Sciences Po Strasbourg

UN AN DE DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE ET DE LA RÉGULATION

Le bilan de l'année 2015

Par les étudiants du Master de Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe (Institut d'études politiques de l'Université de Strasbourg)

Sous la Direction de Gabriel ECKERT
Professeur de Droit public et Directeur de Sciences Po Strasbourg

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

SOMMAIRE

PREFACE p.4

CHRONIQUES

1 - Un an de droit des libertés économiques p.5
Par Pauline MOULONGUET

2 - Un an de droit des ententes anticoncurrentielles p.18
Par Julien WILDAU

3 - Un an de droit des abus de position dominante p.30
Par François TERRANOVA

4 - Un an de droit des pratiques restrictives de la concurrence p.43
Par Hélène CORDIER

5 - Un an de droit des concentrations p.56
Par Anne-Laure PHILOUZE

6 - Un an de droit des aides de l'état p.69
Par Margaux TRITON

7 - Un an de droit du marché intérieur p.82
Par Pauline SAOUL

8 - Un an de droit de la régulation bancaire p.95
Par Corentin COUVIDAT

9 - Un an de droit de la régulation des communications électroniques p.107
Par Marie GUILLAUMOT

10 - Un an de droit de la régulation audiovisuelle p.120
Par Marine VAYSSELIER

11 - Un an de droit de la régulation des données à caractère personnel p.133
Par Ephrem HADORN

12 - Un an de droit de la régulation de l'énergie p.146
Par Astrid PAPET

SOMMAIRE

13 - Un an de droit de la régulation ferroviaire et routière p.157
Par Jennifer CORRADI

14 - Un an de droit de la passation des marchés publics p.170
Par Jean ERKEL

15 - Un an de droit de l'exécution des marchés publics p.183
Par Romain PLACE

16 - Un an de droit de l'externalisation des activités publiques p.196
Par Antoine ARCHAMBAULT

17 - Un an de droit des propriétés publiques p.209
Par Emilie RADOU

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Le Master de Droit de l'économie et de la régulation, créé en 2006 au sein de l'Institut d'Etudes Politiques de 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 (de droit public, de droit privé et des droits européens) et économiques (économie de la concurrence, économie des réseaux et économie institutionnelle). Il a également pour ambition d'associer étroitement les praticiens et les enseignants-chercheurs spécialisés dans ces matières.

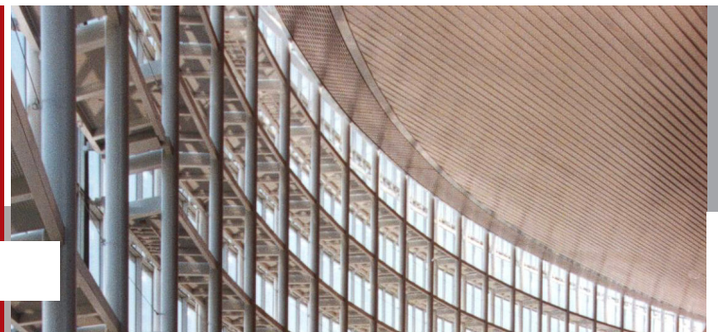
Dans ce cadre, les étudiants ont souhaité mener un projet collectif visant à présenter de manière synthétique l'actualité juridique du droit public de l'économie et de la régulation. Initié en 2013, ce projet a été amplifié en 2014 puis en 2015.

Le présent ouvrage électronique est le fruit de ce méthodique et rigoureux travail de recension et d'analyse de l'actualité juridique mené par les étudiants. Il rassemble dix-sept contributions thématiques. Chacune fait le point sur l'actualité normative et jurisprudentielle, interne et européenne, durant l'année 2015.

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 afin d'en restituer son sens et de souligner ses enjeux. Enfin, pour celles et ceux qui souhaitent aller plus loin, tous les commentaires sont accompagnés des références aux principales revues juridiques.

Les 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.

Gabriel ECKERT
Professeur de Droit public
Directeur de Sciences Po Strasbourg
Directeur de l'Institut de Recherche Carré de Malberg (EA 3399)



Droit des libertés économiques

Par Pauline MOULONGUET

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Les libertés économiques ont connu une actualité riche en 2015. Ces libertés, qui recouvrent la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que la libre concurrence, ont vu leur régime évoluer et leur portée réaffirmée par les juges administratif, judiciaire et constitutionnel. En effet, la liberté d'entreprendre semble être de plus en plus invoquée devant le Conseil d'État, tandis que celui-ci s'appuyait traditionnellement sur la liberté du commerce et de l'industrie dans ses arrêts. La liberté d'entreprendre est la seule liberté économique constitutionnellement reconnue, et le juge constitutionnel a censuré une partie de la Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « Loi Macron ») sur ce terrain. En outre, l'année 2015 a fortement médiatisé le principe de liberté d'entreprendre autour d'un débat houleux entre les taxis/ VTC et la société UBER, qui a fait l'objet de deux décisions du Conseil constitutionnel. Le principe de liberté d'entreprendre prend également sa source dans le droit européen avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les décisions de la CJUE. En outre, la liberté du commerce et de l'industrie, sur laquelle la liberté d'entreprendre se superpose, reste une liberté invoquée par les juges administratif et judiciaire. Enfin, la libre concurrence est un principe qui trouve sa place dans le contentieux de façon plus discrète, mais qui commence à constituer un cadre normatif découlant des deux premières libertés économiques.

I. La liberté d'entreprendre

A. La liberté d'entreprendre dans le contentieux administratif

Répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire dans le domaine des restrictions économiques. – Selon l'article 34 de la constitution, le législateur est compétent pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Il peut limiter les libertés économiques, fixer le principe d'une réglementation, instituer un régime d'autorisation préalable ou créer un monopole. Sur la répartition des compétences entre pouvoir réglementaire et législatif concernant les restrictions économiques, le Conseil d'État rappelle dans un arrêt que « *les dispositions réglementaires* [qui] *ne créent aucune obligation qui excèderait celles qu'autorise la loi, ne sauraient être*

regardées, […] *comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » **(CE, 17 juin 2015, n°375853 ; SJACT 2015, act. 579, veille F. TESSON; AJDA 2015 p.2495, obs. S. NICINSKI).** Par ailleurs, le Conseil d'État renforce son contrôle de l'activité normative de la Commission de Régulation de l'Energie (CRE). Ainsi, il a jugé que « *lorsque celle-ci inclut dans le champ des prestations réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité une activité qui ne relève pas de leurs missions de service public, elle porte une atteinte illégale à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie* » **(CE, 25 sept. 2015, n° 386077, Société le Caloch Consultant ; AJDA 2015, p.2495, obs. S. Nicinski ; Rev. Lamy Concurrence 2016, n°46, obs. A. SOLOSHCHENKOV ; Énergie - Environnement - Infrastructures 2015, comm. 89 note J.-S. BODA ; JCP éd. A 2015, act. 797).** Il est intéressant d'observer que le juge invoque la liberté d'entreprendre ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie, deux libertés aux frontières poreuses qui tendent à se confondre dans la bouche du juge : « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique, mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* » **(déc. n° 2012-285 QPC du 30 nov. 2012)**. La liberté d'entreprendre se rapproche de la conception traditionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie qui peut être une composante de la liberté d'entreprendre **(CE, ord., 12 nov. 2001, n°239840, commune Montreuil-Bellay, Rec. CE 2001, p. 551)** ou découler de cette dernière **(CE, 22 mai 2013, n° 366750, Assoc. syndicale libre des résidences du port de Mandelieu-la-Napoule ; RJEP 2014, comm. 18, note G. ECKERT).** D'autre part, le Conseil d'État précise l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire dans le domaine de l'encadrement de la profession d'avocats. Il indique que « *s'il appartient au législateur de fixer les limites de la liberté d'entreprendre, la détermination des règles d'exercice d'une profession, et notamment des règles de déontologie relève de la compétence du pouvoir réglementaire, dès lors que ne sont mis en cause aucune des règles ni aucun des principes fondamentaux que la constitution réserve à la loi : que par la suite, en prévoyant que les conditions dans lesquelles les avocats sont autorisés à recourir à la publicité et à la sollicitation personnalisée sont déterminées par le pouvoir réglementaire, le législateur n'a pas méconnu sa compétence* » **(CE, 9 nov. 2015, n°386795 et CE, 18 févr. 2015, n°385296 ; AJDA 2015, p.2495 obs. S. NICINSKI).** Mais il réaffirme que la loi ne saurait être interprétée comme donnant compétence au pouvoir réglementaire pour déroger aux dispositions législatives **(CE, 27 févr. 2015, n°385305, Société Celtipharm).** L'interprétation du Conseil d'État d'une délégation du législateur au pouvoir réglementaire peut être restrictive, par exemple concernant le pouvoir de « *déterminer le nombre minimal de contrats susceptibles d'être retenus, le législateur a, néanmoins, entendu que ce nombre soit fixé de manière à préserver la liberté de choix des intéressés tout en assurant une mutualisation des risques suffisante pour permettre la réduction des tarifs proposés ; que, ce faisant, le législateur n'a pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles* » **(CE, 3 avr. 2015, n°386336, Association diversité et proximité mutualiste).**

Objectif d'intérêt général. – L'obligation législative, qui impose aux taxis d'être munis d'un terminal de paiement électronique, permet de faciliter le règlement par les clients d'une prestation dont le montant ne peut pas être déterminé à l'avance, et d'éviter les arrêts des taxis sur la voie publique causés par les clients tenus de se procurer des espèces pour le règlement de la course. Cette obligation constitue, en ce sens, un objectif d'intérêt général justifiant une limitation à la liberté d'entreprendre **(CE, 22 juillet 2015, n°388357).** Par ailleurs, le Conseil d'État prend en considération le bon fonctionnement des assemblées générales de sociétés d'assurance pour justifier certaines restrictions quant à leur composition **(CE, 20 mai 2015, n°383655)**, et il se fonde sur l'objectif d'intérêt général d'équilibre dans les relations entre distributeur et fournisseur et sur l'objectif d'intérêt général de préservation d'une concurrence effective afin de justifier certaines contraintes imposées en matière de commerce et de consommation en Polynésie **(CE, 1er avril 2015, n°386768, Société d'étude et de gestion commerciale ; AJDA 2015, p.2495, obs. S. NICINSKI).**

Principe de précaution. - Le Conseil d'État identifie les motifs d'intérêt général qu'il convient de concilier avec la liberté d'entreprendre et qui justifient qu'une atteinte proportionnée soit admise. Ainsi, la liberté d'entreprendre doit se concilier avec le principe de précaution, lié à l'objectif de santé publique, justifiant une mesure de suspension de la vente de Bisphénol A en France **(CE, 17 juin 2015, n° 387805, Association Plastics Europe ; AJDA 2015, p.2495, obs. S. NICINSKI).**

