la santé**).

En outre, la CNIL a rendu plusieurs avis concernant le projet puis la mise en œuvre du pass sanitaire et enfin la lutte contre la fraude au pass sanitaire en 2021.

Avis de la CNIL dans le contexte de crise sanitaire. - Le premier avis concerne le projet de mise en place du passe sanitaire afin de « *subordonner l'accès à certains lieux, établissements ou évènements impliquant de grands rassemblements de personnes, à la présentation alternativement du résultat d'un*

examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la COVID-19, d'un justificatif de l'administration d'un vaccin contre la COVID-19 ou encore d'un document attestant du rétablissement à la suite d'une contamination par la COVID-19 ». L'objectif étant de mobiliser les outils numériques dans le contexte de crise sanitaire et notamment le « *certificat vert numérique* » qui a été proposé par la Commission européenne en mars 2021 afin d'assurer l'exercice de la libre circulation. Dans ce contexte, la CNIL rappelle l'importance d'appliquer le principe de minimisation de la collecte de données ainsi que le principe d'interdiction de conditionner l'accès d'un lieu à la divulgation d'informations sur la santé des personnes. Elle rappelle à cet égard l'importance de la prise en compte du contexte tout à fait exceptionnel qui rend nécessaire la mise en place du dispositif qui doit être circonscrit sur la durée et réévaluée de manière régulière (point 19). Néanmoins, une mise en balance et un test de proportionnalité doivent être effectués entre, d'une part, la protection de la santé dans la lutte contre la pandémie de COVID-19 qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et, d'autre part, le respect des libertés fondamentales ainsi que la protection de la vie privée et des données à caractère personnel (point 10). Selon la CNIL, des garanties supplémentaires (identification des lieux et évènements concernés) devaient être proposées par le gouvernement afin d'adopter le projet du pass sanitaire (CNIL, **délibération n°2021-054 du 12 mai 2021 portant avis sur le projet de mise en place d'un pass sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux,**

événements ou établissements impliquant de grands rassemblements de personne, n°21008691).

Le deuxième avis concerne les modalités de mise en œuvre du pass sanitaire. La CNIL demande davantage de clarification par rapport à des formules générales telles que les « *autres événements* » ou encore sur le calcul des jauges déclenchant la mise en œuvre du passe sanitaire (**points 8 et 9**). De même, elle spécifie l'attention particulière qui devra être portée au risque d'utilisation frauduleuse d'informations sensibles (**point 10**). La CNIL rappelle le principe de minimisation des données associé à l'application TousAntiCovid Verif et l'importance de ne conserver aucune donnée personnelle par « *le serveur central et l'application TousAntiCovid Verif à l'issue de la vérification* » (CNIL, **délibération n°2021-067 du 7 juin 2021 portant avis sur le projet de décret portant application du II de l'article 1er de la loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, n°21010600**).

Le troisième avis porte sur la lutte contre la fraude au pass sanitaire. La CNIL a recommandé au gouvernement de préciser la liste d'exclusion des passes sanitaires qui sont considérés comme frauduleux. La Commission recommande également au gouvernement d'informer les personnes concernées de leur inscription dans la liste d'exclusion. Cette dernière ne doit également pas inclure de données personnelles notamment sur la santé (CNIL, **délibération n°2021-103 du 9**

septembre 2021 portant avis sur le projet de décret modifiant le décret n°2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, n°21015378).

La CNIL a donc fait un certain nombre de recommandations au cours de l'année 2021 dans le contexte de la crise sanitaire afin de minimiser l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux des individus compte tenu de la mise en place d'un pass sanitaire.

B. La liberté d'information

Le juge judiciaire fait primer la liberté d'information sur le droit à la protection des données personnelles. - Le tribunal judiciaire de Paris du 30 juin 2021, est venu faire une mise en balance entre la protection des données personnelles et le droit à la liberté d'information. Le droit à la liberté d'expression, dont le droit à l'information fait partie, constitue un droit fondamental protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. De même, le droit au respect de la vie privée constitue un droit fondamental protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (**TJ Paris, 17ème chambre Presse-civile, 30 juin 2021, n°2005100**).

En l'espèce, le journal 20 Minutes a été assigné par un ancien président d'un club de football pour avoir publié un article concernant un détournement d'argent du club et avoir publié la peine de l'ancien président dans son journal.

L'ancien président du club s'est ainsi fondé sur le droit à la protection des données personnelles (articles 17 et 21 du RGPD) souhaitant ainsi l'anonymisation et la désindexation des moteurs de recherche c'est-à-dire le droit à l'oubli et au déréférencement. Toutefois, le juge a fait primer le droit à la liberté d'expression et d'information sur le droit à l'oubli comme prévu dans les exceptions du paragraphe 3, a) de l'article 17 du RGPD. Le juge a ainsi considéré que le droit à la protection des données personnelles ne constitue par un « *droit absolu, il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité* ». Or, en l'espèce à l'issue du test de proportionnalité, la liberté d'expression est venue primer le droit à la protection des données personnelles.

◆ Droit des libertés économiques

Par Maxime LONGATTE et Sarah THIRIET

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

En France, les libertés économiques font traditionnellement référence à la liberté d'entreprendre, la liberté de commerce et d'industrie, ainsi qu'à la libre concurrence. L'Union Européenne garanti par ailleurs la liberté d'entreprise à l'article 16 de sa charte des droits fondamentaux.

La liberté d'entreprendre est constituée de deux éléments : la liberté de s'établir et d'initier une activité économique de son choix, ainsi que la liberté de diriger cette entreprise comme on l'entend. La liberté de commerce et d'industrie est plus ancienne, consacrée dès le lendemain de la Révolution par l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 dite « décret d'Allarde », elle découle de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». Enfin, la libre concurrence « renvoie aux règles qui garantissent le libre exercice des activités économiques et qui visent principalement à protéger les concurrents contre les interventions de l'État ». Cette liberté n'est pas à confondre avec le droit de la concurrence, qui cherche plutôt à protéger le marché de ses propres abus.

Lors de sa consécration, la liberté d'entreprendre a parfois été critiquée comme un débordement ultra libéral du juge et du législateur. Néanmoins, la tendance libérale accusée par une partie de la doctrine trouve ses limites. L'année 2021 a été effectivement marquée par le recul des libertés économiques faces la sécurité, qu'elle soit dans la crise sanitaire du COVID, ou dans la sécurité des installations réseaux 5G. Un nouvel enjeu se positionne également en priorité face aux libertés économiques, justifiant une limitation de ses dernières : la protection de l'environnement. Les libertés économiques ne sont pourtant pas non plus réduites à néant : la santé publique ne peut pas toujours justifier une atteinte à ces dernières. Elles sont par ailleurs un enjeu à garder à l'esprit dans la technique contractuelle : une atteinte aux libertés économiques peut conduire une clause de non-sollicitation à être déséquilibrée aux yeux du juge.

I. Les libertés économiques à l'épreuve face à la crise sanitaire

Le juge administratif des référés a eu l'occasion de se prononcer une nouvelle fois sur une demande de suspension initiée par une association représentant les galeries d'art face aux mesures de lutte face à la crise sanitaire mises en place sur le territoire français. –L'association Comité professionnel des galeries d'art a déposé sa requête et son mémoire entre les 25 mars et 7 avril 2021, demandant la suspension des dispositions du IV de l'article 37, ainsi que I de l'article 45 du décret n°2020-1310 du 29 octobre 2020, modifié par décret le 19 mars 2021. Les articles visés avaient notamment pour objet de lister les établissements autorisés à accueillir du public, ainsi que les activités permettant un tel accueil, lorsque ces galeries sont situées dans les départements mentionnés à l'annexe 2 du décret du 29 octobre 2020. L'association soutient notamment que les dispositions visées méconnaissent la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le libre exercice d'une profession, en l'espèce celle d'exploitant de galerie d'art, profession au service d'une activité essentielle. Elle avance par ailleurs que les dispositions visées méconnaissent le principe d'égalité, instituant une forme de discrimination entre les galeries d'art et les sociétés de ventes volontaires aux enchères, ce qui par ailleurs instaurerait une déformation de la concurrence dès lors que ces deux activités seraient identiques dans leur

activité économique.

Le juge des référés clarifie les dispositions visées du décret du 29 octobre 2020, où les établissements de catégorie L et M, catégories spécifiées par le code de la construction et de l'habitation, ne peuvent être autorisés à accueillir du public sauf exceptions. L'association déplore que les disquaires ainsi que les libraires fassent exceptions à une telle interdiction, mais pas les galeries d'art, tous établissements de catégorie L. Aussi, les établissements de catégorie M ne sont pas non plus autorisés à accueillir du public, à l'exception notable des salles de vente.

Le Conseil d'État reconnaît sans surprise une atteinte grave aux libertés fondamentales, dont la liberté d'entreprendre, la liberté de commerce et d'industrie ainsi que le libre exercice d'une profession. Bien que rejetant l'argument d'une rupture d'égalité, cette dernière n'étant pas privative de liberté, le juge note néanmoins la distorsion de concurrence effective provoquée par l'exception accordée aux salles de ventes. Aussi l'atteinte est-elle si grave, qu'elle ne peut être regardée comme nécessaire et proportionnée que si elle permet poursuivre un objectif de santé publique en situation de crise sanitaire critique, où l'ouverture des commerces peut véritablement compromettre la gestion de l'épidémie. Observant une augmentation des cas de 4% par rapport à la semaine précédant le jugement ainsi qu'une augmentation critique de la tension sur les milieux hospitaliers, le juge conclut que la fermeture des galeries d'art ne porte pas une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales. Il insiste

par ailleurs sur une fermeture « *au même titre que d'autres commerces* », évacuant sans nécessairement le traiter l'argument de rupture du principe d'égalité, notamment face aux disquaires et aux libraires. Ainsi, si d'autres établissements ont pu profiter d'exceptions, le régime général s'applique à la majorité des commerces, et se trouve d'une part justifié, et d'autre part proportionné, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, surtout au regard des évolutions récentes de l'épidémie (CE. ord., 12 avril 2021, n° 451085).