B. La liberté d'entreprendre renvoyée en QPC

Renvois devant le juge constitutionnel par le juge administratif. – Selon l'article 61-1 de la Constitution, « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». On constate que le renvoi du juge administratif au Conseil constitutionnel par question prioritaire de constitutionnalité (QPC) sur le fondement d'une éventuelle méconnaissance de la liberté d'entreprendre est de plus en plus fréquent, ce qui, pour S. NICINSKI, montre que le « *doute légitime est davantage reconnu* ». Ainsi, le Conseil d'État a renvoyé devant le juge constitutionnel, à la demande de la société UBER, la disposition interdisant aux VTC d'informer un client, avant la réservation, à la fois de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule, et de démarcher un client **(CE, 3 avril 2015, n°388213)** ainsi que, les termes de l'article L. 3121-10 du code des transports, dans leur rédaction issue de la loi du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux VTC et prévoyant que l'exercice de l'activité de conducteur de taxi

est subordonné à la délivrance d'une carte professionnelle par l'autorité administrative et qu'il est incompatible avec l'exercice de l'activité de conducteur de voiture avec chauffeur. Le juge administratif reconnaît l'importance de la question de savoir si ces dispositions portent atteinte à la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution, en tant qu'elles apportent une restriction à l'exercice de l'activité de conducteur de taxi et à celle de conducteur de VTC **(CE, oct. 2015, n°391859, UBER ; CE, 17 juin 2015, n° 387805 Association Plastics Europe, préc.).** Le Conseil d'État juge aussi sérieuse la question posée par le Crédit Agricole sur la légalité de l'art. 18 de la loi du 16 août 2012, sur les effets légitimement attendus d'une opération d'apport selon l'idée que « *[…] ces dispositions méconnaissent les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques […] et qu'elles portent atteinte à la liberté d'entreprendre* » **(CE, 7 mai 2015, n° 387824, Crédit Agricole).** Les libertés économiques sont donc de plus en plus prises en compte par le juge administratif. À la question d'un éventuel « tournant libéral » dans la jurisprudence du Conseil d'État, S. NICINSKI répond « *contentons-nous du simple constat selon lequel les libertés économiques constituent des normes un peu plus vivantes que ce qu'elles ont pu être auparavant* » **(AJDA 2015, p.2495, obs. S. NICINSKI).**

Renvois devant le juge constitutionnel par le juge judiciaire. – Le juge judiciaire a renvoyé de nombreuses décisions en QPC, notamment, celles de la société Uber, **(Cass comm., 13 mars 2015, n°376)** sur les conditions de tarification dont dispose l'article L3122-2 du code des transports sur le respect des principes de la légalité des délits et des peines et d'égalité **(Cass. comm., 23 juin 2015, n° 699),** de la sanction pour avoir créé un système de mise en relation ainsi que sur la possibilité d'informer le client de la géolocalisation **(Cass. comm., 13 mars 2015, n°14-40054).** D'autre part, il a renvoyé une décision sur les frais d'expertises en cas d'annulation par le juge de la décision des CHST **(Cass. soc., mercredi 16 sept. 2015, n° 15-40027).** Enfin, sur l'interdiction pour un distributeur d'eau d'arrêter la fourniture en cas de factures impayées, le juge judiciaire a adressé la question suivante au juge constitutionnel : « *La dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 115-3 du code de l'action sociale et des familles, introduite par l'article 19 de la loi n° 2013-312 du 15 avril 2013, est-elle conforme aux principes constitutionnels de liberté contractuelle, de liberté d'entreprendre, d'égalité des citoyens devant les charges publiques et d'intelligibilité de la loi ?* » **(Cass. civ., 25 mars 2015, n° 14-40056).** Toutes ces questions relatives à la liberté d'entreprendre ont été considérées comme suffisamment sérieuses par la Cour de cassation pour faire l'objet d'une QPC devant le Conseil constitutionnel.

C. La liberté d'entreprendre dans le contentieux constitutionnel

1. Protection de la liberté d'entreprendre

Écart avec l'objectif poursuivi. - Le Conseil constitutionnel considère que l'objectif de santé publique ne justifie pas la décision d'interdiction de fabrication et d'exportation du Bisphénol A, une substance acceptée et utilisée dans de nombreux autres pays. Il a donc censuré une partie de la loi d'interdiction du Bisphénol A sur le terrain de la liberté d'entreprendre en s'inscrivant dans une démarche de compétition économique internationale. La restriction quant à l'exportation et la fabrication de cette substance n'est donc pas en lien avec l'objectif poursuivi de santé publique, et est manifestement disproportionnée **(déc. n°2015-480 QPC du 17 septembre 2015 ; Énergie - Environnement – Infrastructures, oct. 2015, n° 10, obs. A. Muller-CURZYDLO ; décembre 2015, n° 12, obs. F.-G. TRÉBULLE ; La Semaine Juridique Edition Générale, 28 septembre 2015, n° 40, p.1032).** En outre, le Conseil constitutionnel juge que l'interdiction de l'utilisation de la tarification horokilométrique pour la détermination du prix des prestations des entreprises proposant à leurs clients des voitures avec chauffeurs lors d'une réservation préalable, porte manifestement une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Sont donc contraires à la Constitution, les dispositions de l'article L.3122-2 du code des transports **(déc. n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015; Bulletin des Transports et de la Logistique 2015, p.3566, art. M. TILCHE ; RDA nov. 2015, comm. 72, note R. LANNEAU; Droit Administratif août 2015, comm. 55, note M. BAZEX et R. LANNEAU; Droit Administratif juil. 2015, alerte 67, note R. NOGUELLOU ; Droit Administratif juillet 2015, comm. M. BAZEX et R. LANNEAU ; La Semaine Juridique Edition Générale 2 novembre 2015, p.1197, obs. D. BROUSSOLLE).**

Tarifs réglementés des professions réglementées. - Le Conseil constitutionnel juge que « *la limite visant à restreindre l'exercice des professions libérales à l'âge de soixante-dix ans est considérée comme étant contraire à la liberté d'entreprendre* ». Cette disposition de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « Loi Macron » est, contraire à la Constitution. **(déc. n° 2015-715 DC du 5 août 2015 ; Revue Lamy de la Concurrence 2015, p.45, obs. V. SÉLINSKY ; AJDA 2015, p. 1570, obs. J-M PASTOR).**

L'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence. - L'Autorité de la concurrence ne peut pas bénéficier du dispositif, (initialement prévu par cette même loi n°2015-990), « d'injonction structurelle » de cession d'actifs en cas de concentration excessive dans une zone géographique et de prix élevé, en dehors de tout abus des entreprises, car le Conseil constitutionnel estime qu'elle porte atteinte de manière manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété au regard du but poursuivi : la protection de l'ordre public économique et protection des consommateurs **(déc. n° 2015-715 DC du 15 juil. 2015 ; Contrats conc. Conso., oct. 2015, comm. 237, note D. BOSCO ; Revue Lamy de la Concurrence 2016, n°46, obs. A. LACRESSE et V. MARX).**

Information des salariés. - Dans la continuité d'une jurisprudence récente (DC 2014-692, 27 mars 2014), le Conseil constitutionnel a jugé contraires à la liberté d'entreprendre, certaines dispositions de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui sanctionnaient, par la nullité, la cession d'une entreprise qui aurait eût lieu en méconnaissance

de l'obligation d'information préalable des salariés (pour celles de moins de 250 salariés). Pour le juge constitutionnel, cette mesure portait atteinte à la liberté d'entreprendre, car un seul salarié qui n'aurait pas été régulièrement informé pouvait engager une action en annulation de la cession devant le tribunal de commerce. Une atteinte « *manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre compte tenu des conséquences de la nullité de la cession pour le cédant* ». Le juge suprême a donc affirmé que « *la nullité de la cession d'une entreprise de moins de 250 salariés faute pour le cédant d'avoir informé individuellement chacun des salariés est une sanction portant une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre* », cette sanction est donc abrogée de la « loi Macron » **(déc. n° 2015-476 QPC, 17 juil. 2015 ; Les Cahiers Lamy 2015, p.154, obs. S. Thomas).**

Obligation de payer les honoraires de l'expert après annulation de la décision du comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail (CHST). – Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC par le juge judiciaire **(Cass. soc. N° 15-40027 préc.)**, juge contraire au principe de la liberté d'entreprendre de l'employeur le fait de lui imposer de payer les honoraires correspondant aux diligences accomplies par l'expert agréé (en application de l'article L4614-12 du Code du travail) alors qu'il a obtenu l'annulation en justice de la délibération du CHST ayant décidé de recourir à l'expertise. Le Conseil constitutionnel déclare contraires à la Constitution le premier alinéa et la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du Code du travail **(déc. n° 2015-500 QPC, du 27 nov. 2015 ; Jurisprudence Sociale Lamy 2016, p.402, comm. J.-B. COTTIN ; La Semaine Juridique 15 déc. 2015, p.1463, comm. L. Dauxerre ; La Semaine Juridique Entreprise et Affaires 14 janv. 2016, p.1034, comm. F. DA SILVA et F. COMBEAUD).**

2. Limites à la liberté d'entreprendre

Santé publique. – Le Conseil constitutionnel a réaffirmé le principe selon lequel la liberté d'entreprendre n'était pas absolue dans une formulation : « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de cet article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » **(déc. n° 2000-439 DC, du 16 janvier 2001 sur la loi relative à l'archéologie préventive)**. Ainsi, la vente de Bisphénol A a été interdite en France, cette restriction de commercialisation pour des objectifs d'intérêt général de santé publique ne porte pas atteinte de façon disproportionnée à la liberté d'entreprendre selon le juge constitutionnel **(déc. n° 2015-480 QPC du 17 septembre 2015 ; Énergie - Environnement - Infrastructures, décembre 2015, obs. F.-G. TRÉBULLE).** Par ailleurs, la condamnation pour infraction aux dispositions de l'article L3352-2 du Code de santé publique prévoyant l'ouverture d'un débit de boissons à consommer sur place de 3ième ou 4ième catégorie, qui vise à assurer la réglementation relative aux débits de boissons afin de lutter contre l'alcoolisme et protéger la santé publique, ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre **(déc. n° 2015-493 QPC du 16 octobre 2015).**

Ordre public, police de la circulation et de stationnement. - Le Conseil constitutionnel a statué quant à la possibilité des VTC et UBER ne disposant d'une autorisation de stationnement, d'informer à la fois de la localisation et de la disponibilité du véhicule sur une voie ouverte à la circulation publique. Il juge que cette possibilité porte atteinte au monopole sur la maraude des taxis « *qui leur est légalement réservé, [et qui consiste] à stationner et à circuler sur la voie publique en quête de client en vue de leur transport.* » Qu'en instituant ce monopole légal, le législateur « *poursuit des objectifs d'ordre public, notamment de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique* » cette interdiction s'applique aussi aux taxis situés en dehors du ressort de leur autorisation de stationnement en vertu de l'article L. 3121-11 du code des transports. Cette disposition n'interdit pas aux « *personnes entrant dans leur champ d'application, d'informer le client à la fois de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule lorsque celui-ci ne se trouve pas sur une voie ouverte à la circulation publique* » et ne leur interdit pas non plus « *d'informer le client du temps d'attente susceptible de séparer la réservation préalable de l'arrivée d'un véhicule* ». La portée limitée de l'interdiction ne porte manifestement pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et le monopole des taxis sur la maraude est proportionné à l'objectif d'ordre public de police de circulation et de stationnement. Enfin, concernant l'obligation d'un VTC « *dès l'achèvement de la prestation commandée au moyen d'une réservation préalable, de retourner au lieu d'établissement de l'exploitant de cette voiture, ou dans les lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé* », celle-ci représente elle-aussi une limitation à la liberté d'entreprendre justifiée par l'objectif d'intérêt général de police de la circulation et du stationnement sur la voie publique **(déc. n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015 ; Bulletin des Transports et de la Logistique 2015, p.3566, obs. M. TILCHE ; RDA novembre 2015, comm. 72, obs. R. LANNEAU ; Droit Administratif juillet 2015, obs. R. NOGUELLOU, comm. M. BAZEX et R. LANNEAU, et août 2015, comm. 55, note M. BAZEX et R. LANNEAU ; RFDA 2015, p.1135, obs. A. HAQUET).**

Répression de l'exercice d'une activité interdite. - Pour le Conseil constitutionnel, le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent au transport de passagers à titre onéreux, sans être une entreprise de transport, est une activité illicite. Il donne tort à la société UBER qui se défendait au motif que la répression prévue par l'article L3124-13 du code des transports était contraire, selon elle, à la liberté d'entreprendre, avec comme argument principal que « *le service d'intermédiation visé par l'incrimination en cause permet de répondre à une demande de transport non satisfait* ». Mais le juge constitutionnel estime que l'article L3120-1 règlemente l'accès à l'activité de transport routier de personnes effectuée à titre onéreux avec des véhicules de moins de dix places, et « *que le législateur a entendu, par les dispositions contestées, réprimer des agissements facilitant l'exercice d'une activité interdite* », que ces dispositions ne portent donc pas

2015, un an de droit des libertés économiques

atteinte à la liberté d'entreprendre **(déc. n° 2015-484 QPC du 22 sept. 2015 ; Contrats conc. conso. 2015, comm. 254, note M. MALAURIE-VIGNAL ; Droit Administratif 2015, comm. 72, note R. LANNEAU ; La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales 5 octobre 2015, obs. B. DE SEVIN ; Énergie - Environnement - Infrastructures, octobre 2015, comm. 82, note P. DELEBECQUE).**

Garantie de l'accès à l'eau. - L'interdiction des coupures d'eau tout au long de l'année, même en cas de factures impayées, est conforme à la Constitution, sans que puisse pourtant en découler un principe de « droit à l'eau ». Le Conseil constitutionnel estime que le législateur a voulu assurer la continuité de l'accès à l'eau, ce qui ne saurait porter une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre de l'entreprise chargée de la fourniture de l'eau **(déc. n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015 ; Loyers et Copropriété, juillet 2015, comm. 158, note B. VIAL-PEDROLETTI ; Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel 2015, n°59, obs. C. Meunier MEDDE ; Lamy environnement - l'eau, no 228-81, no 105-39, no 105-113).**

Loi sur la transition énergétique pour la croissance verte. – L'obligation d'information, pesant sur les entreprises d'assurance, la Caisse des dépôts et consignations, et sur les institutions de retraite, concernant les « *modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance et sur les moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique* », de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, ne méconnait pas la principe de liberté d'entreprendre **(déc. n°2015-718 DC du 13 août 2015).**

D. La liberté d'entreprise et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Protection de la santé du consommateur. - La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) rappelle que c'est au nom de l'article 16 de la Charte, relatif à la liberté d'entreprise, que cette dernière est « *reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* ». L'objectif de santé publique peut justifier qu'un État restreigne la liberté d'entreprendre. Ainsi, l'interdiction de faire figurer sur les emballages, les étiquettes et les publicités des eaux minérales naturelles « *toute allégation ou mention faisant référence à une faible teneur en sodium* » qui serait susceptible d'induire en erreur le consommateur est une « *ingérence dans la liberté d'entreprise* » de l'entrepreneur. Or l'information précise du consommateur « *demeure en liaison étroite avec la protection de la santé humaine et constitue une question d'intérêt général* » qui justifie la limitation de la liberté d'entreprendre de l'entrepreneur. La CJUE déclare donc que l'article 9, paragraphe 2, de la directive 2009/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2009, est conforme à la Charte des droits fondamentaux **(CJUE, C-157/14, 17 déc. 2015, Neptune Distribution SNC).**

2015, un an de droit des libertés économiques

Intérêt général de la puissance publique. – La liberté d'entreprise (art. 16 de la charte des droits fondamentaux) a été consacrée comme un principe général du droit par le juge européen (CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, Nold). Ce dernier rappelle que selon une jurisprudence constante, le droit de propriété et la liberté d'entreprise n'apparaissent pas comme « *une prérogative absolue, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société* ». Ainsi, la liberté d'entreprise « *peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique* », il convient en effet à la Cour européenne d'appliquer le principe de proportionnalité (CJUE, 22 janv. 2013, aff. C-283/11, Sky Österreich GmbH ; F. BENOIT-ROHMER RTD Eur. 2015 p.171 ; Revue Lamy droit des affaires – 2013, p.82, S. ADALID). Ainsi, le gel de tous les fonds et ressources économiques, qui sont en la possession ou sous le contrôle direct ou indirect des personnes qui entravent le processus de paix et de réconciliation nationale en Côte d'Ivoire, ne saurait porter atteinte de façon disproportionnée à la liberté d'entreprise, car il répond à l'objectif d'intérêt général de lutte contre les menaces à l'égard de la paix et de la sécurité internationale **(TUE, T 406/13, 14 janv. 2015, Gossio).**

II. La liberté du commerce et de l'industrie

A. Le champ d'application de la liberté du commerce et de l'industrie

1. Devant le juge administratif

Mesure de police disproportionnée. - La liberté du commerce et de l'industrie est une liberté publique dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au seul législateur de fixer les garanties fondamentales (CE, ass. 16 déc. 1988, Association des pêcheurs aux gilets et engins Garonne). La Cour administrative d'appel de Paris, rappelle dans un arrêt récent que les personnes publiques ne peuvent apporter aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers, des restrictions qui ne sont pas proportionnées par l'intérêt général et l'objectif poursuivi. Ainsi le Comité français du butane et du propane et l'Association française du gaz obtient l'annulation des dispositions DG.6 et 3.3.2 de l'arrêté du 6 mai 2011, qui interdisait les dispositifs de chauffage au gaz des terrasses et qui instituait que la suppression des dispositifs existants devait intervenir dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur du règlement. L'interdiction générale, dans une ville, de dispositifs de chauffage au gaz sur les terrasses qui n'est ni justifiée par un motif d'intérêt général, ni proportionnée au but poursuivi, porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie **(CAA Paris, 1er juin 2015, n° 13PA01166 ; Revue Lamy de la Concurrence 2015, comm. S. Ziani).**

2. Devant le juge judiciaire

Concurrence déloyale. - La Cour d'appel de Lyon rappelle qu'en l'absence de droit d'auteur, une société ne peut prétendre que le fait, pour un concurrent, de commercialiser des produits identiques aux

siens, constitue un acte de concurrence déloyale et de parasitisme, car « *le seul fait de commercialiser des produits identiques à ceux distribués par un concurrent ne peut être retenu comme fautif en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* » **(CA Lyon, 6 novembre 2014, n° 13/00571).** La Cour de cassation rappelle dans deux arrêts que « *en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui, fût-ce par un ancien salarié ou représentant de celui-ci, est libre dès lors que ce démarchage ne s'accompagne pas d'un acte déloyal* » **(Cass. com., 10 février 2015, n° 13-24.399. ; Cass. comm., 12 mai 2015, n° 14-11699).** Elle reconnaît en outre que « *le principe de la liberté du commerce n'interdit pas de créer un commerce s'adressant à une même clientèle et vendant les mêmes gammes de produits, encore faut-il qu'il n'existe pas un risque de confusion entre les deux commerces pour un consommateur d'attention moyenne* » **(Cass. com., 17 mars 2015, n° 14-11.463).** La concurrence déloyale doit être appréciée au regard du principe de la liberté du commerce qui implique qu'un signe qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuel puisse être reproduit librement (sauf confusion dans l'esprit du consommateur). La Cour de cassation s'appuie sur ce principe pour débouter la demande de la société LONGCHAMP, car le risque de confusion entre le sac de l'entreprise concurrente et le sien n'est pas démontré « *dans un contexte de liberté du commerce et de l'industrie permettant à un acteur économique d'attirer licitement la clientèle de son concurrent, celui qui ne peut opposer valablement un droit de propriété intellectuelle ne peut trouver dans l'action en concurrence déloyale une action de repli afin de faire sanctionner la simple reproduction ou imitation de l'oeuvre qu'il commercialise* » **(Cass. civ., 15 mai 2015, n°13-28116).** En l'absence de clause de non-concurrence, ou de manquement à l'obligation générale de loyauté, le fait pour une entreprise d'engager les salariés d'un concurrent et de profiter de l'expérience, du savoir-faire et du réseau acquis dans le cadre de leur précédent emploi, ne saurait constituer un acte de concurrence déloyale sans porter atteinte à la liberté du travail ainsi qu'au « *principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie* » **(Cass. comm., 14 avril 2015, n° 13-26527).** La Cour de cassation reprend ici l'idée déjà émise par le législateur selon laquelle la liberté du commerce et de l'industrie est un « principe constitutionnel » (L. n° 2007-1224, 21 août 2007 sur la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, art. 1er) même si le Conseil constitutionnel ne s'appuie, pour sa part, jamais sur une autre liberté économique que celle de la liberté d'entreprendre **(déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi ; Revue juridique de l'économie publique, 718, avril 2014, comm. 18, note G. ECKERT).**

Parasitisme. - N'est pas fondé à émettre une action en parasitisme, celui qui se borne à émettre une idée, mais qui n'en fait aucun usage commercial, ni même aucun usage. La Société Générale lorsqu'elle met en pratique les stratégies commerciales émises par un de ses stagiaires, dans son mémoire de Master, ne fait qu'exercer sa liberté du commerce et de l'industrie et ne saurait se voir reprocher cela comme étant un acte de parasitisme sans porter une atteinte disproportionnée à cette dernière **(Cass. comm., 31 mars 2015, n°14-12391).**

B. Les limites de la liberté du commerce et de l'industrie

1. Par le juge administratif

Suspension d'une disposition de rachat d'électricité solaire d'un décret. - La liberté du commerce et de l'industrie est un principe général du droit **(CE, ass., 22 juin 1951, Daudignac ; Rec. CE, p. 362, GAJA, n° 62)** qui peut faire l'objet de restrictions issues d'une loi. Ainsi, le Conseil d'État affirme l'inopposabilité de la liberté du commerce et de l'industrie au décret « moratoire » sur le photovoltaïque dès lors que la restriction résulte de la loi. Le gouvernement peut suspendre l'obligation de conclure un contrat d'achat lorsqu'elle ne correspond plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements conformément à l'art. 10 de la loi 2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. Ainsi, le décret du 9 décembre 2010, qui opère une distinction selon la puissance de l'installation et la date d'acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau, ne porte pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie **(CE, 25 septembre 2015, n° 376431, Société Le Caloch consultant ; Énergie - Environnement - Infrastructures, décembre 2015, comm. 88, note B. LE BAUT-FERRARESE).**

Santé publique : soin de qualité équilibré et accessible à tous. - Le règlement 4322-79 du code de santé publique conditionne la possibilité, pour les pédicures-podologues établis en France, d'exercer sur plusieurs sites distincts. Ainsi, l'exercice de la profession dans plusieurs cabinets se fait à titre dérogatoire et à la condition que le besoin des patients le justifie du fait d'une situation géographique ou démographique particulière. Ces restrictions à la liberté d'établissement ainsi qu'à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie sont justifiées par « *un motif impérieux d'intérêt général tenant au maintien d'un service de soins de qualité, équilibré et accessible à tous* » **(CAA de Lyon, 26 nov. 2015, n°14LY01849).**