La fermeture des discothèques justifiée par les risques particuliers que ces dernières posent au regard de la crise sanitaire selon le juge administratif des référés. – Par une requête déposée le 5 mai 2021, les requérants demandent la suspension de l'exécution de l'article 1er du décret n°2021-541 du 1er mai 2021 en ce qu'il modifie les articles les 4 et 45 décret du n°2020-1310 du 29 octobre 2020, ainsi que la suspension du « plan de déconfinement » publié le 30 avril 2021, d'enjoindre à l'État d'intégrer sans délai le secteur le secteur d'activité des établissements de nuit dans ce plan, de reconnaître la violation manifeste du droit de propriété, de la liberté d'entreprendre et du principe de non-discrimination des établissements de nuit, de constater pour les établissements de nuit l'absence de mesures compensatrices justes et préalables.

Le Conseil d'État admet voir une atteinte grave à plusieurs libertés fondamentales dans la fermeture des discothèques et établissements de nuits, notamment à la liberté d'entreprendre. Comme pour le cas des galeries d'art, le Conseil

d'État procède par la suite à un examen de la situation épidémiologique, et conclut à une dégradation de la situation sanitaire, avançant notamment l'apparition des variants sud-africain, brésilien et indien. Comparé à la décision sur les galeries d'art, le juge avance un nouvel argument tenant à la nature de l'établissement. Si les galeries d'art peuvent être fermées comme « d'autres commerces », les discothèques peuvent être fermées notamment en raison de leur nature et des risques qu'elles présentent au regard de la contagiosité du virus. Les discothèques sont des lieux qui non seulement instaurent un contact physique rapproché, mais également une ambiance festive dans laquelle le Conseil d'État trouve difficile de garantir le port du masque ou le respect des règles de distanciation. Aussi, la fermeture des différents établissements visés a pour but de limiter les déplacements hors du domicile et les interactions sociales. Les discothèques sont des lieux sociaux par nature, et donc ne peuvent aller de pair avec cet objectif.

Le Conseil rejette par ailleurs une nouvelle fois l'argument de discrimination et de rupture d'égalité entre les discothèques et d'autres établissements classés P, tels que les bars. En effet, une rupture du principe d'égalité n'induit une atteinte liberticide et partant n'est pas l'office du juge des référés. Enfin, l'exemple de l'autorisation des rassemblements à brève échéance pour des concerts, des fêtes de mariages ou autres occasions ne peuvent maintenir un tel argument de rupture d'égalité, dans le sens où ces annonces gouvernementales n'ont pas (encore) d'effets juridiques au jour du

jugement.

Le Conseil rejette donc la requête, considérant le maintien de la fermeture des discothèques dans le cadre du déconfinement comme justifié et proportionné vis-à-vis du but poursuivi. Aussi, bien qu'il ait une atteinte grave à une liberté fondamentale, cette dernière n'est pas illégale. Il rappelle par ailleurs qu'il ne relève pas non plus de son office que de demander des réparations pour les préjudices subit par une telle mesure (CE. ord., 21 mai 2021, n° 452294).

II. Libertés économiques en France

Distincte de la clause de non-concurrence, la clause de non-sollicitation pouvant porter atteinte à la liberté d'entreprendre trouve ses conditions de validité explicitées par la Cour de cassation. – Traditionnellement, la Cour de cassation distingue la clause de non-concurrence et la clause de non-sollicitation. La clause de non-concurrence forme une exclusivité entre les parties, interdisant d'exercer des fonctions similaires chez un concurrent, ou même pour son propre compte, et cela même après la rupture du contrat de travail. Le but ici est d'empêcher une autre entreprise d'exercer une activité trop similaire. Une telle clause est néanmoins soumise à des conditions de validité, parmi lesquelles on retrouve notamment une limitation dans le temps et dans l'espace, et elle doit par ailleurs être justifiée par des intérêts à protéger et être proportionnée à ceux-ci. La clause de non-

sollicitation vise à empêcher le débauchement du personnel par une autre entreprise, notamment quand les deux entretiennent des relations proches. Bien que la logique puisse sembler similaire, le but diffère et les deux clauses sont donc différentes, la clause de non-sollicitations n'étant pas non une clause « plus précise », plus « spécifique » découlant de la clause de non-concurrence. Les conditions de validité diffèrent donc, ce que la cour d'appel de Dijon n'a pas manqué de relever.

En effet, en l'espèce deux sociétés A et B commerçant avec C, avaient signé une charte dans laquelle elles s'engageaient à ne pas démarcher de personnel entre elles, ce jusqu'à un an après l'extinction du contrat. A et B ont néanmoins embauché du personnel de C, qui a démarché des clients de C pour leur compte. C demande donc réparation, et A et B avancent que la clause de non-sollicitation n'est pas légale, n'étant pas justifiée, et par ailleurs donc n'étant pas proportionnée, bien que portant atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté du travail. Néanmoins, la cour d'appel de Dijon rappelle que la clause de non-sollicitation n'étant pas une clause de non-concurrence, elle n'est pas soumise au régime de validité, et donc considère cette dernière valide, ce qui donne raison à C. La Cour de cassation n'est pas de cet avis et censure donc la décision de la cour d'appel de Dijon. Elle avance en effet que des stipulations contractuelles contrevenant à liberté d'entreprendre et à la liberté du travail ne peuvent être licites que si justifiées et proportionnées pour atteindre l'objectif poursuivi. Cette décision inédite encadre

donc plus fermement les clauses de non-sollicitation qui bénéficiaient jusqu'alors d'un flou entourant leurs conditions de validité (Cass. com., 27 mai 2021, *Sté Somado c/ Sté Buropa*, n° 18-23.261 FS-P).

Le Conseil d'État valide le régime d'autorisation pour l'exploitation des infrastructures 5G mis en place par le décret 2019-1300 du 6 décembre 2019 relatif aux modalités de l'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques. – Ce dernier imposait aux opérateurs télécom d'obtenir une autorisation d'exploitation préalable auprès du Premier ministre pour pouvoir exploiter les infrastructures de télécommunication de cinquième génération. Cet impératif, motivé par les impératifs de défense et de sécurité nationale, ainsi que par la protection des infrastructures, a été contesté par deux opérateurs du secteur, SFR et Bouygues Télécom. Le Conseil d'État a rejeté le recours des requérants, et rejeté l'intégralité des moyens qu'ils ont avancés pour motiver leur demande.

En premier lieu, le Conseil d'État rappelle que le décret ne concerne que les infrastructures de télécommunications de cinquième génération, et non les infrastructures des générations antérieures et qu'en raison de sa nouveauté, les opérateurs devaient s'attendre à ce que l'État vienne réguler l'exploitation de ces nouvelles infrastructures radicalement différentes par rapport aux générations antérieures. De ce fait, les requérants ne pouvaient se prévaloir du principe de confiance légitime, principe

général du droit européen, afin de motiver leur requête.

Dans un second temps, le Conseil s'est attaché à effectuer un test de proportionnalité concernant les dispositions du décret, les requérants ayant avancé que ces dernières porteraient atteinte aux impératifs de protection de la propriété privée et de non-discrimination, protégés par l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que par son article 14. Le Conseil s'attache à rappeler une nouvelle fois que le décret ne s'applique pas aux infrastructures de générations antérieures et que le législateur n'a visé aucun opérateur ou fabricant précis, attachant la décision du premier ministre à l'évaluation des rapports entre un opérateur et un état étranger. De plus, pour effectuer son test de proportionnalité, le Conseil d'État a repris la décision 2020-882 QPC du 5 février 2021 du Conseil constitutionnel, rendue suite à une QPC que le Conseil d'État lui avait transmise et concernant les dispositions de la loi 2019-810 du 1er août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles, dont le décret n° 2019-1300 du 6 décembre 2019, attaqué en l'espèce, précise les modalités d'application. Le Conseil constitutionnel a estimé que l'objectif de la loi visait à prévenir les actions de sabotage, de piratage et d'espionnage et qu'elle ne faisait pas peser sur les opérateurs des coûts qui doivent être assumés par l'État, ce faisant satisfaisant aux exigences constitutionnelles

de protection de la nation. Enfin, le Conseil d'État relève que les dispositions du décret attaqué n'empêchent pas la compensation de l'opérateur qui se verrait opposé un refus par le Premier ministre lors de la sollicitation d'une autorisation d'exploitation. Or, le Conseil d'État rappelle qu' « *il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'État que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer* », ce qui par conséquent permet à l'opérateur évincé d'obtenir une indemnisation des préjudices subis par le refus d'attribution d'une autorisation d'exploitation par le Premier ministre. Le Conseil d'État conclut que le décret est proportionné face aux objectifs poursuivis et qu'il ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger la sécurité nationale.

Le Conseil d'État utilise ce test de proportionnalité pour rejeter le quatrième moyen avancé par les requérantes, qui soutenaient que le décret n'était pas compatible avec la libre prestation de service, la liberté d'établissement et la liberté d'entreprendre. Le Conseil d'État rejette également le moyen fondé sur le droit à un recours effectif, les exigences de sécurité nationale permettant au Premier ministre de ne pas notifier les motifs d'un refus de délivrance d'une autorisation d'exploitation et de délivrer un refus implicite par son silence.

Le Conseil d'État rejette le moyen avançant à tort que le décret n'est pas compatible avec les dispositions de la directive 2006/123/CE du

12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui ne s'applique pas aux télécommunications comme le rappelle la juridiction, les moyen avançant le principe de neutralité technologique et décembre le principe de prévisibilité de la régulation, les directives 2002/21/CE 7 mars 2002 du relative un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques et (UE) 2018/1972/CE du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, prévoyant la possibilité pour les États d'édicter des règles restrictives visant à protéger leur intérêts sécuritaires. Enfin, le Conseil rejette le moyen tiré de la violation du principe de sécurité juridique, rappelant que le décret ne pouvait pas rendre applicable les dispositions édictées à compter d'une certaine date, eu égard des objectifs poursuivis par le législateur et n'empêchait pas aux opérateurs de s'adapter à la nouvelle réglementation.

Par sa décision, le Conseil d'État rappelle aux opérateurs du secteur des télécoms l'importance critique des infrastructures de télécommunication en termes de sécurité nationale et sa particularité inhérente qui appelle une intervention particulière de l'État (CE, 8 avril 2021, *Société Bouygues Telecom*, 442120).