Protection de l'ordre public. - La liberté du commerce et de l'industrie ne s'oppose pas à ce qu'une fermeture administrative d'un établissement diffusant de la musique soit prononcée en cas d'atteinte répétée à l'ordre et à la tranquillité publics. Il revient au juge administratif de s'assurer que l'administration concilie équitablement les principes de liberté et la protection de l'ordre public. **(CE, 11 nov. 2014, n° 385452, Ministre de l'Intérieur ; Revue Lamy de la Concurrence – 2015 p.43 S. BRAMERET).** Ainsi, la protection de la tranquillité publique, et notamment la lutte contre les nuisances sonores, peut justifier le retrait par l'administration, de l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public sans méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie **(CAA Nantes, 30 janv. 2015, n° 13NT02457).**

2015, un an de droit des libertés économiques

2. Par le juge judiciaire

Interdiction unilatérale de vente. – En vertu du principe de liberté du commerce et de l'industrie, le fait pour une compagnie aérienne de vendre directement ses billets d'avion ne saurait lui permettre d'interdire unilatéralement à une agence de voyages régulièrement immatriculée : « *de proposer ces mêmes billets à la vente dans le cadre de sa propre activité professionnelle* » **(Cass. com., 10 fév. 2015, n° 12-26.023).**

III. La libre concurrence

1. Un principe qui découle de la liberté du commerce et de l'industrie

Concurrence déloyale et parasitisme publicitaire. – Il appartient à celui qui commercialise des produits par le biais d'un réseau de distribution sélective, de rechercher la responsabilité d'un revendeur non-agréé, s'il établit la licéité de son réseau (ensemble des conventions s'y rapportant) « *en vertu des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence, le simple fait de commercialiser des produits authentiques ne constitue pas, en soi, une faute de concurrence déloyale à l'égard de celui qui assurait déjà la distribution de ces produits sur le territoire français* » **(Cass. comm., 10 fév. 2015, n° 12-13746).** Le simple fait de reprendre des formules d'autrui comme slogan ne constitue pas un comportement parasitaire à moins de méconnaître le principe de liberté du commerce « *ainsi que la règle de la libre concurrence en découlant* », dès lors qu'il s'agit d'éléments usuels communs à toute une profession et pour lesquels il n'est pas justifié de droits de propriété intellectuelle ou d'un effort créatif dans la création de l'œuvre. En effet, la liberté du commerce et la libre concurrence consistent aussi pour les entreprises à être libres d'adopter les slogans de leur choix, dans le respect du droit des marques **(Cass. comm., 9 juin 2015, n° 14-11.242).**

2. Une invocation croissante par les juridictions suprêmes

Radiation de la liste prise en charge par l'assurance maladie de spécialités pharmaceutiques. – Le ministre est compétent pour tirer les conséquences du caractère insuffisant du service médical rendu de spécialités pharmaceutiques (à la suite d'une étude) introduites il y a quinze ans, les radier des listes des spécialités prises en charge par l'assurance maladie (art. L. 162-17 du code de la sécurité sociale) sans radier simultanément les spécialités introduites postérieurement, et cela, sans méconnaître le principe de libre concurrence **(CE, 8 avril 2015, n° 369329).** Ici, le Conseil d'État s'appuie sur le principe de « libre concurrence ». Rappelons que dans la cadre d'une QPC, le juge administratif précise que « *la libre concurrence peut être une exigence, notamment pour garantir le respect du principe d'égalité ou de la liberté d'entreprendre (même si) elle n'est pas, en elle-même, au nombre des droits et libertés garantis par la Constitution* » **(CE, 2 mars 2011, n° 345288).** Il n'a d'ailleurs pas hésité à juger qu'une loi conforme à la liberté d'entreprendre n'avait pas pour objet « *de porter atteinte à la libre concurrence* » **(CE, 13 mars 2013, n° 338645).** Le Conseil constitutionnel reconnaît la liberté de la concurrence comme un objectif

2015, un an de droit des libertés économiques

Conseil constitutionnel reconnaît la liberté de la concurrence comme un objectif d'intérêt général au côté de la liberté d'entreprendre (déc. n° 2010-102 QPC du 11 févr. 2011) et a jugé que le respect des règles concurrentielles, qui portent atteinte à la liberté d'entreprendre, est justifié par l'objectif de protection de l'ordre public économique, qui devient concurrentiel. Dans une décision du 13 juin 2013, il a instauré, au-delà d'une « *invocation négative de la libre concurrence, comme limite à la liberté d'entreprendre* », une invocation positive « *qui fait de la libre concurrence une composante à part entière de la liberté d'entreprendre. Pour autant, la portée de cet enrichissement de la liberté d'entreprendre ne doit pas être surestimée* » **(déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi ; Revue juridique de l'économie publique 718, avril 2014, comm. 18, note G. ECKERT).**

Droit des ententes anticoncurrentielles

Par Julien WILDAU

Etudiant du Master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe

En matière de droit des ententes anticoncurrentielles, l'année 2015 a été marquée par des modifications sur le plan du contentieux public. La Commission a ainsi procédé à une révision du règlement n° 773/2004 et de quatre communications pour tenir compte des règles relatives à l'accès au dossier insérées aux articles 6 et 7 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêts. L'objet principal de cette révision est d'harmoniser des règles d'accès et d'utilisation des documents clefs dans la procédure transactionnelle et la procédure de clémence. En droit interne, l'Autorité de la concurrence a adopté un nouveau communiqué de procédure pour solliciter davantage la mise en oeuvre de la clémence et la loi du 6 août 2015 -pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques- a institué la procédure transactionnelle en lieu et place de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs. Sur le plan du contentieux privé, la Cour de justice de l'Union Européenne est venue préciser les conditions de mise en oeuvre des clauses attributives de juridiction couvrant les litiges issus d'ententes anticoncurrentielles au sens de l'article 101, paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. S'agissant des règles de fond, les juridictions européennes ont conservé leur stricte interprétation de la restriction de concurrence par l'objet. Il est également à noter un durcissement des sanctions envers les facilitateurs d'ententes anticoncurrentielles, bien que ces derniers ne soient pas actifs sur les marchés concernés.

I. La caractérisation d'une entente anticoncurrentielle

A. Notion de restriction de concurrence par objet

Échange d'informations et restriction par objet. - Suite à la jurisprudence Groupement des Cartes Bancaires (CJUE, 11 septembre 2014, Groupement CB contre Commission, aff. C-67/13 P), la Cour de justice a eu l'occasion de réaffirmer la nécessité d'interpréter strictement la notion de restriction par l'objet selon les dispositions de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE. En l'espèce, trois entreprises importatrices de bananes dans des États-membres de l'Union étaient sujettes à de nombreuses communications portant sur des pré-tarifications sur les bananes. Dans son raisonnement, la Cour rappelle que la fixation horizontale des prix par des cartels est un comportement collusoire tellement susceptible d'impacter de manière négative la concurrence qu'il est inutile d'en mesurer les effets concrets sur le marché. Sur

l'échange d'informations entre concurrents, la Cour reprend la jurisprudence T-mobile Netherlands (T-Mobile Netherlands, CJUE 4 juin 2009, aff. C-8/08) qui affirmait l'autonomie de la politique que tout opérateur économique entend suivre sur le marché. Un tel critère s'oppose catégoriquement à toute prise de contact entre opérateurs qui viserait à supprimer le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause avec comme conséquence une restriction de la concurrence. **(CJUE, 19 mars 2015, Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe c/ Commission, aff. C-286/13 P : Concurrences n°2/2015, p. 81, obs. M. Behar Touchais ; Europe 2015, comm. n°251, obs. L. Idot ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n°125, obs. G. Decocq)**

Campagne de dénigrement et entente verticale. - La Cour d'appel de Paris a également eu l'occasion de reprendre la récente jurisprudence européenne Groupement des cartes bancaires sur la distinction entre restrictions de concurrence par objet et par effet. En l'espèce, le laboratoire d'un médicament princeps Reckitt Benckiser avait mis en oeuvre une entente verticale avec son distributeur exclusif Schering Plough par le biais d'une campagne de dénigrement afin de contrer l'arrivée d'une industrie commercialisant un médicament générique au Subutex. La Cour d'appel de Paris rappelle en conformité avec l'interprétation du juge de l'Union que si des opérateurs sont en droit d'adopter une stratégie de défense de leur part de marché, ils ne peuvent mettre en ?uvre des principes faussant de manière artificielle la concurrence. Sur le terrain de l'article L 1420-1 du Code de commerce, il est superflu d'analyser les effets d'un dénigrement, lequel vient « *induire un doute ou une prévention non-justifiée contre un produit concurrent, afin d'affaiblir sa position sur un marché* ». **(CA Paris, 26 mars 2015, Reckitt Benckiser c/ Arrow, RG n°2014-00330 : Concurrences n°3/2015, p. 67, obs. E. Thomas)**

Répartition de clientèle à objet anticoncurrentiel. - La Cour de justice assimile des accords effectués entre des fonds de pension privés roumains pour se répartir une clientèle, même extrêmement réduite, à une entente dont l'objet est anticoncurrentiel. Pour aboutir à une telle qualification, la Cour rappelle que la répartition de clients est une pratique grave (point 32) et procède à une analyse économique et juridique dans lequel se sont inscrits ces accords. L'entente en l'espèce a méconnu les critères de répartition prévus par le droit roumain et est susceptible de consolider un cloisonnement du marché national, affectant ainsi le commerce entre les États-membres. Une restriction de concurrence par objet est ici caractérisée, sans qu'il soit besoin de tenir compte du très faible nombre de clients touchés par cet accord. **(CJUE, 2e ch., 16 juill. 2015, aff. C-172/14, ING Pensii : Concurrences n°4/2015, p. 105, obs. M. Behar-Touchais ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n° 262, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n°376, obs. L. Idot)**

B. Qualification d'une infraction unique et continue

Preuve de la participation à une infraction

unique et continue. – Trois conditions doivent être réunies afin d'établir la preuve de la participation d'une entreprise à une infraction unique et continue : l'existence d'un plan d'ensemble poursuivant un objectif commun, la contribution intentionnelle de l'entreprise à ce plan et le fait que l'entreprise avait connaissance des comportements infractionnels des autres participants à l'entente. Le Tribunal de l'Union met en oeuvre ces trois conditions posées par la jurisprudence de la Cour (CJUE, 11 juillet 2013, Team Relocations, aff. C-444-11) et confirme la sanction infligée par la Commission en raison de la participation d'une entreprise à une infraction continue en se fondant notamment sur des preuves obtenues lors de la procédure transactionnelle. **(Trib UE, 20 mai 2015, Timab Industries et CFPR c/ Commission, aff. T-456/10 : Concurrences n°3/105, p. 62, obs. M. Behar Touchais)**

Distinction entre infraction unique et continue et infraction unique et répétée. - Le Tribunal effectue un rappel minutieux des règles relatives à la preuve des infractions contenues dans l'article 101, paragraphe 1 du TFUE : la démonstration de l'existence d'une entente peut se contenter de l'élaboration d'un faisceau de coïncidences et d'indices, mais la démonstration du caractère continu de cette entente impose des éléments de preuve suffisamment rapprochés dans le temps. Lorsqu'il peut être considéré que la participation d'une entreprise à l'infraction s'est interrompue et que l'entreprise a participé à l'infraction avant et après cette interruption, cette infraction doit être qualifiée de répétée s'il existe un objectif unique poursuivi par celle-ci avant et après l'interruption. La Commission peut alors infliger une amende pour toute la période infractionnelle, sans prendre en compte la période pendant laquelle l'infraction a été interrompue. **(Trib. UE, 16 juin 2015, aff. T-655/11, FLS Holdings : Concurrences n°4/2015, p. 108, obs. M. Debroux ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n° 210, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n° 324, obs. L. Idot ; Lettre Creda-Concurrence, semaine du 15 au 19 juin 2015, A. Ronzano)**

C. Responsabilité d'un facilitateur d'entente anticoncurrentielle

Entreprise de conseil financier et participation à l'entente. – Depuis le début des années 2000, la Commission durcit sa politique répressive envers les entreprises facilitatrices d'ententes. Elle avait ainsi adressé une amende d'un montant symbolique de 1000 euros à la société de conseil AC Treuhand (Comm. Eur., 10 décembre 2003, aff. COMP/E-2/37.857) avant de sévir envers le même client dans le cartel des stabilisants thermiques (Comm. Eur., 11 novembre 2009, aff. COMP/ 38589). Cette fois-ci, la Commission a sanctionné le courtier ICAP d'une amende 14,96 millions d'euros pour avoir facilité de nombreuses ententes entre établissements bancaires dans le secteur des produits dérivés. Le communiqué de presse de la Commissaire précise notamment qu'une telle amende « *envoie un signal fort indiquant que le fait d'aider des sociétés dans leurs activités collusoires a de graves conséquences* ». **(Comm. Eur., 4 février 2015, aff. COMP/39861, ICAP ; Communiqué IP/15/4104 : Concurrences n° 2/2015, p. 84, obs. L. Bernardeau)**

2015, un an de droit des ententes anticoncurrentielles

Facilitateur d'entente non-actif et pleine efficacité de l'article 101-1 du TFUE. - Sur la question des facilitateurs d'ententes, la décision ICAP de la Commission évoquée ci-dessus a été confortée par la jurisprudence du juge de l'Union dans l'affaire du cartel des stabilisants thermiques. Condamnée par la Commission en 2009 (aff. 38589, précitée), la société de conseil AC-Treuhand avait formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal du 6 février 2014, lequel avait rejeté son recours. La position de la Cour était d'autant plus attendue que l'avocat général Wahl avait conclu à l'annulation de l'arrêt après avoir élaboré un raisonnement pénaliste : la société Treuhand n'étant ni co-auteur de l'infraction, ni complice dans la mesure cette hypothèse n'est pas prévue par l'article 101-1 du TFUE, sa responsabilité ne se base sur aucun fondement juridique. **(Concl. AG N. Wahl, 21 mai 2015, aff. C-194/94 P, AC-Treuhand c/ Commission : Concurrences n° 3/2015, p. 67, obs. L. Bernardeau).** La Cour n'a cependant pas adhéré à la démarche de l'avocat général. Elle a insisté sur le fait que l'article 101, paragraphe 1 TFUE, se réfère de manière générale à tous les accords et pratiques concertées qui faussent la concurrence dans le marché commun, indépendamment du marché sur lequel les parties sont actives. Sans identifier aucune violation de principe de légalité, la Cour a préféré faire jouer un principe d'efficacité en condamnant une entreprise récidiviste ayant joué un rôle essentiel dans l'élaboration d'une entente et en a profité pour réaffirmer l'autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit pénal. **(CJUE, 2e ch., 22 oct. 2015, aff. C-194/14 P, AC-Treuhand : Concurrences n° 1/2016, p.86, obs. L. Bernardeau ; Europe 2015, comm. n° 508, obs. L. Idot ; Lettre Creda-Concurrence, semaine du 19 au 23 octobre 2015, A. Ronzano)**

Facilitation d'une entente par un syndicat professionnel. - En droit interne, l'Autorité de la concurrence a pris en compte la pratique décisionnelle de la Commission et de la Cour de justice en privilégiant une acception extensive de la notion d'entreprise afin d'infliger une amende à un facilitateur. Ainsi, dans le secteur des services de messagerie, l'Autorité a non seulement sanctionné des entreprises actives pour l'organisation d'échanges illicites sur ces marchés, mais également un syndicat professionnel, en l'occurrence la Fédération des entreprises de Transport et Logistique de France (TLF). TLF, qui regroupe les principales entreprises de transport routier, de messagerie classique et de messagerie express, a selon l'Autorité, « *pris une part active dans l'organisation et la mise en ?uvre des comportements reprochés* », et « *consciente du caractère anticoncurrentiel des pratiques, elle a incit[é] les cartellistes à davantage de discrétion, maintenant leur entente secrète* » (point 1004 de la décision). **(Aut. Conc. ; déc. n°15-D-19 du 15 déc. 2015 relative à des pratiques mises en ?uvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express ; Concurrences n°1/2016, p. 89, obs. L. Bernardeau)**

II. L'imputation des pratiques anticoncurrentielles

Exercice de l'influence déterminante d'une société mère sur sa filiale. - Il n'est

pas nécessaire qu'une filiale applique toutes les instructions de la société mère pour démontrer l'existence d'une influence déterminante, sous réserve de ce que le non-respect des instructions n'était pas la règle. L'existence d'une capacité d'exercice de la société mère résulte des liens capitalistiques et de l'accord de distribution. Cet exercice effectif peut se caractériser par les rapports de la filiale sur les prix rendus par la filiale à sa société-mère, mais aussi par les interpellations directes sur les prix, les pressions exercées via les volumes de livraison, ou encore la surveillance étroite du comportement commercial effectuée par la société mère sur sa filiale. **(CJUE, 2e ch., 24 juin 2015, aff. jtes C-293/13 P et C-294 P, Fresh Del Monte Produce : Concurrences n°3/2015, p. 60, obs. E. Thomas ; Europe 2015, comm. n° 323, obs. L. Idot)**

Établissement a posteriori de la responsabilité de la société-mère sur sa filiale. - La Cour de justice ouvre la voie à une extension rétroactive du domaine de la récidive appliquée à la présomption capitalistique de la société-mère. La société-mère peut se voir alourdie, par biais de la récidive, la sanction la frappant aujourd'hui du fait de pratiques anti-concurrentielles d'une filiale, en raison d'une affaire ancienne impliquant une autre filiale, alors qu'elle n'avait pas été mise en cause dans cette affaire antérieure. Pour que les droits de la défense soient respectés, la Cour considère qu'il suffit que la maison-mère soit en mesure de contester rétrospectivement la présomption capitalistique. **(CJUE, 5e ch., 5 mars 2015, aff. jtes C-93/13 P et C-123/13 P, Commission et a. c/ Versalis et a. et Versalis et Eni c/ Commission : Concurrences, n°2/2015, obs. M. Debroux, p.79 ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n° 123, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n°189 , obs. L. Idot)**

Responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale. - La Cour de justice annule un arrêt du Tribunal dans la mesure où celui-ci n'a pas procédé à l'alignement du montant de l'amende imposée à Total SA sur celui de l'amende imposée à sa filiale Total Raffinage Marketing SA. Or, si certaines conditions procédurales sont réunies, la réduction du montant de l'amende destinée à la filiale doit normalement bénéficier à sa société-mère. La Cour se place ici en conformité avec sa jurisprudence Tomkins (CJUE, 22 janv. 2013, aff. 286/11 P) selon laquelle « *dans la situation où la responsabilité de la société mère est purement dérivée de celle de sa filiale et dans laquelle aucun autre facteur ne caractérise individuellement le comportement reproché à la société mère, la responsabilité de cette société mère ne saurait excéder celle de sa filiale* ». **(CJUE, 17 septembre 2015, Total c./ Commission, aff. C-597/13 P : Concurrences n°4/2015, p. 107, obs. L. Bernardeau ; Contrats concurrence consommation 2015, comm. n° 263, obs. G. Decocq)**

III. Le droit des actions publiques (« public enforcement »)

A. Enquêtes de concurrence

Saisine des documents sans lien avec l'enquête et respect du secret professionnel. - La Cour européenne des droits de l'Homme valide dans son principe la pratique des saisies informatiques globales en exigeant toutefois un contrôle juridictionnel concret et effectif de proportionnalité sur les saisies de documents sans lien avec l'enquête ou couverts par le secret professionnel telles que les correspondances électroniques entre un avocat et son client. La Cour européenne observe qu'à défaut pour les enquêteurs de pouvoir identifier les documents étrangers à l'objet de l'enquête lors des opérations de visite et de saisie, le droit interne doit prévoir qu'un recours soit ouvert aux requérants afin qu'ils puissent obtenir la restitution des documents concernés ou l'assurance de leur parfait effacement. **(CEDH, 5e sect., 2 avr. 2015, req. n°63629/10 et 60567/10, Vinci Construction et GTM Génie civil et services c/ France : Concurrences, n°2/2015, p. 151, A. Lacresse ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n°152, obs. D. Bosco)**

Droits de la défense et transfert de preuves. - Le Tribunal juge que les preuves saisies par une autorité fiscale hors d'une enquête en matière de concurrence sont recevables. En l'espèce, le fisc italien avait transmis à la Commission des notes manuscrites saisies au domicile d'un salarié d'une entreprise prenant part à un cartel mondial sur le marché de la banane. La Commission avait utilisé ces notes pour établir une infraction proscrite par l'article 101, paragraphe 1 du TFUE. Face aux requérants contestant une violation des garanties minimales prévues par le règlement n° 1/2003, le Tribunal a rappelé que les informations échangées entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve que pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information, et qu'une telle disposition concerne uniquement les autorités de concurrence. Le Tribunal considère en effet que la Commission peut s'appuyer sur des preuves recueillies par une administration qui n'appartient pas au Réseau Européen de la Concurrence dans le cadre d'une procédure nationale étrangère à l'application du droit de l'Union de la concurrence. S'agissant des droits de la défense, le Tribunal juge que ceux-ci ont été respectés. La Commission n'était effectivement pas tenue d'informer les requérants de la transmission des documents par le fisc italien avant l'envoi de la notification des griefs, stade où l'entreprise peut pleinement faire valoir ses droits. Si les droits de la défense devaient être étendus aux étapes antérieures de la procédure, l'efficacité de l'action de la Commission serait compromise. **(Trib. UE, 16 juin 2015, FSL c/ Commission, aff. T-655/ 11 : Concurrences n°4/2015, p. 175, obs. P. Cardonnel)**

B. Procédures transactionnelles

1. Modifications des règles de procédures transactionnelles en droit interne

Remplacement de la procédure de non-contestation des griefs par la procédure de transaction. - Suite à la promulgation de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, la procédure de non-contestation des griefs visée à l'article L. 464-2 III du code de commerce devient une procédure de transaction proche de celle prévue en droit européen. Le nouveau dispositif vise à donner une

meilleure visibilité aux entreprises sur le montant de la sanction qui leur sera finalement imposée, et donc sur l'avantage pécuniaire que représente une telle coopération. S'agissant du déclenchement de la procédure de transaction, elle est dorénavant à l'initiative de l'entreprise. Pour faciliter cette initiative, les services d'instruction organiseront une réunion un mois avant l'envoi de la notification des griefs pour en présenter le contenu. A l'occasion de cette réunion, les services d'instruction demanderont des éléments relatifs au montant des ventes affectées afin d'en débattre avec l'entreprise. Une fois les griefs notifiés, les discussions entre les services d'instruction et l'entreprise devront être menées dans un délai de deux mois fixé pour la réponse à la notification. Exceptionnellement, des prorogations de ce délai pourront être accordées. La fourchette de la transaction proposée par le collège de l'Autorité tiendra compte du gain procédural réalisé par l'Autorité : les entreprises bénéficieront ainsi de l'abattement de 10% tel que dans l'ancienne procédure de non-contestation des griefs et un abattement supplémentaire pourra être octroyé en cas d'engagements pris par l'entreprise. L'Autorité a par ailleurs indiqué que le collège se donnerait les moyens de rendre la transaction attractive en demeurant dans la fourchette du montant proposé par les services d'instruction, laquelle se voudra la plus étroite possible. **(Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF 7 août 2015, p. 13537 ; Concurrences n° 4/2015, p. 182, obs C. Lemaire)**