Le Conseil d'État suspend les dispositions du premier alinéa du II de l'article premier de l'arrêté du 30 décembre 2021 portant application de l'article R. 5132-86 du code de la santé publique : la suite de la saga CBD. – Cette suspension intervient après la saisine du

Conseil d'État par les opérateurs du marché du CBD en France au moyen d'une demande en référé-suspension, les dispositions de l'arrêté prévoyant une interdiction absolue de commercialisation directe aux consommateurs des fleurs et feuilles de cannabis mettant en danger l'existence des distributeurs, dont le chiffre d'affaires dépend entre 50% et 70% de la vente de fleurs et feuilles de cannabis. Cette interdiction néanmoins a été considérée comme disproportionnée et de nature à créer un doute sérieux quant à sa légalité. Le Conseil d'État a dès lors suspendu les dispositions litigieuses de l'arrêté attaqué et condamné l'état à verser 1000 euros à chacun des opérateurs ayant déposé une demande de référé-suspension, et se prononcera définitivement sur la légalité de l'arrêté. Il peut être raisonnablement attendu qu'au terme du test de proportionnalité que le Conseil d'État va effectuer, il y a peu de chances que cet arrêté perdure, tant la jurisprudence va contre son esprit, qui considère le CBD comme une substance psychoactive au même titre que le THC, ce que la Cour de justice et la Cour de cassation rejettent.

Dans sa décision Kanavape, concernant l'affaire de l'importation de CBD de République Tchèque, la Cour de justice a considéré que le CBD ne pouvait manifestement pas être considéré comme substance psychoactive, c'est-à-dire comme une drogue, et ce au regard à la fois du droit international et du droit européen. Ce faisant, la Cour a accordé au CBD l'application du principe de reconnaissance mutuelle, le CBD étant aux yeux du juge de l'Union une marchandise comme les autres, du moment qu'elle ne contienne pas plus de 0,3%

de THC, ce qui impose à la France de motiver son interdiction par un motif d'intérêt général, en l'espèce la protection de la santé publique. Cette exclusion du CBD de la catégorie des substances psychoactives et prohibées à l'échelle européenne, catégorie du THC, impose aux juridictions d'effectuer un test de proportionnalité des mesures de restrictions étatiques quant à sa commercialisation, sa circulation transfrontalière, sa production et sa consommation.

Suite à cette décision de la Cour de justice, qui équivaut à une quasi légalisation du CBD due au silence du législateur français sur la question, la chambre criminelle de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer à son tour, par deux décisions 18-86.932 du 15 juin 2021 et 20-84.212 du 23 juin 2021, par laquelle ont été cassés les arrêts des cours d'appel de Dijon et de Grenoble, au motif que le CBD n'étant pas une substance psychoactive le principe de reconnaissance mutuelle lui est appliqué, permettant aux juridictions de censurer des dispositions disproportionnées vis-à-vis des objectifs poursuivis par l'État. La Cour va même plus loin dans son raisonnement en prononçant dans sa décision du 23 juin 2021 que « *la vente de fleurs de chanvre légalement produites dans un autre État membre de l'Union est licite sauf à établir que son interdiction est propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique* » et qu'elle ne va pas « *au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint. Cette reconnaissance néanmoins reste conditionnelle à la teneur en THC qui ne doit pas dépasser 0,3%, auquel cas le principe de reconnaissance mutuelle ne trouve plus à*

s'appliquer ».

Malheureusement, le silence du législateur a certes permis au marché du CBD de se développer de façon exponentielle, plus de 2 milliards d'euros et près de 10 millions de clients en 2021 selon les acteurs du secteur, mais a surtout entretenu un vide juridique national dangereux pour les opérateurs. C'est ce vide juridique qui a permis l'adoption de l'arrêté suspendu par le Conseil d'État. Néanmoins, il peut être attendu que le Conseil d'État va enfin accorder un statut définitif au CBD en France, clôturant définitivement la question de sa légalité et de sa nature au regard du droit français. Les opérateurs peuvent donc espérer que le Conseil d'État mette fin aux excès des ambitions du Gouvernement dans sa lutte contre la consommation des produits issus du Cannabis et par là, permettre le développement serein d'un marché déjà en pleine expansion (CE, ord., 24 janvier 2022, *Union des professionnels du CBD*, n°460055).

III. Liberté d'entreprendre et protection de l'environnement

Saisi d'une demande de QPC par des restaurateurs avançant une atteinte à la liberté d'entreprendre dans l'obligation d'utiliser de la vaisselle réemployable, le Conseil d'État refuse de transmettre, rappelant la décision précédente du Conseil constitutionnel. – Par mémoires déposés les 31 mai et 7 juillet 2021, plusieurs compagnies d'emballages et de restauration demandent

l'annulation de l'article 5 du décret n°2020-1724 du 28 décembre 2020. Ce dernier portait dispositions sur diverses méthodes de luttés contre le gaspillage, notamment dans l'obligation pour les restaurateurs d'utiliser de la vaisselle réemployable. Les requérants avaient alors soulevé une QPC devant le Conseil d'État, avançant qu'une telle disposition portait atteinte à la liberté d'entreprendre des établissements de restauration, et méconnaissait par ailleurs le principe d'égalité. Le Conseil refuse de transmettre cette question au Conseil constitutionnel.

Le juge commence par rappeler l'article 3 de la Charte de l'environnement, disposant que « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Il rejette par la suite l'argument des requérants, qui avançaient alors qu'aucune étude sérieuse n'avait été conduite sur les conséquences de l'obligation d'emploi de vaisselles réemployables, et déploraient l'absence d'autres solutions pouvant présenter un meilleur résultat pour l'environnement. Il considère en effet qu'un tel grief, tiré de la méconnaissance de l'article 3 de la Charte, « *ne présente pas de caractère sérieux* ».

Le Conseil d'État écarte par la suite le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. Celui-ci était invoqué par les requérants, dans la mesure où une telle interdiction s'appliquait plus facilement à des établissements ayant déjà recours à de la vaisselle réemployable, et

était donc discriminatoire envers les autres établissements qui devraient s'y conformer, en plus d'être une obligation spécifique à la France à laquelle les restaurateurs européens n'avaient pas obligation de se conformer. Le juge rappelle qu'une telle législation s'applique indifféremment sur le territoire national, n'interdisant par ailleurs pas la vente de vaisselle à usage unique par les producteurs français et européens.

Enfin, et principalement, le juge rappelle qu'il est possible pour le gouvernement de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, à condition que cette atteinte soit motivée par la poursuite d'un intérêt général, et que les moyens entrepris ne soient pas disproportionnés face à l'objectif poursuivi.

Sur la poursuite d'un intérêt général, le Conseil d'État voit ici un objectif d'intérêt général dans la protection de l'environnement. Cette vision s'inscrit dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel du 30 janvier 2020 (Cons. const., déc. n° 2019-823 QPC du 30 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*). Dans cette affaire, une QPC avait également été transmise par le juge administratif dans le cadre d'une affaire remettant en question l'interdiction de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne, une telle interdiction portant atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel avait alors considéré que le législateur avait porté atteinte à la liberté d'entreprendre dans la poursuite

d'intérêt général « *en lien avec les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de la santé et de l'environnement* ». Par cette décision, le juge constitutionnel avait alors reconnu la protection de l'environnement comme un objectif justifiant une atteinte aux libertés fondamentales. Suivant cette lignée, le Conseil d'État fait de même et n'estime pas voir de doute sérieux justifiant de transmettre la question au juge constitutionnel.

Quant à la proportionnalité de la mesure, le Conseil note simplement que si l'utilisation de vaisselle réemployable devient obligatoire pour les restaurateurs, leur mode de production et de distribution n'est pas imposé, et la législation accorde un temps de transition de deux ans, puisqu'elle entrera en vigueur en janvier 2023. Partant, une atteinte portée à la liberté d'entreprendre dans l'obligation d'emploi de vaisselle réemployable pour les restaurateurs est justifiée par l'objectif de protection de l'environnement, et proportionnée dans la poursuite de cet objectif.

Cette interprétation du juge administratif conforte l'idée déjà avancée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle la protection de l'environnement tenait un rôle prioritaire dans les objectifs de valeur constitutionnelle, pouvant ainsi prendre la préséance sur diverses libertés fondamentales, dont la liberté d'entreprendre et la liberté de commerce et d'industrie. Une telle avancée peut certainement à l'avenir avoir des conséquences sur les libertés économiques des acteurs qui devront adapter leurs usages (CE, 6 août 2021,

Société Compagnie des emballages Robert Schisler, n°450228).

IV. Liberté de culte et liberté d'entreprendre

Suite à un arrêt de la cour d'appel de Toulouse, la cour de Cassation reconnaît une discrimination dans le licenciement d'une employée en raison de son foulard islamique.

– La cour d'appel de Toulouse avait eu l'occasion de se prononcer sur une affaire impliquant une employée qui de retour de son congé maternité s'est vue licenciée en raison de son port du voile islamique. L'employeur avance lui avoir demandé de le retirer, demande à laquelle l'employée ne s'est pas soumise, ce qui a provoqué son licenciement. La requérante a donc saisi le conseil des prud'hommes, demandant la nullité du licenciement et la réparation du préjudice subi. La cour d'appel a eu l'occasion de donner raison à la requérante, ce qui motiva la partie défenderesse à se pourvoir en cassation, avançant défendre sa liberté d'entreprise.

Bien qu'en désaccord avec plusieurs parties de l'analyse du juge en appel, la Cour de cassation rejoint néanmoins la conclusion finale. Plus particulièrement, elle précise qu'il est possible de refuser le port de signes religieux distinctifs en raison de la liberté d'entreprise de l'employeur, mais qu'un tel refus doit d'une part faire l'objet d'une clause de neutralité dans le contrat de travail, et d'autre part être justifié par « une exigence professionnelle essentielle et déterminant ». En l'espèce, aucune clause

de neutralité ne figurait dans le contrat. Par ailleurs, l'argument de l'employeur avançant que le foulard islamique ne correspond pas à l'image d'une vendeuse de la marque concernée, et partant déplaisait aux clients, ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La cour rappelle que cette notion mentionnée dans la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 relative à l'égalité de traitement dans le cadre de l'emploi et du travail, a déjà été définie par la Cour de justice dans son arrêt du 14 mars 2017 *Micropole Univers* (C-188/15). Aussi l'exigence professionnelle doit se rapporter à la nature ou aux conditions d'exercices de la profession en cause, reposant sur une exigence objective. Tel n'est pas le cas de la simple volonté ou attente du client en matière d'habillement de vendeuses de prêt à porter (Cass. soc., 14 avril 2021, 19-24.079).

En réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction allemande, la Cour de justice apporte des précisions sur les conditions d'application de la directive 2000/78/CE relative à l'égalité de traitement dans le cadre de l'emploi et du travail. – En l'espèce, deux affaires conjointes posaient un problème similaire où deux employées s'étaient vues pénalisées en raison de leur port du foulard islamique en entreprise. Le juge allemand demande à la Cour de justice si une clause de neutralité interdisant le port de signes distinctifs religieux, politiques ou indiquant quelconque opinion pouvait être contraire à la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 relative à l'égalité de traitement dans le cadre

de l'emploi et du travail.

La Cour de justice rappelle d'une part qu'une exigence de neutralité ne présente pas de caractère discriminatoire dès lors que cette dernière est appliquée de façon indifférente de toute conviction de manière identique et indifférenciée à tous les travailleurs de l'entreprise. Elle analyse par la suite la compatibilité d'une telle disposition dans le cas où elle serait susceptible d'instaurer une différence de traitement indirecte fondée sur la religion ou les convictions. La volonté de l'employeur de poursuivre une politique de neutralité à l'égard de ses clients ou usagers peut justifier une telle différence de traitement, mais à certaines conditions.

Tout d'abord, la seule volonté de l'employeur ne suffit pas et, comme avancé dans l'arrêt précédent par les juridictions françaises, doit répondre à un besoin réel de l'employeur. Dans le cas en l'espèce, sur l'affaire en question il s'agissait d'encadrer des enfants. Les attentes des usagers peuvent constituer un critère pertinent du besoin, ici pour les parents de voir leurs enfants encadrer par un personnel ne « *manifestant pas leur religion ou leurs convictions lorsqu'elles sont contact avec les enfants* ». Pour apprécier l'existence de ce besoin, la Cour suit une forme de logique à rebours, cherchant à établir les conséquences d'une telle exigence de neutralité. Il serait donc nécessaire pour l'employeur de prouver qu'il subit bien un préjudice, des « *conséquences défavorables* » selon la Cour, en l'absence d'une politique de neutralité.

Bien sûr, l'employeur doit par ailleurs respecter le principe de proportionnalité vis-à-vis de

l'objectif poursuivi. Cette proportionnalité est selon la Cour conditionnée en partie par une application systématique et cohérente de la politique de l'employeur, limitée au strict nécessaire « *au regard de l'ampleur et de la gravité réelles des conséquences défavorables que l'employeur cherche à éviter* ».

Se référant à la seconde affaire, la Cour énonce qu'une interdiction de signes ostentatoires et « *de grande taille* » serait plus susceptible d'être discriminatoire et disproportionnée, en ce qu'une telle politique viserait plus particulièrement des courants de pensées/religions prévoyant le port d'un tel signe. En effet, une telle politique pourrait être constitutive d'une discrimination directe, et partant ne peut être justifiée. Pour finir, la Cour admet la possibilité pour un État membre de légiférer dans un sens plus favorable à la protection de la liberté de religion par rapport à la directive 2000/78. Elle voit dans l'intention du législateur celle de laisser une forme de marge d'appréciation tenant compte de la situation particulière de chaque État membre. Cette intention est révélée, selon la Cour, par le fait que le législateur n'ait pas lui-même procédé à la conciliation entre protection des libertés de convictions et religieuses et la liberté d'entreprise de l'employeur dans la directive visée (CJUE, gde ch., 15 juillet 2021, IX c/ *WABE eV et Müller Handels GmbH c/MJ*, C-804/18 et C-341/19).

V. Liberté d'entreprise dans l'Union européenne

La Cour de justice déclare compatible un arrêté ministériel portant modification d'un régime d'aide en faveur du développement des énergies renouvelables. – Les requérants avançaient que la modification de ce régime d'aide d'État était constitutive d'une rupture du principe de confiance légitime, et présentait donc une entrave à leur liberté d'entreprise. Ces derniers soutenaient en effet que le changement du régime d'aide ne pouvait être raisonnablement prévu par les opérateurs du secteur, qui s'attendaient à une application continue du régime d'aide antérieur. La Cour a été amenée à rappeler les principes encadrant le versement d'un régime d'aide aux opérateurs du secteur des énergies renouvelables et de déterminer les limites d'application du principe de confiance légitime et de liberté d'entreprise face à la marge de manœuvres des entités assurant l'application du régime d'aide. Elle rappelle le recours au standard de l'opérateur économique prudent et avisé afin d'apprécier la qualification du régime d'aide comme bien patrimonial des opérateurs, ce qui leur permettrait d'invoquer la rupture du principe de confiance légitime, mais également en vue d'apprécier les principes de sécurité juridique, de liberté contractuelle et d'entreprise s'appliquant en l'espèce. Toutefois, la Cour prend soin de systématiquement renvoyer à la juridiction de renvoi, chargée d'apprécier la situation à l'espèce.

Dans un premier temps, la Cour rappelle que les États membres sont libres d'établir un régime d'aide d'État visant à la promotion de la production d'énergies renouvelables, et libres de le structurer à leur discrétion, à partir du moment où ils respectent leurs engagements de production d'énergie renouvelable dans leur mix énergétique, comme prévu aux termes de l'article 3, paragraphes 1 et 2 de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE et fixés à l'annexe I, partie A, de ladite directive. Cette organisation discrétionnaire par les États de leurs régimes d'aides reste néanmoins soumise aux impératifs de sécurité juridique et de confiance légitime prévus par le droit de l'Union.

Dans un second temps, la Cour va déterminer si les aides prévues par l'ancien arrêté pouvaient être assimilées à des biens patrimoniaux, ce qui permettrait aux opérateurs de se prévaloir d'une rupture du principe de confiance légitime. Reprenant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour rappelle qu'une aide doit avoir été perçue, fait l'objet d'une créance certaine ou permettre à l'opérateur de s'attendre à sa perception légitime, pour la qualifier comme bien patrimonial et entraîner l'application du principe de confiance légitime. En l'espèce, en raison de l'inexistence d'une garantie temporelle de perception et de l'existence de limites à la perception du régime d'aide remplacé, les opérateurs ne peuvent raisonnablement pas considérer le régime d'aide comme assimilable

à un bien patrimonial, permettant d'écarter le moyen de la rupture du principe de confiance légitime. Cet écartement du principe de confiance légitime reste néanmoins soumis à l'appréciation de la juridiction de renvoi.

Par la suite, la Cour va s'attacher à apprécier les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, mis en balance par le standard invoqué de l'opérateur économique prudent et avisé. Cette utilisation du standard de l'opérateur économique prudent et avisé va permettre à la Cour de souligner le souci de prévision des opérateurs économiques. La Cour rappelle en effet qu'un opérateur économique prudent et avisé doit être en mesure de prévoir l'adoption de mesures affectant ses intérêts, ce qui, combiné avec la non assimilation des aides comme biens patrimoniaux, exclus l'invocation du principe de confiance légitime et de sa rupture lors de la restructuration d'un régime d'aide. Cette impératif de prévision par les opérateurs économiques permet également d'exclure la rupture du principe de sécurité juridique, les opérateurs ne pouvant raisonnablement pas s'attendre à ce que le régime d'aide persiste dans sa forme *ad vitam aeternam*. En l'espèce, l'arrêté antérieur ne comportait aucune précision concernant la durée de perception des aides, mais prévoyait des limites pour la perception des aides, de puissance et de durée, ainsi qu'un versement décroissant des aides aux opérateurs.

De plus, la Cour va rappeler que les contrats types, signés entre les opérateurs et l'entité chargée du versement des aides, en l'espèce GSE SpA, prévoyaient que les dispositions contractuelles pouvaient être modifiées

unilatéralement par l'entité responsable du versement, ce qui devait laisser les opérateurs s'attendre à de possibles modifications du régime d'aide d'État et des modalités de son versement. Enfin, en admettant que le régime d'aide ne puisse pas être assimilé à des biens patrimoniaux, et qu'un opérateur prudent et avisé devait s'attendre raisonnablement à ce que des modifications puissent être apportées au régime d'aide, la Cour écarte également le moyen soulevé de l'atteinte à la propriété privée des requérantes.

Concernant les contrats types, la Cour va également évacuer le moyen de la rupture de la liberté contractuelle, les opérateurs ayant eu le choix de signer un tel contrat avec l'entité administrative, en l'espèce GSE, bien qu'elles ne possédassent pas de pouvoir de négociation sur les dispositions du contrat.

Enfin, la Cour relève que le nouvel arrêté et que les contrats passés entre les opérateurs et GSE n'apportent aucune restriction quant à la jouissance de leurs infrastructures par les opérateurs, ne permettant pas non plus d'invoquer l'atteinte à la liberté d'entreprendre ou la rupture de la confiance légitime.

En établissant ces limites et en définissant la logique du contrôle entamé lors de la procédure à l'espèce, la Cour a effectué un test de proportionnalité vis-à-vis du remplacement de l'arrêté antérieur par un nouveau régime d'aide d'état. On peut néanmoins noter le souci de la Cour de ménager la marge de manœuvre de l'État dans la structuration de ses régimes d'aides, notamment en invoquant le standard de l'opérateur prudent et avisé. Ce souci de concilier autonomie règlementaire des états

et les différentes libertés économiques de l'union repose sur la prévisibilité et la clarté des régimes d'aides d'état mis en place (CJUE, 15 avril 2021, *Anie c/ Ministero dello Sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA*, C-798/18 et C-799/18).