Révision du communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence sur la clémence. - Après la création du programme de clémence (loi du 15 mai 2001) et l'adoption de deux communiqués de procédure en 2006 et en 2009, l'Autorité a adopté un troisième communiqué le 3 avril 2015 dans le but de redéfinir les modalités et les objectifs du programme de clémence. L'Autorité a tenu ainsi à adapter son dispositif au Programme modèle européen du Réseau européen de concurrence tel qu'il a été dernièrement révisé en 2012. Par ailleurs, l'Autorité compte à l'avenir sur une meilleure sollicitation de son programme de clémence, puisque celui-ci n'a été mis en oeuvre qu'à dix reprises depuis sa création. Parmi les principales modifications apportées par ce communiqué de procédure, il est à noter que le rôle du conseiller-clémence est valorisé : il est précisé selon quelles modalités il est accusé réception de la demande de clémence et quelles suites le conseiller donne dans l'organisation du rendez-vous avec le rapporteur à l'issue duquel la demande est formulée. Par ailleurs, la nouvelle version du communiqué étend le champ de la recevabilité des demandes sommaires à toute demande, quel que soit son type et son rang d'arrivée. Les demandes d'immunité ne sont donc plus les seules concernées. L'attractivité du programme pour les demandes de clémence « de type 2 » (celles qui ne donnent droit qu'à une réduction d'amende et non à une immunité) est renforcée en ce qu'elle améliore la prévisibilité de la réduction de l'amende. A ce titre, le communiqué précise en son point 21 que la première entreprise à fournir des éléments qui ont une valeur ajoutée significative pourra bénéficier d'une réduction comprise entre 25 et 50 %, la deuxième, d'une réduction entre 15 et 40 %, et pour les autres, une réduction maximale de 25 %. **(Aut. conc., communiqué de procédure, 3 avr. 2015 : Contrats Concurrence Consommation 1015, comm. n° 154, obs. D. Bosco ; Lettre Creda-Concurrences, semaine du 30 mars au 3 avril 2015, A. Ronzano)**

2015, un an de droit des ententes anticoncurrentielles

2. Accès aux documents détenus par la Commission

Révision des règles relatives à l'accès aux pièces dans le cadre des procédures antitrust. - À la suite de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêts (JOUE n° L 349, 5 déc. 2014), la Commission a revu le règlement CE °773/2004 et quatre communications pour tenir compte des règles relatives à l'accès au dossier et à l'utilisation des pièces issues de ce dernier, insérées aux articles 6 et 7 de la directive. L'objectif principal de la réforme est d'harmoniser les règles d'accès et d'utilisation des documents clefs utilisés dans les procédures de clémence et de transaction pour maintenir l'efficacité de ces deux procédures par une protection accrue des déclarations d'entreprises. Tel que le prévoit l'article 6 paragraphe 7 de la directive, la Commission ne donnera pas accès aux déclarations et propositions de transaction dans le cadre des procédures devant les juridictions nationales de droit commun. Ces documents relèvent en effet d'une véritable « liste noire ». Un régime différent est en revanche prévu pour les documents de la « liste grise », qui recouvre les informations préparées par d'autres personnes pour la procédure engagée par la Commission et les informations établies par la Commission au cours de la procédure et envoyées aux parties. **(Règlement (UE) 2015/1348 de la Commission européenne, 3 août 2015(JOUE 2015, L 208, p.3) et Communications de la Commission européenne, 5 août 2015 (2015/ C 256/01, « clémence » ; 2015/C 256/02, « transaction » ; 2015/C 256/03, « accès au dossier » ; 2015/C 256/04, « coopération avec les juridictions des États-membres » ; JOUE 2015, C 256, pp . 1 à 5) : Concurrences n°4/2015, p. 172, obs. A. Lacresse ; Europe 2015, comm. n°375, obs. L. Idot)**

Informations susceptibles d'être publiées dans la version non-confidentielle d'une décision d'interdiction. - Le Tribunal de l'Union confirme la décision de la Commission de ne pas traiter comme confidentiels certains éléments du dossier retenus à l'appui d'un cartel. Conformément à l'article 6 de la directive 2014/104, il faut distinguer les preuves figurant dans un dossier d'une autorité de la concurrence qui sont transmissibles aux tiers, et les déclarations en vue d'obtenir la clémence qui ne sont jamais transmissibles. Le Tribunal se fonde notamment sur la jurisprudence récente de la Cour de justice (CJUE, 27 février 2014, Commission c/ enBW, C-365/12 P) et rappelle que si la jurisprudence en matière d'accès aux documents au titre du règlement n° 1049/2001 reconnaît aux institutions la possibilité de se fonder sur des présomptions générales pour refuser l'accès à certains types de documents, il ne faut pas confondre ces présomptions générales avec la publication des décisions prises par la Commission en matière de

concurrence, prévues à l'article 30 du règlement 1/2003. **(Trib. UE, 28 janv. 2015, aff. jointes T-341/12, Evonik Degussa et T-345/12, Akzo Nobel : Concurrences, n°1/2015, p. 155, obs. P. Cardonnel ; Europe 2015, comm. n° 114, obs. L. Idot)**

3. Appréciation de la coopération spontanée auprès de la Commission

Absence de justification de la réduction d'amende. - Une réduction de l'amende, telle que prévue par la communication sur la coopération de 2002, n'est justifiée que lorsque l'entreprise fournit des informations à la Commission sans que celle-ci n'y ait été invitée. Le comportement de l'entreprise concernée doit donc non seulement faciliter la tâche de la Commission visant à constater l'existence d'une infraction, mais également témoigner d'un véritable esprit de coopération. Le fait qu'une entreprise se borne à répondre à une simple demande de renseignements émise par la Commission sur la base de l'article 18, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 ne justifie donc en aucun cas une réduction d'amende. **(CJUE, 2e ch., 24 juin 2015, aff. jte. C-293/13 P et C-294/13 P, Fresh Del Monte Produce Inc. et Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG : Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n°235, obs. G. Decocq)**

C. Procédures contentieuses

Assimilation des société-mères à des tiers-indépendants pour le calcul de l'amende. - Dans l'affaire d'un cartel mondial d'écrans d'affichage à cristaux liquides (LCD), la Commission avait sanctionné le groupe coréen LG Display et sa filiale taïwanaise en incluant dans le calcul de l'amende des ventes qualifiées d'internes de LG Display à ses deux sociétés mères, LGE et Phillips. Le Tribunal de l'Union n'ayant réformé que partiellement la décision de la Commission, le groupe coréen a formé un pourvoi que la Cour a rejeté. La Cour considère en effet que les ventes à destination des deux société-mères peuvent être prises en compte dès lors que l'existence d'une entreprise unique entre LG Display et ses deux mères n'a pas été reconnue par la Commission. En l'espèce, l'existence de liens contractuels et structurels ne suffisait pas à exclure ces ventes et partant, les deux entreprises mères sont assimilées à des tiers-indépendants. La Cour interprète pourtant la notion d'indépendance économique de façon très restrictive dès lors qu'il s'agit d'élaborer la présomption capitalistique pour imputer la responsabilité d'une société-mère du fait des agissements anticoncurrentiels de sa filiale. L'appréciation éventuelle de l'indépendance entre société-mères et filiales semble donc varier en fonction des objectifs répressifs poursuivis par la Cour. **(CJUE, 23 avril 2015, LG Display c/ Commission, aff. C-227/14 P : Concurrences n°3/2015, p. 59, obs. M. Debroux ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. 181, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n°235, obs. L. Idot)**

Prise en compte des ventes de produits finis dans l'EEE pour le calcul de l'amende. - Toujours dans l'affaire du cartel mondial des écrans LCD, la Cour de justice a confirmé les décisions de la Commission et du Tribunal en ce qu'ils avaient décidé que l'amende infligée à une entreprise pouvait

2015, un an de droit des ententes anticoncurrentielles

légalement prendre en compte la valeur des livraisons intragroupes d'écrans LCD aux usines de ladite entreprise en Chine et à Taïwan, subséquemment incorporés dans des produits finis vendus dans l'Espace Économique Européen. La Cour a de ce fait refusé de suivre l'avis émis par l'avocat général Wathelet dans ses conclusions pour qui l'élément d'extra-territorialité était à prendre en compte en vue d'éviter la violation du principe non bis in idem consacré par l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne **(Concl. AG Melchior Wathelet, 30 avril 2015, InnoLux c/ Commission, aff. C-231/14, Concurrences n°3-2015, p. 65, obs M. Behar Touchais).** La Cour relève au contraire que la Commission est compétente pour appliquer l'article 101 du TFUE à l'entente mondiale en cause, et ce dès lors que ses participants l'ont mise en oeuvre dans l'EEE en y réalisant par infraction des ventes du produit concerné à des tiers-indépendants. Au-delà du fait que la Commission soit compétente pour connaître de la globalité de l'entente, la Cour considère que cette dernière n'a pas à tenir compte des poursuites et des sanctions dont fait l'objet une entreprise dans un État-tiers. Un cumul des sanctions est donc envisageable en dépit de la solution Grande Stevens de la Cour européenne (CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres). S'agissant du montant même de l'amende, la Cour reconnaît que la Commission avait pris en compte « *les ventes de produits finis intégrant les LCD cartellisés [...] à concurrence de la seule fraction de cette valeur qui pouvait correspondre à la valeur des LCD cartellisés intégrés dans les produits finis* » (point 53). Il est donc possible de tenir compte de ces ventes hors EEE sans violer ni les lignes directrices de 2006 sur les sanctions, ni le Règlement n°1/2003. (**CJUE, 9 juillet 2015, InnoLux c/ Commission, aff. C-231/14 P : Concurrences n°4/2015, p. 102, obs. M. Behar-Touchais, et p.174, obs. A. Lacresse)**

Non-majoration automatique de l'amende du fait de l'appartenance à un groupe. - Dans l'affaire des monuments historiques qui demeurait pendant à la suite du renvoi après cassation opéré le 18 février 2014 par la Chambre commerciale (Cass. Com, 18 février 2014, n°12-27.643, n°12-27.697, 12-27698, 12-27.700 et 12628.026), la Cour d'appel de Paris confirme que l'appartenance à un groupe puissant, en l'absence d'imputation de la pratique à la société de tête du groupe, ne saurait entraîner une majoration automatique de l'amende pour une filiale. La Cour d'appel signifie par cet arrêt que la dissuasion ne peut servir, en toute circonstance, à justifier une politique de répression des pratiques anticoncurrentielles. En effet, l'objectif d'assurer un caractère dissuasif et proportionne? a? une sanction pécuniaire, d'une part, et le seul effet d'entraînement ou d'exemplarité pris in abstracto, d'autre part, ne peuvent à eux seuls conduire à un relèvement de la sanction. Pour le cas d'espèce, la Cour d'appel considère que le comportement infractionnel de la filiale - la société? Pradeau et Morin - a dû être influence? ou facilite? du fait de son appartenance a? un groupe d'envergure importante, ou que ce groupe a dû être particulièrement reconnu dans le domaine concerne? par les pratique, ou encore que cette appartenance a permis a? cette

société? d'entraîner dans ses pratiques des entreprises d'importance moindre, pour que le critère d'appartenance a? un groupe puisse être pris en compte. **(CA Paris, 28 mai 2015, Degaine c/ Pradeau et Morin, RG n°2014-09272, Concurrences n°3/2015, obs. E. Thomas ; Lettre Creda Concurrence, Semaine du 25 au 29 mai 2015, A. Ronzano)**

Sanction modérée d'une entente de crise. - Les industriels français du secteur de la volaille ainsi que leurs organisations professionnelles s'étaient entendus sur les prix en période de crise. D'un point de vue davantage politique que juridique, l'Autorité a fait preuve d'un certain pragmatisme à l'égard de ce secteur économiquement fragile. A l'égard des faits relevant de pratiques anti-concurrentielles pourtant très graves, l'Autorité a décidé de s'écarter des règles qu'elle applique habituellement lorsqu'elle détermine la sanction applicable (en particulier le communiqué sanctions de 2011 et le communiqué sur la non-contestation des griefs de 2012). L'Autorité précise qu'elle a notamment fondé le mode de calcul de sa sanction sur la spécificité du marché de la volaille soumis à une grande volatilité des prix des matières premières, et surtout sur la prise en compte d'un engagement collectif, par tous les intéressés, de créer une interprofession visant à réguler le secteur de la volaille de chair. La décision donne donc force exécutoire à l'engagement collectif de créer cette interprofession et annonce que cet engagement est un élément décisif dans la détermination de la sanction pécuniaire. Si une telle décision peut sembler assez exceptionnelle, celle-ci peut aussi révéler une nouvelle tendance du droit de la concurrence à s'orienter vers un aspect plus régulateur que punitif. **(Aut. Conc., déc. n°15-D-08, 5 mai 2015 : Concurrences n° 3/2015, p.71, obs. M. Debroux ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n°180, obs. D. Bosco)**

IV. Le droit des actions privées (« private enforcement »)

Conditions d'efficacité des clauses attributives de juridiction. - Le 21 mai 2015, la Cour de justice a rendu dans l'affaire Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contre Akzo Nobel NV e.a. un arrêt important en matière d'actions privées menées en réparation de dommages liés à la mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles. Cette affaire fait suite à une demande de décision préjudicielle introduite par le Landgericht Dortmund, laquelle juridiction avait été saisie en mars 2009 par la société belge Cartel Damage Claims (CDC) à laquelle plusieurs entreprises actives dans le secteur du traitement de la cellulose et du papier, victimes du cartel du peroxyde d'hydrogène et perborate, avaient cédé leur droit d'indemnisation pour les dommages subis du fait de l'entente. Le Landgericht Dortmund avait alors posé à la Cour de justice une série de questions préjudicielles portant sur l'interpretation du règlement n° 44/2001 Bruxelles I portant sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein des États-membres de l'Union Européenne (JO L 12, 16.1.2001). En réponse à la juridiction de renvoi, la Cour explique d'abord que l'on ne peut juger de façon séparée des actions en dommages et intérêts à l'encontre de plusieurs sociétés établies dans des États membres différents ayant participé à une entente anticoncurrentielle, sous peine de conduire à des solutions inconciliables au sens de l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001. La Cour rappelle ensuite que l'expression « *lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* », figurant à l'article 5, point 3, du règlement n° 44/2001 vise à la fois le lieu de la matérialisation du dommage et le lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage. La Cour décide enfin que la juridiction saisie doit donner effet aux clauses attributives de juridiction contenues dans des contrats de livraison, même si une telle prise en compte a pour effet de déroger aux règles de compétence internationale prévues aux articles 5, point 3, et/ou 6, point 1, dudit règlement n° 44/2001 de Bruxelles I. Cette solution se fonde sur l'article 23, paragraphe 1 du règlement Bruxelles I qui dispose que lorsque les parties conviennent « *d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties* ». La Cour ajoute qu'une « *clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle qu'un cocontractant a prétendument encourue du fait de son comportement conforme à une entente illicite* » et ne peut valablement déroger à la compétence de droit commun du règlement. **(CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA : Concurrences n°3/2015, p. 145, obs. A. Lacresse ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. n° 211, obs. G. Decocq ; Lettre Creda-Concurrence, semaine du 18 au 22 mai 2015, A. Ronzano)**

Application de la jurisprudence CDC en droit interne. - En application de la jurisprudence CDC de la Cour de justice (aff. C-352/13, Cartel Damage Claims, précitée), la Cour de Cassation casse une décision de la Cour d'appel de Paris qui avait accueilli l'exception d'incompétence en affirmant que la clause attributive de juridiction contenue dans les contrats liant les parties avait vocation à s'appliquer à tout litige né de leur exécution. Le juge de cassation rappelle qu'une clause d'élection de for ne peut concerner que des différends nés ou à naître dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue : une juridiction nationale doit donc constater que la clause fait référence aux différends propres à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence. La Cour de Cassation relève qu'en l'espèce, la clause litigieuse de l'affaire « *ne se référait pas à des pratiques anti-concurrentielles* » et que par conséquent, le juge saisi n'était pas en mesure de décliner sa compétence. **(Cass. 1re civ., 7 oct. 2015, n° 14-16.898, FS-P+B+I, Sté Apple Sales international ; Contrats Concurrence Consommation 2015, comm. 287, obs. G. Decoq)**

2015, un an de droit des ententes anticoncurrentielles

Droit des abus de position dominante

Par François TERRANOVA
Elève de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg
Etudiant du Master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe

Les pratiques unilatérales ont fait l'objet d'une importante actualité durant l'année 2015. Le secteur du numérique a été au centre des préoccupations de la DG Concurrence, notamment avec la communication des griefs adressée à Google concernant son comportement sur le marché de la recherche générale en ligne (Comm. UE, IP/15/4780, 22 avril 2015). La Commissaire européenne en charge de la concurrence, Margrethe Vestager, a mis en avant le danger posé par la mainmise des grandes entreprises du numérique sur le big data, pouvant aboutir au verrouillage du marché en raison du caractère stratégique de ces données. De plus, la jurisprudence a été marquée par de nouvelles avancées dans l'application de l'approche économique des articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, même si la CJUE reste très mesurée quant à la nécessité d'une analyse des effets des pratiques en cause (CJUE, 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14). Sur le plan national, la Cour d'appel de Paris a réformé plusieurs décisions de l'Autorité de la concurrence en raison d'un manque d'analyse des effets réels des pratiques. Enfin, si le droit matériel des abus de position dominante n'a pas été bouleversé, les jurisprudences internes et européennes ont consacré de nouveaux types d'abus et ont abouti à des avancées sur des questions fondamentales comme la relation entre libre concurrence et protection de la propriété intellectuelle ou la diversification des opérateurs historiques

I- La caractérisation de la position dominante

A. Délimitation du marché pertinent

Délimitation formelle du marché pertinent – L'affaire de la poste slovaque a permis au Tribunal de l'Union de se prononcer sur la légalité d'une extension du périmètre des services réservés au monopole postal aux services de courrier hybride, au regard des dispositions de l'article 106 TFUE, lu en combinaison avec l'article 102 TFUE **(Trib. UE, 25 mars 2015, Slovenská pošta c/ Commission, aff. T-556/08 : Concurrences n°3-2015, p.73, obs. A-L. Sibony ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°150, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n°190, obs. L. Idot)**. Selon la jurisprudence de la Cour, il y a violation de ces dispositions « *lorsqu'une mesure imputable à un Etat membre crée un risque d'abus de position dominante* » (point 98 de l'arrêt). La poste slovaque invoque, à l'appui de son recours contre la décision de la Commission, un moyen tenant à la définition erronée du marché pertinent. La Commission avait considéré que le marché des services de courrier hybride se distinguait du marché des services postaux traditionnels et constituait un marché pertinent. Le courrier hybride est un service intégré qui permet à une entreprise cliente d'envoyer des documents sous forme électronique, que le prestataire de services postaux se charge ensuite d'imprimer, mettre sous pli et acheminer au destinataire. La poste slovaque fait valoir que le marché de la remise de courrier et celui du courrier hybride ne peuvent être distingués car cela aboutirait à avoir certains services de remise de courrier sous monopole, et d'autre ouverts à la concurrence. Le Tribunal rejette ce raisonnement centré sur les conséquences de la définition du marché pertinent, ce qui contribue à neutraliser le rôle du contexte réglementaire. Il retient une définition formelle du marché, qui résulte d'une analyse qualitative de la spécificité l'offre et de la demande et de leur rencontre. Le Tribunal n'applique donc pas le test de monopoleur hypothétique qui consiste à identifier les produits vers lesquels se tourneraient les clients de l'entreprise suspectée de position dominante, en cas d'augmentation légère mais permanente de ses prix. Ce test avait pourtant été consacré comme le standard de délimitation du marché pertinent en droit européen de la concurrence (CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak International c/ Commission, C-333/94).

Marché pertinent et appels d'offres - L'affaire des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel conduit l'Autorité de la concurrence à sanctionner cette entreprise en raison d'une transmission tardive et partielle d'informations indispensables pour répondre à des appels d'offres faisant suite au renouvellement de la convention d'occupation privative du domaine public de la Tour Eiffel **(Aut. Conc, décision n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel : Concurrences n°4-2015, p.124, obs. A. Wachsmann et N. Zacharie)**. L'Autorité rappelle que chaque appel d'offre constitue un marché pertinent qui fait se rencontrer la demande du donneur d'ordres et l'offre des candidats.

B. Appréciation de la position dominante

Conséquence des effets de réseau sur internet sur l'appréciation d'une position dominante – L'Autorité de la concurrence considère que Booking.com est susceptible de détenir une position dominante sur le marché de l'offre en ligne de services de réservation de nuitées d'hôtel français **(Aut. Conc, décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne : Concurrences n°3-2015, p.83, obs. F. Marty)**. L'Autorité procède à une analyse des barrières à l'entrée du marché des services de réservation de nuitées en ligne et souligne l'importance des effets de réseau puisque « *plus un site propose un choix étendu d'hôtels et de nuitées, puis il attire de consommateurs, et plus un site a de succès auprès des consommateurs, plus il attire d'hôtels* » (point 112). Le coût du non-référencement d'un hôtel sur une plateforme augmente avec la part de marché de celle-ci. En outre, en l'espèce, les barrières à l'entrée sont renforcées par

des économies d'échelles résultant des investissements en visibilité réalisés auprès de Google, plaçant Booking.com en tête des recherches. L'Autorité rappelle donc que les marchés du numérique sont marqués par ces effets de réseau et peuvent donc, par effet boule de neige, aboutir à la concentration du marché autour d'acteurs dominants.