La Cour de justice s'est prononcée sur la qualification comme « circonstance extraordinaire » d'un mouvement de grève, au sens de l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 261/2004 qui permettrait à l'entreprise de se défendre de l'indemnisation des vols annulés durant la période d'agitation sociale. – En l'espèce, l'opérateur avance qu'il ne pouvait pas contrôler le déroulement de la grève, déclenchée suite à son refus d'accorder aux syndicats des augmentations de salaires qui selon lui seraient exorbitante, et qu'elle n'est pas inhérente à l'exercice de ses activités de transport aéronautique. La Cour de justice est saisie par le tribunal de première instance d'Attunda (Suède), qui sursoit à statuer et demande si un mouvement de grève, comme celui en l'espèce, peut être qualifié d'évènement extraordinaire, comme l'avance l'entreprise.

La Cour va définir dans un premier temps que les mouvements de grèves, protégés par le droit de l'Union et les droits nationaux des États membres, doivent être considérés comme des formes d'expression de la négociation et des activités syndicales. La Cour souligne que ces grèves peuvent découler de difficultés lors de la négociation de conventions collectives, comme à l'espèce, ou lors de négociations avec les organes dirigeants de l'entreprise. Ce faisant, la

Cour confirme que les mouvements de grèves, issus des négociations et revendications internes à l'entreprise et ses activités, sont inhérents à l'exercice de ses activités par l'entreprise.

Dans un second temps, la Cour va également revenir sur la prévisibilité du mouvement de grève. En effet, les mouvements de grèves sont généralement soumis à un préavis de grève, informant les autorités et l'entreprise de l'organisation de ce dit mouvement de grève. C'est le cas en l'espèce. De plus, l'entreprise pouvait prévoir l'organisation potentielle, en cas d'échec des négociations syndicales par exemple, d'un mouvement de grève en suivant un faisceau d'indices, en l'espèce la résiliation de la convention collective avant son terme. Au vu de ses prédispositions et des informations dont bénéficient l'entreprise face aux mouvement de grève, tant pas le dépôt de préavis ou par la prise en compte de faisceaux d'indices laissant augurer la potentielle tenue d'un mouvement de grève, la Cour estime qu'il ne peut pas être admis qu'un mouvement de grève, dont les revendications portent sur des considérations internes à l'entreprise et l'exercice de ses activités, soit considéré comme évènement extraordinaire au sens de l'article 5, paragraphe 3 du règlement n°261/2004 du 11 février 2004 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91. À titre subsidiaire, la Cour va également lister

de manière exhaustive au point 40 tous les événements considérés comme extraordinaires, en soulignant leur externalité vis-à-vis de l'entreprise, et son incapacité inhérente à agir ou prévenir leur occurrence ; par exemple, les actes de terrorisme ou de sabotage, la collision avec un volatile ou encore la présence d'essence sur la piste d'un aéroport ayant entraîné la fermeture de celle-ci par exemple. Enfin, la Cour va rappeler que l'opérateur n'est pas privé de sa capacité de négociation et a donc une influence sur le déclenchement des mouvements de grève, ces derniers étant légalement encadrés et légalement notifiés aux autorités et à l'entreprise, et la prévision du versement d'une indemnité, comme prévu à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 261/2004 aux passagers ayant subi une annulation de vol, n'étant pas constitutif d'une atteinte à son droit de négociation.

La Cour va également s'attacher à rappeler que la liberté d'entreprendre et le droit de propriété privé ne constituent pas de prérogatives absolues au regard du droit de l'Union, étant tempérés par l'impératif de garantir un haut degré de protection au consommateur. Ainsi, la Cour rappelle que la liberté d'entreprendre et la propriété privée ne peuvent être détachés de l'impératif de protection du consommateur, qui permet un encadrement et une limitation de ces libertés et droits. Ce faisant, la Cour estime en l'espèce que la tenue d'un mouvement de grève ne constitue pas une atteinte aux droits fondamentaux de l'entreprise, comme cette dernière l'avait, considérant que le

mouvement de grève était une circonstance extraordinaire sur laquelle l'entreprise n'avait aucune influence.

Par son arrêt, la Cour rappelle que la liberté d'entreprise ne saurait se défaire des principes de protection des consommateurs, et que ce dernier prime sur l'exercice de ces activités, comme la Cour rappelle au point 50 de son arrêt « *l'importance que revêt l'objectif de protection des consommateurs, en ce compris les passagers aériens, est susceptible de justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs économiques* » (CJUE, 3 mars 2021 *Scandinavian Airlines System*, C-28/20)

◆ Droit des services publics

Par Margot ALQUIER et Olivier MARTINS DE MELLO

Élèves de Sciences Po Strasbourg

Étudiants du master 2 Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2021, par son actualité riche de l'ensemble des bouleversements qu'elle a entraîné, a marqué le droit des services publics à plus d'un titre. Le service public, critère essentiel du droit administratif français, est, en effet, intrinsèquement lié à l'intérêt général dont la notion évolue au gré des enjeux sociétaux, et ainsi contraint de s'adapter à son tour. Ainsi, à court terme, la pandémie de la Covid-19 et les confinements successifs ont mis en exergue l'importance du maintien de la continuité du service public (*Rapport annuel de la Cour des comptes, La contribution au service public du numérique éducatif à la continuité scolaire pendant la crise, 18 mars 2021*) et de son adaptabilité, notamment par l'accélération de la dématérialisation des services publics (*Défenseur des droits, Rapport, Dématérialisation des services publics : trois après, où en est-on ?, février 2022*). Par ailleurs, la résilience du service public s'incarne également dans la prise en compte accrue des enjeux de lutte contre le dérèglement climatique (*Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets dite loi « Climat et Résilience »*). Cela suppose une responsabilisation de l'État et, par extension, des gestionnaires du service public à l'égard des préjudices écologiques qu'ils peuvent causer en raison de leurs manquements (*CE, 1er juillet 2021, Commune de Grande-Synthe n° 427301; JurisData n° 2020-018732; TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967, 1904968*). En outre, l'actualité juridique a mis en exergue l'importance du vivre ensemble par une réaffirmation du respect des principes fondamentaux du service public : l'égalité, la neutralité et surtout le renforcement du principe de laïcité (*Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, dite loi « Séparatisme »*). Enfin, les questions de gestion et d'exécution du service public ont été précisées par une jurisprudence plus stricte notamment en matière de droit des aides d'État et de financements des délégations de service public relatifs au transport maritime (*CAA Marseille, 22 févr. 2021, Collectivité de Corse c/ Sté Corsica Ferries France, n° 17MA01582 et 17MA01583*) mais aussi concernant les possibilités de renonciation au droit d'accession des communes dans le cadre des biens de retour s'agissant du domaine public (*CE, 13 septembre 2021, Commune de Dourdan et Société Dourdan Vacances, n° 439653*). En somme, l'actualité du droit des services publics n'est que le reflet d'évolutions sociales et sociétales, conséquence de crises simultanées et successives qui ont marqué l'année 2021 et qui ont démontré que ce qui constitue l'essence même du service public demeure et en ressort renforcé à l'issue de ces épreuves.

I. La notion de service public

A. La reconnaissance d'une mission de service public

Service public, intérêt général et prérogatives de puissance publique. - Dès lors que l'exécution d'une mission d'intérêt général par un organisme se couple à un contrôle de l'administration permis par le fait qu'elle soit dotée, à cette fin, de prérogatives de puissance publique, la notion de service de public peut être caractérisée. Cette solution a été rappelée par le Conseil d'État qui a jugé que le fonds de garantie des dépôts et de résolution, dont l'exercice de sa mission remplit l'ensemble des conditions évoquées, exerçait une mission de service public (CE, 28 septembre 2021, *Fonds de garantie des dépôts et de résolution*, n° 447625).

Service public et contrôle et de la personne publique. - Par ailleurs, si l'activité cinématographique constitue une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la commune, elle ne constitue pas un service public. La cour d'appel de Marseille a, en effet, rejeté une telle qualification en considérant que ni le bail emphytéotique ayant pour objet la réalisation et la gestion d'un complexe cinématographique, ni la délibération qui l'approuve n'assure le contrôle de cette activité par la commune (CAA Marseille, 14 juin 2021, n° 20MA02803, *Sté nouvelle d'entreprises de spectacles* : JurisData n°2021-013508).

Service public et volonté de la personne publique. - Pour que soit qualifié un service public, en plus de la nécessité que soit exercé un contrôle par une personne publique (ou géré directement par une personne publique), le critère de la volonté de l'administration d'ériger une activité en service public est également primordial. Sur ce fondement, la cour administrative d'appel de Marseille a pu juger qu'une convention de collecte et de valorisation des encombrants était qualifiée de contrat d'occupation du domaine privé et non de délégation de service public dans la mesure où elle ne stipulait aucun objectif ni contrôle de la commune qui aurait manifesté sa volonté d'ériger cette activité en service public (CAA Marseille, 28 juin 2021, n° 20MA04351, *Assoc. La Source...rie* : JurisData n° 2021-013510).

B- Les évolutions du service public

Bilan contrasté de la dématérialisation des services publics. - À l'ère du numérique, l'évolution des services publics passe inévitablement par la dématérialisation des services publics, véritablement amorcée il y a trois ans et largement accéléré avec la crise sanitaire. Toutefois, dans un nouveau rapport « *Dématérialisation des services publics : trois ans après où en est-on ?* », le Défenseur des droits constate la persistance des dysfonctionnements liés à la dématérialisation des services. Si, ce rapport souligne quelques améliorations, telles que le renforcement de la couverture du territoire en accès à internet haut débit, ces dernières restent imparfaites. Des larges imperfections

demeurent, à l'image de la non-accessibilité des sites aux personnes handicapées ou encore l'impossibilité juridique des détenus d'accéder à l'administration numérique qui constitue une privation de leurs droits fondamentaux. En ce sens, le rapport insiste pour que soit conservé un accès multiforme aux services publics et en outre, qu'une disposition consacrant le droit à ce que l'ensemble des démarches ne soient pas accessibles uniquement en ligne soit introduite dans le code des relations entre le public et l'administration (**Défenseur des droits, Rapport, Dématérialisation des services publics : trois après, où en est-on ?, février 2022**).

Exception au principe de dématérialisation des services publics pour les demandes de titres de séjour. - Par ailleurs, si l'évolution des services publics vers le tout numérique tend largement à s'imposer, donnant naissance à une "e-administration", les demandes de titres de séjour font exception à ce processus de dématérialisation. Alors que fin 2019, le Conseil d'État avait rendu un arrêt dans lequel il avait établi que la saisine de l'administration n'était pas obligatoire pour les usagers du service public, et plus spécifiquement pour les personnes de nationalité étrangère (CE 27 nov. 2019, n°422516, Lebon ; AJDA 2019, 2461), le tribunal administratif de Rouen est allé plus loin en annulant pour illégalité un arrêté préfectoral qui impose à des personnes étrangères de déposer en ligne leur demande de titre de séjour. Ainsi, plus que de considérer que la dématérialisation n'est pas obligatoire, il juge qu'elle ne peut être imposée en matière

de demande d'asile. Comme le souligne le professeur Xavier Delpech (Delpech X, *Étrangers - Pas de dématérialisation pour les demandes de titre de séjour*, TA Rouen, 18 févr. 2021, n° 2001687, *Juris associations* 2021, n°636, p.12), ce jugement rappelle que « **l'e-administration ne doit être qu'un moyen pour faciliter les démarches des usagers et non pas un procédé destiné à créer une distance entre eux et l'administration, susceptible de les empêcher de faire valoir leurs droits** » (TA Rouen, 18 févr. 2021, n° 2001687).

Vers une amélioration participative des services publics. - En janvier 2021, le gouvernement a lancé son programme « Services Publics + », « pour des services publics plus proches, plus simples, plus efficaces » avec pour objectif premier d'améliorer l'efficacité des services publics en continu en favorisant les retours d'expériences et des avis des Français. Ce programme s'articule autour de quatre piliers que sont la mobilisation de tous les services publics autour de neuf engagements ; la publication des résultats au niveau local ; l'écoute des usagers sur le terrain avec la possibilité de donner leur avis par le biais d'une plateforme ; et enfin l'amélioration continue de la qualité de service par la prise en compte de ces retours. Cette initiative s'inscrit dans une volonté des pouvoirs publics de faire évoluer le service public de façon participative (**Ministère de la transformation et de la fonction publique, « Services Publics +, Une démarche d'amélioration continue des services publics », Dossier de presse, janvier 2021**).

II. Les principes du service public

A. Neutralité

Le principe de neutralité ne s'oppose pas à l'organisation d'un rite religieux consistant à bénir les eaux thermales dans un établissement public thermal. - Le tribunal administratif de Toulouse a rejeté la requête de deux citoyens qui dénonçaient l'atteinte grave et illégale aux principes de laïcité et de neutralité du service public de la commune de Bagnères-de-Luchon. Par la saisine du juge référé liberté, les plaignants ont dénoncé l'organisation d'une manifestation religieuse consistant à bénir les eaux thermales de la régie des thermes de Luchon. Sans contester la dimension culturelle de cette manifestation, le juge des référés estime que le caractère temporaire des actes en cause, se déroulant sur une seule et même journée, en l'espèce le 19 septembre 2021, n'est pas de nature à méconnaître les principes caractéristiques du service public (TA de Toulouse, 15 septembre 2021, n° 2105315 : JurisData n° 2021-014178).

Le renforcement du principe de neutralité par une nouvelle généralisation du principe de laïcité. – À ce qui peut apparaître comme une énième consécration d'un « quatrième principe du service public autonome » (C. Deffigier, H. Pauliat, « L'ouverture à des certitudes par la loi sur la République », 27 octobre 2021, *Dalloz Revues*), les fondements du principe de laïcité sont réaffirmés par l'exécutif

à l'issue de l'entrée en vigueur de la loi dite « Séparatisme » le 24 août 2021. Deux hypothèses sont consacrées par cette loi, s'agissant de l'application des principes de laïcité aux organismes de droit public ou privé en charge de la gestion du service public. En effet, elle trouve à s'appliquer aux organismes gérant directement les services publics en question et aux personnes qui participent à l'exécution des missions du service public. Promulguée à l'issue du choix d'une procédure accélérée permis par l'article 45 de la Constitution, la loi réintroduit un critère désuet : la participation au service public. Ce dernier identifie les personnes auxquelles s'appliquent les principes de laïcité et de neutralité en imposant notamment aux organismes de veiller à ce que leurs salariés, agents ou sous-traitants s'abstiennent de manifester quelque opinion politique ou religieuse. Partant, même si la délimitation du périmètre de la loi se veut vaste et vise à ériger au rang législatif des règles issues de la jurisprudence, il n'en demeure pas moins qu'elle se fonde sur des dispositions peu aisées à manier, voire sur des champs mal définis (C. Deffigier, H. Pauliat, « L'ouverture à des certitudes par la loi sur la République », 27 octobre 2021 *Dalloz Revues*).

Un autre versant de cette loi s'applique aux associations dont leur contrôle a été renforcé par plusieurs dispositions. Découlant directement de l'objectif de lutte contre le séparatisme islamiste portant atteinte aux valeurs de la République, la loi consacre trois volets relatifs aux subventionnements des associations, la surveillance des dons

faits aux organismes à but non lucratif et le développement du régime de dissolution des associations (C. Blanchon, « Le service public et les associations au secours de la République », AJDA, 2021, p. 2072). Enfin, elle prévoit la création d'un déferé suspension contre les collectivités territoriales qui ne respecteraient pas les principes de laïcité, permettant au préfet de saisir le juge administratif afin de demander la suspension de l'exécution de l'acte en cause (Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, dite loi « Séparatisme »).

B. Continuité

Non-respect des obligations d'un contrat de délégation de service public. - Dans le cadre d'une délégation, au nom du principe de continuité du service public, le délégataire a l'obligation de continuer à garantir l'exécution de ses missions même lorsque la collectivité délégante ne respecte plus les obligations mentionnées dans le contrat (CAA Versailles, 27 mai 2021, *Office départemental des centres de vacances et de loisirs Comptoir de projets éducatifs* : JurisData n° 2021-010741).

Non renouvellement d'un contrat de service public à échéance. - La même logique s'applique dans le cadre d'un contrat de concession conclu entre une autorité concédante arrivant à l'échéance. À ce titre, lorsque qu'un contrat de concession conclu entre une autorité concédante de la distribution publique d'électricité et un gestionnaire d'un réseau public de distribution d'électricité

arrive à son terme sans que les parties ne se soient entendues sur sa prorogation, son renouvellement ou la conclusion d'un nouveau contrat, le gestionnaire de réseau est tenu de maintenir ses obligations antérieures afin d'assurer la continuité des missions de service public dans le périmètre de sa concession (CE, avis 27 octobre 2021, *Société ENEDIS*, n°452903 : Rec. Lebon T.).

Continuité du service public de l'éducation pendant la crise sanitaire. - Par ailleurs, pendant la crise de la Covid-19 et les confinements successifs, la continuité du service public de l'éducation a constitué une nécessité majeure. À ce titre, la Cour des comptes a consacré un rapport annuel en date du 18 mars 2021 à la mobilisation des moyens numériques engagés pour répondre à la crise sanitaire et plus spécifiquement à la façon dont la continuité scolaire a pu être maintenue pour l'ensemble des élèves (**Rapport annuel de la Cour des comptes, *La contribution au service public du numérique éducatif à la continuité scolaire pendant la crise*, 18 mars 2021**). Comme le souligne Anne Redondo « *la continuité pédagogique a permis la poursuite de l'école hors les murs pendant une période de confinement strict et est apparue comme l'un des éléments déterminants de la continuité de l'Etat. Elle ne s'est pas faite sans difficultés, sans erreurs et même sans échecs ; en particulier pour les 5 % d'élèves en rupture numérique et pour les élèves à besoins éducatifs particuliers* » (A. Redondo, « **La continuité du service public de l'éducation à l'épreuve de la covid-19** », AJDA 2021. 2197).

C. Égalité

L'acceptabilité du refus d'accès d'un élève à la cantine des écoles primaires. – Le principe d'égal accès au service public est au fondement même de l'école de Jules Ferry. Toutefois, la question de l'égal accès à des services publics annexes à l'enseignement, telle que la cantine scolaire, a posé question. Ainsi, l'article L. 131-13 du code de l'éducation prévoit que l'inscription à la cantine des écoles primaires est un droit pour tous les enfants scolarisés, qui conformément au principe d'égal accès au service public ne peut faire l'objet d'aucune discrimination. En ce sens, les collectivités territoriales ayant fait le choix d'instituer un service public de restauration scolaire ne peuvent légalement refuser l'admission d'un élève sur le fondement de considérations contraires au principe d'égalité. Toutefois, ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'elles puissent légalement refuser d'y admettre un élève lorsque, à la date de leur décision, la capacité maximale d'accueil de ce service public est atteinte (CE, 22 mars 2021, *Cne Besançon*, n° 429361 : Rec. Lebon ; JCP A 2021, act. 204).

Tarifification différenciée du service public d'assainissement des eaux. - Également, le principe d'égalité des usagers devant le service public ne fait pas obstacle à ce que soit fixé des tarifs différenciés en matière d'assainissement d'eau. Ainsi, un syndicat mixte ne méconnaît pas ce principe en prévoyant une redevance d'assainissement collectif pour un groupe d'habitations inférieur au tarif retenu pour

les autres immeubles raccordés depuis la création d'un nouveau réseau d'assainissement collectif alors que la station d'épuration était déjà accessible au groupe précédent. Toutefois, il doit être précisé que si la différence de tarification n'est pas d'origine législative, elle doit se fonder sur des différences réelles de situations entre les usagers ou sur une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service (CE, 22 octobre 2021, n° 436256 : Rec. Lebon T.).

Droit de raccordement au réseau public de distribution d'eau potable. - Enfin, toujours sur le terrain des services publics d'eau, le Conseil d'Etat est venu préciser les conditions dans lesquelles s'exerce l'obligation d'une commune de faire droit à une demande de réalisation de raccordement au réseau public de distribution d'eau potable, au nom du principe d'égal accès des usagers au service public. Ainsi, conformément aux dispositions du code de l'environnement (article L. 210-1 du code de l'environnement) et du code général des collectivités territoriales (article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales), les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) compétents, sont tenus de délimiter dans le respect du principe d'égalité devant le service public, les zones desservies par le réseau de distribution. Dans les périmètres de ces zones, les communes ou EPCI ont l'obligation de donner suite aux demandes de réalisation de raccordement dans un délai raisonnable. Toutefois, hors de ces zones ou en l'absence de délimitation, il revient à la collectivité

d'apprécier la suite à donner aux demandes d'exécution de travaux de raccordement, dans le respect du principe d'égalité devant le service public, en fonction, notamment, de leur coût, de l'intérêt public et des conditions d'accès à d'autres sources d'alimentation en eau potable (CE, 26 janv. 2021, M. A. c/ Cne Portes-en-Valdaine, n° 431494 : JurisData n° 2021-000881 ; JCP A 2021, act. 99).

D. Mutabilité

Mutabilité des services postaux. - Le principe de mutabilité du service public permet de modifier le régime de tout service public en fonction de l'intérêt général. C'est dans cette logique que s'inscrit le rapport d'information du Sénat, en date du 31 mars 2021, au sujet de l'avenir des missions de service public de La Poste. Il met en avant, pour l'avenir des services publics de La Poste, la nécessité de garantir un financement pérenne, d'améliorer la qualité des services rendus aux usagers et de transformer les services publics afin de mieux répondre aux besoins de la société. À ce titre, le sénateur Rémi Cardon a pu préciser que « *la capacité de déploiement de La Poste sur l'ensemble du territoire demeure un levier d'action permettant à l'État d'accélérer la mise en œuvre des politiques publiques. Dans cette perspective, nous proposons la création d'une cinquième mission de service public visant à faire des facteurs les détecteurs de la précarité numérique à domicile* » (Sénat, Commission des affaires économiques, Rapport d'information. « L'avenir des missions de service public La Poste », 31 mars 2021).

III. La gestion des services publics

A. La personne publique assurant directement la gestion d'un service public

L'activité supposant l'exercice de la force publique ne peut être qualifiée de délégation de service public. – Le Conseil constitutionnel a consacré un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » qui s'oppose à l'application du droit de l'Union européenne en droit interne. Ce faisant, il a largement insisté sur l'impossibilité, pour les autorités publiques, de déléguer quelque compétence de police générale inhérente à l'exercice de la force publique. En l'espèce, le Conseil a dû se prononcer sur les dispositions issues de la loi du 7 mars 2016 modifiant les articles L. 213-4 et L. 625-7 CESEDA qui obligent les compagnies aériennes à réacheminer sans délai les personnes étrangères auxquelles l'accès au territoire national leur a été refusé. Or le Conseil constitutionnel estime que les obligations qui s'imposent aux entreprises de transport aérien ne supposent pas l'exercice de la force publique pour être mises en œuvre (Cons. const., déc. n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Sté Air France*).

La participation, même partielle, à l'exécution des missions de service public administratif, suffit pour accorder la reprise d'ancienneté d'un ex-agent contractuel. – Une ingénieure forestière de l'Office National

des Forêts (ONF) qui a exercé son activité sous un contrat de droit privé puis a été renouvelé par le biais d'un contrat de droit public devrait pouvoir bénéficier d'une reprise d'ancienneté à condition que son activité participe directement à l'exécution des missions de service public administratif (CE, 9 décembre 2021, Ministère de l'agriculture, n° 432686 : Recueil Lebon).

B. L'établissement public

Délégation de service public lancée par une régie personnalisée. - S'inscrivant dans une jurisprudence constante, une régie disposant d'une personnalité juridique propre et d'une autonomie financière peut conclure des contrats de la commande publique et procéder à des délégations de service public dans le cadre des compétences qui lui ont été attribuées par la commune de rattachement (CAA Lyon, 9 décembre 2021, *Préfet de Saône-et-Loire*, n° 19LY94109 : Jurisdata n° 2021-021352).

Droit du travail et statut spécial. - Les dispositions du code du travail relatif à l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé (article L. 2421-3) trouvent à s'appliquer au statut de la Banque de France et des missions de service public dont elle a la charge. Par extension et conformément à l'article L. 142-9 du code monétaire et financier, la cour d'appel rappelle que ces dispositions sont applicables à ses agents (CAA Paris, 19 octobre 2021, n° 20PA03832).

Vers une reconnaissance de fonctions d'intérêt général pour les entreprises privées.

- L'entreprise pourrait, à terme, être considérée comme œuvrant au nom de l'utilité publique, au même titre que l'État selon l'apport de M. Rocher dans la rédaction du rapport d'étape de la loi PACTE remis au ministère de l'Économie. Par l'émergence de la notion de raison d'être de l'entreprise, il s'agirait de faire de ce terme un outil incitant les entreprises à montrer au public ce qu'elles apportent à la communauté. Dès lors, *a fortiori*, cette référence à la raison d'être pourrait s'étendre aux EPIC, comme le mentionne François Blanc, voire l'élargir à l'ensemble des établissements publics et aux organismes chargé de l'exécution de missions de service public en tant qu'elle constituerait une forme d'indicateur renforçant l'attractivité du service public (F. Blanc, « L'État actionnaire, allié de la loi Pacte », in B. Rocher (dir.), *Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte*, Rapp. au ministre de l'Économie, 19 oct. 2021).

C. Le recours aux délégations de service public ou à la concession de service public

Le recours aux délégations de service public ou à la concession de service public implique nécessairement la conclusion de contrat, dont les modalités de passation, d'exécution, d'extinction ou encore de renouvellement évoluent au même rythme que les contraintes liées au service public.

Conditions d'extinction d'une concession de distribution d'électricité. - Un avis du Conseil d'État en date du 27 octobre 2021 évoqué précédemment dans le cadre de la continuité du service public (*voir II - B*), revêt également une portée toute particulière au regard du régime des contrats de concession de distribution d'électricité. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 24 de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité prévoyant que les entreprises en charge de la distribution d'électricité sont désignées pour « *une durée déterminée par les Etats membres en fonction de considérations d'efficacité économique* », le Conseil d'État a établi, dans un avis, qu'un contrat de concession ne peut être tacitement prorogé, renouvelé ou reconduit une fois arrivé à son terme. En d'autres termes, si l'autorité concédante n'a pas fait part de son intention de ne pas renouveler le contrat, il ne peut être admis qu'il sera tacitement reconduit. Cette solution conforte la règle établie selon laquelle les contrats administratifs ne peuvent contenir de clause de tacite reconduction (CE, avis, 27 octobre 2021, *Société Enedis*, n° 452903 : Lebon T.).

Refus de résiliation d'un contrat de concession. - Par ailleurs, un autre arrêt, rendu par le Conseil d'État le 12 avril 2021, se révèle particulièrement instructif au regard du régime des concessions de distribution d'électricité. En l'espèce, l'autorité publique refusait de mettre fin à l'exécution alors même qu'il arrivait à son terme. Toutefois, le Conseil d'État est venu préciser qu'il ne résulte, ni de

dispositions légales et réglementaires, ni de stipulations du modèle de cahier des charges qu'un tel contrat de concession soit prorogé ou renouvelé de plein droit dans le cas où il arrive à son terme sans que les parties ne se soient entendues sur sa prolongation, son renouvellement ou la conclusion d'un nouveau contrat. Néanmoins, comme nous l'avons précédemment, l'article L. 322-8 du code de l'énergie impose au distributeur d'électricité d'assurer la continuité des missions de service public qui lui incombent dans le périmètre de la concession (CE, 12 avril 2021, *Société Île de Sein Energies*, n° 436663 : JCP A 2021, act. 255).

Renouvellement de concession. - Enfin, toujours en matière de concession, il a été jugé que le renouvellement d'un contrat de concession sans procéder à un nouvel appel d'offres n'est pas incompatible avec le droit primaire de l'Union européenne relatif à la prestation de services et avec la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession, dès lors que ce renouvellement était prévu dans les clauses du contrat. Telle est la solution apportée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre d'une question préjudicielle posée par une juridiction italienne concernant le renouvellement d'une concession de jeux de hasard (CJUE, 2 septembre 2021, *Sisal SpA e.a c/ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli et Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-721/19 et 722/19).

IV. L'exécution des services publics

A. Les biens affectés au service public : bien de retour et propriété publique

La renonciation au droit d'accession de la commune n'est permise qu'à la condition de connaître spécifiquement la valeur du bien auquel elle renonce. - Dans le cadre d'un contrat de bail emphytéotique administratif conclu entre la commune de Dourdan et la société Dourdan Vacances pour une période de 60 ans à compter du 3 avril 1963, la commune, qui a mis à disposition un ensemble de terrains vierges à la société en vue de la construction d'un village de vacances, a renoncé à devenir propriétaire du bien immobilier au terme du contrat. En effet, avant le terme du contrat, le conseil municipal de la commune a approuvé la décision de vendre les biens immobiliers à la société Dourdan Vacances. Cette décision, contestée devant la haute juridiction administrative, a fait l'objet d'un premier contentieux à l'issue duquel la cour administrative d'appel a annulé la délibération du conseil municipal. Au cours de ce second contentieux porté devant le Conseil d'État, il est rappelé que la cession à une personne privée d'un bien immobilier, appartenant à une collectivité publique, à vil prix n'est possible que si elle est justifiée par des motifs d'intérêt général et qu'elle comporte des contreparties suffisantes. Toutefois, pour garantir la licéité d'une telle décision, la commune doit respecter une obligation de transparence de

l'information des conseillers municipaux. Ils doivent être en mesure d'apprécier la valeur de la renonciation au droit d'accession dans le cas où la commune prévoit de céder, avant le terme du contrat, la propriété des biens construits sur des terrains mis à disposition. En ce sens, la commune aurait dû informer les conseillers municipaux d'un montant correspondant au manque à gagner lié à la renonciation du droit d'accession (CE, 13 septembre 2021, *Commune de Dourdan et Société Dourdan Vacances*, n° 439653).

Un délégataire ne peut demander une indemnisation des biens de retour non amortis en cours d'exécution du contrat. - En rappelant l'ensemble des règles qui s'appliquent et caractérisent le régime des biens de retour et des biens de reprise des contrats relatifs au domaine public, la cour administrative de Marseille estime que la demande de la société requérante, la délégataire, n'est pas fondée à exiger le versement d'indemnités pour des biens de retour non amortis en cours d'exécution du contrat. Une telle clause prévue dans la convention en cause est illicite puisqu'elle méconnaît le principe découlant des règles de la domanialité publique. Il en résulte que les investissements non amortis sont nécessaires à l'accomplissement du service public délégué et représentent des investissements de renouvellement. Ces derniers ne sont pas susceptibles d'être considérés comme correspondant aux conditions de l'exemption prévue s'agissant de l'économie globale du contrat. Ainsi, la clause qui prévoit l'indemnisation d'investissements

par des pertes de renouvellement non amortis au cours de l'exécution du contrat est réputée non écrite (CAA Marseille, 17 mai 2021, *Société d'équipement et d'entretien des réseaux communaux*, n° 19MA03353, Jurisdata n° 2021-010740, inédit au Recueil Lebon).

B. Financements du service public

Incompatibilité des compensations financières versées au titre des contrats de délégation de service public de la desserte maritime de la Corse. - Poursuivant une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne et une pratique de la Commission européenne, le régime de transport maritime de passagers et de fret organisé sous un contrat de délégation de service public est, à nouveau, considéré comme une aide d'État illégale et incompatible avec le bon fonctionnement du marché intérieur (CAA Marseille, 22 févr. 2021, *Collectivité de Corse c/ Sté Corsica Ferries France*, n° 17MA01582 et 17MA01583).

Contrôle lacunaire des délégations de service public de casinos. - Dans son rapport annuel, la Cour des comptes soulève les difficultés relatives à la situation juridique des casinos et aux règles applicables aux délégations de service public de casino. Conséquences exacerbées par la crise sanitaire, les casinos sous DSP ont profité d'un défaut de contrôle par les collectivités. La passivité manifestée par les autorités concédantes dans leurs relations avec les casinotiers ainsi que lors des négociations des contrats démontre l'existence

d'une dépendance envers les retombées financières des activités considérées sans risque car essentiellement financées par les délégataires. Or, les risques s'accroissent en période de crise et se traduisent par des pertes de recettes massives pour les communes et pour les intérêts qu'elles défendent. La Cour des comptes recommande de corriger l'asymétrie des relations par un renforcement du contrôle de l'État et des collectivités territoriales sur ces délégations de service public (**Rapport annuel de la Cour des comptes de mars 2021, Tome II, « La présence d'un casino sur un territoire : une rente de situation fragilisée par la crise sanitaire »**).

Activités commerciales incluses dans le périmètre régulé aéroportuaire. - Le Conseil d'Etat a rappelé que le pouvoir réglementaire, notamment le ministre chargé de l'aviation civile, a la compétence pour déterminer dans quelles mesures les revenus des activités commerciales des aéroports peuvent être prises en compte dans la fixation des redevances aéroportuaires. En revanche, les juges ont estimé qu'il ne revenait plus au ministre chargé de l'aviation civile de définir les règles d'allocation des actifs, des produits et des charges du périmètre régulé au motif que l'exercice de ces compétences limitait la capacité de l'Autorité de régulation des transports (ART) d'apprécier la pertinence du niveau des redevances en cause. Partant, en annulant le 2° de l'article 5 du décret n° 2019-1016 du 3 octobre 2019 relatif aux redevances aéroportuaires et modifiant le code de l'aviation civile, le Conseil d'Etat poursuit les objectifs de

l'action législative en faveur d'un renforcement des pouvoirs de l'Autorité de régulation des transports dans le domaine de l'aviation (CE, 28 janvier 2021, n°436166).

L'autorité de régulation des transports est la seule compétente pour apprécier les évolutions des redevances aéroportuaires.

– Dans le cadre de ses compétences d'homologation des tarifs des redevances pour service rendu du secteur aéroportuaire, l'Autorité de régulation des transports doit s'assurer que l'évolution des tarifs proposés par les gestionnaires d'aéroport est « modérée », de manière à protéger les usagers d'une hausse excessive qui ne s'accompagnerait pas d'une hausse du niveau de service qui leur est proposé. Par cette décision, le Conseil d'État consacre un critère de modération qui s'ajoute aux critères légaux qui conditionnent l'augmentation des tarifs des redevances aéroportuaires prévus par l'article R. 224-3 du code de l'aviation civile tel que celui relatif à l'obligation légale imposant que le produit global des redevances n'excède pas le coût des services rendus (CE, 28 décembre 2021, n° 450025, inédit au Recueil Lebon).

V. Les relations entre le service public et ses usagers ou agents ou tiers

A. La détermination de l'ordre juridictionnel compétent pour juger un litige entre un service public et les usagers (ou tiers)

Le refus de communication de documents relève du juge judiciaire en cas d'absence de mission de service public. - La notion de service public est au cœur de la détermination de la juridiction compétente pour juger d'un litige. En ce sens, le refus de communication de documents relatifs à des missions d'intérêt général par une personne privée relève de la compétence du juge judiciaire et non de celle du juge administratif, dès lors que la personne privée n'exerce pas de mission de service public. En l'espèce, l'Association Territoires et Intégration Nouvelle-Aquitaine était certes investie d'une mission d'intérêt général relevant de la protection des majeurs, néanmoins le législateur (L. n° 75-535, 30 juin 1975 et L. n° 2002-2, 2 janv. 2002) avait exclu que ces missions puissent revêtir le caractère de mission de service public (CE, 24 décembre 2021, M. S., n° 444711 : Lebon T).

Compétence du juge judiciaire concernant le service public de la justice. - Toutefois, lorsqu'est en cause une action en responsabilité menée contre l'État du fait d'un dysfonctionnement du service public de la justice, il revient au

juge judiciaire d'en connaître. Cette solution a été admise par le Conseil d'État dans le cadre d'une demande de réparation à l'État, suite à la dégradation d'un véhicule à l'occasion de son placement en fourrière. À ce titre, il doit être soulevé que la solution est identique, en ce qui concerne, l'action fondée sur la responsabilité sans faute de l'État (du fait d'une rupture devant les charges publiques) en raison du préjudice résultant d'une opération de police judiciaire (L. BLOCH, « Service public de la justice - Compétence exclusive du juge judiciaire pour les actions en responsabilité contre l'État du fait d'un dysfonctionnement du service public de la justice » *Responsabilité civile et assurances* n° 1, Janvier 2022, comm. 22) (CE, 15 nov. 2021, n° 443978, Lebon T).

B. La responsabilité d'un gestionnaire de service public (envers agents, usagers ou tiers)

Reconnaissance de la responsabilité de l'État dans ses manquements dans la lutte contre le réchauffement climatique. – Dans le contexte de l'Affaire du siècle, le tribunal de Paris a condamné l'État à verser la somme symbolique d'un euro en réparation du préjudice moral des associations Oxfam, Notre Affaire à Tous, la Fondation pour la Nature et l'Homme et GreenPeace France. Par ailleurs, bien qu'il reconnait l'existence d'un préjudice écologique, la demande de réparation formulée par les associations requérantes a été rejetée (TA Paris, 3 février 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972). Par ces multiples jugements rendus en 2021, le juge vient responsabiliser les gestionnaires des

services publics en enjoignant l'État de prendre toutes les mesures utiles pour réparer le préjudice écologique né du surplus d'émissions de gaz à effet de serre et de ses manquements pour atteindre les objectifs de réduction d'émissions de GES de 40 % à l'horizon 2030. Par cette jurisprudence abondante, les juges confirment la possibilité de tenir responsables les gestionnaires de service public dans le cas où leurs activités viendraient méconnaître les objectifs fondamentaux de lutte contre le réchauffement climatique. Il ne fait aucun doute que les futurs contentieux portant sur l'existence d'un préjudice écologique se multiplieront devant les juridictions nationales, entraînant potentiellement un changement de paradigme dans la manière de gérer un service public (CE, 1er juillet 2021, *Commune de Grande-Synthe* n° 427301 : JurisData n° 2020-018732 ; TA Paris, 14 octobre 2021, n° 1904967, 1904968, préc.).

L'obligation de prise en compte des enjeux de développement durable dans les contrats de la commande publique. – Par son article 35, la loi « Climat et Résilience » modifie le code de la commande publique en obligeant les pouvoirs adjudicateurs à prendre en compte les enjeux de développement durable dans les différents stades de la procédure d'adjudication notamment par la mise en œuvre de critères environnementaux (pour les spécifications techniques, critères d'attribution, conditions d'exécution, etc.). L'addition d'un article L. 3-1 dans le code de la commande publique fait de la commande publique un outil pour atteindre les objectifs de développement

durable (Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, des Finances et de la Relance, Les mesures commande publique de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets dite loi « Climat et Résilience »).

La responsabilisation du service public de la protection de l'enfance. - L'exigence de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans le Préambule de la Constitution de 1946 suppose une amélioration de la réglementation du service public de l'enfance s'agissant notamment des conditions de prise en charge des enfants. Le Conseil d'État constate que l'encadrement des conditions d'hébergement des mineurs participe à la mise en œuvre de la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant (CE, Ass. 10 juin 2021, Avis sur un projet de loi relatif à la protection des enfants, n° 402.958).

A series of horizontal dashed lines for writing, spanning the width of the page.



Association des étudiants et diplômés du Master 2 Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe.

L'Association des étudiants et diplômés du master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe (ADERE) a été créée en 2008 à l'initiative commune des étudiants d'alors et de diplômés du master. Aujourd'hui, l'ADERE est au cœur de la vie du master : **elle œuvre pour assurer la visibilité de ses membres par l'animation d'un site internet, l'organisation de rencontres, la recherche perpétuelle de partenariats avec les opérateurs économiques, ou encore la publication mensuelle d'un bulletin en ligne d'actualité juridique dans les domaines de la régulation et de la concurrence.**

Par ailleurs, elle organise chaque année un voyage de promotion dans une capitale européenne. Outre les partenariats formels avec les opérateurs économiques, la force de l'ADERE réside en ce qu'elle cherche sans cesse à renforcer les liens entre les étudiants du master, à les valoriser et à **favoriser leur insertion professionnelle**. Dans ce but, elle entretient un réseau solide avec des anciens étudiants travaillant aujourd'hui, entre autres, dans des autorités de concurrence européennes, des autorités de régulation nationales, des directions juridiques au sein d'entreprises régulées ou encore des cabinets d'avocat.

Contact et réseaux sociaux :

Email : [adere.iep\[at\]gmail.com](mailto:adere.iep[at]gmail.com)

Facebook : ADERE - Association de M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

Site internet :





www.sciencespo-strasbourg.fr