Appréciation de la position dominante au moment de la réalisation des pratiques en cause (vision statique de la position dominante) - L'Autorité sanctionne TDF à hauteur de 4,2 millions d'euros pour des pratiques anticoncurrentielles tendant à évincer ses concurrents dans le cadre de la publication d'une offre de référence, indispensable pour le développement d'une concurrence sur le marché aval de la diffusion de signaux télévisuels **(Aut. Conc, décision n° 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer : Concurrences, n°2-2015, p.97, obs. A. Wachsmann et N. Zacharie ; Contrats, conc. conso. 2015, comm. n°93, obs. D. Bosco)**. Les pratiques reprochées à TDF ont eu lieu sur le marché amont des infrastructures de diffusion de signaux télévisuels en outre-mer, sur lequel TDF est en situation de monopole car il détient l'essentiel des infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre, rendant ainsi indispensable l'hébergement des opérateurs alternatifs sur ses sites. TDF fait valoir le caractère réplicable de ses infrastructures en outre-mer. L'Autorité rejette cet argument en considérant que « *la position dominante s'apprécie au moment des pratiques sans préjudice d'une évolution ultérieure du marché* » (point 139). En effet, le jeu de la concurrence peut généralement remettre en cause une position dominante : or, adopter cette vision dynamique de la position dominante restreindrait l'application des articles 102 TFUE et 420-2 du Code de commerce aux situations de dominance irréversible à long terme, comme tel est le cas en présence d'une infrastructure essentielle. « *Il convient donc d'analyser la situation du marché, début 2010, au moment des faits et non des situations hypothétiques* » (point 141).

II- L'identification de l'abus

A. Abus d'exclusion

1. Pratiques d'éviction

Pratiques d'exclusivité – La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence qui a sanctionné l'Ordre des experts-comptables et l'association ECMA pour des pratiques d'exclusivité sur le marché des portails de télédéclaration comptable et fiscale **(CA Paris, 26 février 2015, ECMA, n° 2013/06663 : Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°122, obs. G. Decocq)**. Les entreprises ont adopté une stratégie d'éviction des portails concurrents en rendant leur portail incontournable grâce à des accords d'exclusivités avec les éditeurs de logiciels comptables et à une tarification avantageuse pour les organismes s'engageant à promouvoir ledit portail.

2015, un an de droit des abus de position dominante

Stratégies non-rationnelles sur le plan économique – L'affaires des Editions Amaury permet à l'Autorité de la concurrence, confirmée en cela par la Cour d'appel de Paris, de considérer que constitue un abus l'adoption d'un comportement non-rationnel sur le plan économique, au moment de l'arrivée d'un concurrent, avec pour seul objectif de l'évincer du marché **(CA Paris, 15 mai 2015, Les Editions Amaury SA, n°2014/05554 : Concurrences, n°3-2015, p.86, obs A. Wachsmann et N. Zacharie ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°179, obs. G. Decocq)**. En l'espèce, deux semaines après l'annonce de la société Le Journal du Sport concernant le lancement d'un quotidien sportif, Le 10Sport.com, vendu au tarif attractif de 0,50€, le groupe Amaury annonce le lancement d'un nouveau quotidien sportif, Aujourd'hui Sport, au positionnement identique au nouveau concurrent sur le marché. Or, cette stratégie représente un sacrifice financier non rentable même à long terme, d'autant plus que la projection commerciale d'Aujourd'hui Sport ne dépassait pas les 14 mois suivant son lancement. Au surplus, la publication a cessé quelques semaines après l'arrêt du 10SPort.com. Cette stratégie a permis au journal L'Equipe de retrouver son monopole sur le marché. L'ensemble de ces éléments permettent de qualifier une pratique d'éviction ne relevant pas de la concurrence par les mérites (CJCE, 14 février 1978, United Brands Company c/ Commission, C-27/76), qui se distingue ainsi des actes qu'une entreprise, même en position dominante, peut légitimement accomplir afin de préserver ses intérêts commerciaux face aux comportements de ses concurrents.

Refus de vente – La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence qui sanctionne la société Cegedim pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des logiciels de gestion de base de clientèle, en refusant de vendre sa base de données de référence aux clients utilisant le logiciel de la société Euris **(CA Paris, 24 septembre 2015, Sté Cegedim, n°2014/17586 : Concurrences, n°4-2015, p.123, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°261, obs. G. Decocq)**. L'Autorité n'a pas qualifié la base de données *OneKey* de facilité essentielle mais, « *même en l'absence de facilité essentielle, un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il fausse de manière sensible le jeu de la concurrence* » (Aut. Conc, décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, point 192). En l'espèce, même si la base de données peut effectivement être répliquée, son exhaustivité rendrait l'opération très coûteuse et excessivement longue pour l'entreprise concurrente. La Cour confirme ce raisonnement et s'inscrit dans la lignée de sa jurisprudence en la matière (CA Paris, 22 février 2005, Sté des abattoirs de Laval, n°CT0175).

2. Pratiques de forclusion

Constitution de barrières à l'entrée du marché – La Cour de cassation met fin à la saga contentieuse autour de l'entreprise Orange Caraïbe, définitivement

condamnée pour des pratiques ayant freiné le développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane **(Cass. Com, 6 janvier 2015, Orange Caraïbe, n°13-21305 : Concurrences, n°2-2015, p.94, obs. A-L. Sibony ; Contrats conc. conso. 2015, comm. n°70, obs. G. Decocq).** Orange Caraïbe détenait plus de 75% des parts de marché à l'époque des faits : afin de conserver sa position dominante, l'entreprise a mis en œuvre diverses pratiques qui avaient toutes pour objet ou pour effet de rendre plus difficile le développement d'opérateurs concurrents. Orange Caraïbe a ainsi préempté l'unique réparateur de téléphones agréé présent dans la zone, a opté pour des distributeurs mono-marques, a établi une discrimination tarifaire entre les appels sur son réseau et les appels vers le réseau d'autres opérateurs et a proposé des points de fidélité en cas de réengagement pour 24 mois de ses clients.

Conclusion de contrats de longue durée – La conclusion de contrats d'hébergement des équipements de téléphonie mobile d'une durée de 20 ans a pour conséquence de verrouiller le marché des services d'hébergement, portant ainsi un risque avéré sur la concurrence **(Aut. Conc, décision n° 15-D-09 du 4 juin 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement des équipements de téléphonie mobile : Concurrences, n°3-2015, p.85, obs. A-L. Sibony)**. L'Autorité rend obligatoires des engagements de TDF afin d'assurer une plus grande fluidité sur le marché. Ainsi, TDF s'engage notamment à limiter la durée des contrats à 10 ans et à faciliter la résiliation anticipée en abaissant les pénalités.

B. Pratiques des opérateurs historiques

Théorie de l'abus automatique appliquée à une extension injustifiée d'un monopole légal - L'affaire opposant Slovenská pošta à la Commission **(Trib. UE, 25 mars 2015, Slovenská pošta c/ Commission, aff. T-556/08,** op.cit) permet de revenir sur la théorie de l'abus automatique. Cette théorie permet de sanctionner, par la combinaison des articles 102 TFUE et 106.1 TFUE, les règles élaborées par les autorités nationales qui sont structurellement génératrices d'abus avant même que tout abus soit constaté (CJUE, 17 juillet 2014, DEI c/ Commission, C-553/12 P). En l'espèce, la disposition litigieuse était un amendement de la loi postale slovaque qui étend le monopole postal aux services de courrier hybride. Le Tribunal utilise le test de l'abus automatique qui consiste à se demander si la disposition litigieuse amène l'entreprise qui en bénéficie à abuser automatiquement de sa position dominante lorsqu'elle exerce les droits qui en découlent. Le Tribunal fait application des principes dégagés en la matière par l'arrêt Höfner et Elser (CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90) et notamment de l'idée qu'il y a abus automatique si la disposition en cause amène une limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause. Il convient de vérifier si l'entreprise bénéficiaire « *n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités et que (...) l'exercice de ces activités par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités* » (point 325). Cela souligne clairement l'importance du critère du choix du consommateur final dans les objectifs du droit européen de la concurrence. En l'espèce, le Tribunal valide l'analyse de la Commission qui avait notamment relevé que certains services supplémentaires comme la distribution 7 jours sur 7 n'étaient pas proposés par la poste slovaque, privant ainsi les consommateurs finals de ces services.

Diversification des opérateurs historiques sur des marchés connexes- Deux affaires, l'une concernant EDF **(CA Paris, 21 mai 2015, EDF, n°2014/02694 : Concurrences, n°3-2015, p.77, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°208, obs. G. Decocq)**, l'autre la SNCF **(Aut. Conc, décision n°15-D-05 du 15 avril 2015 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe SNCF dans le secteur transport de personnes : Concurrences, n°3-2015, p.81, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°178, obs. D. Bosco)**, reviennent sur les conditions de la diversification des opérateurs historiques sur des marchés concurrentiels connexes au marché sur lequel ils occupent une position dominante. Ces affaires permettent de mettre en pratique la doctrine élaborée par Conseil de la concurrence (Cons. Conc, avis n°94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à la demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence), selon laquelle la diversification des opérateurs historiques n'est pas, en elle-même, anticoncurrentielle car pouvant stimuler la concurrence avec l'arrivée d'un nouvel opérateur sur le marché. Cependant, la diversification comporte des risques qu'il s'agit de prévenir avec des précautions particulières. Ainsi, la filialisation est exigée mais n'est pas suffisante : elle doit s'accompagner d'une séparation comptable entre les activités concurrentielles et les activités sous monopole. En outre, les filiales doivent avoir leurs propres moyens humains et techniques pour réaliser leurs activités, afin d'éviter tout risque de subvention croisée. Enfin, l'opérateur historique ne peut entretenir une confusion, aux yeux des consommateurs, entre la filiale et la société mère. En l'espèce, les deux affaires concernent les problèmes de distorsions de concurrence qui peuvent résulter de l'appui des filiales des opérateurs historiques sur ses ressources humaines, financières, techniques et commerciales. Il est ainsi reproché à EDF d'entretenir une confusion pour les consommateurs puisque la filiale EDF ENR utilise la marque EDF, ainsi que de mettre à disposition les ressources informationnelles du groupe EDF. Concernant la SNCF, la société Transdev conteste la candidature de Keolis, filiale de la SNCF, conjointement avec SNCF Partenariat, à l'attribution d'un marché public pour la Compagnie des Transports Strasbourgeois, puisqu'une telle coordination des activités concurrentielles avec les activités sous monopole ne peut pas être répliquée par les concurrents. Ces deux affaires soulignent la nécessité de rechercher un équilibre entre les préoccupations de concurrence et la marge de liberté des anciens opérateurs historiques.

2015, un an de droit des abus de position dominante

C. Autres abus

Abus d'exploitation – Dans une affaire concernant AdWords, le service de publicité en ligne de Google, l'Autorité de la concurrence utilise le concept d'abus d'exploitation afin d'encadrer les pratiques commerciales de l'opérateur dominant **(Aut. Conc, décision n° 15-D-13 du 9 septembre 2015 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Gibmedia : Concurrences, n°4-2015, p.127, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°259, obs. D. Bosco)**. L'abus d'exploitation fait référence aux actions illicites mises en œuvre au détriment d'agents économiques définis qui sont en relation avec l'entreprise dominante, comme l'imposition de conditions de transaction inéquitables (CJCE, 5 octobre 1988, Alsatel contre Novasam, C-247/86). En l'espèce, Gibmedia a vu son compte AdWords suspendu, sans préavis, sur le fondement des conditions générales d'utilisation d'AdWords qui prévoient une possibilité de suspension d'un compte en cas de publicités indignes de confiance. Gibmedia considère qu'il s'agit d'un abus de position dominante, Google cherchant à favoriser ses propres services puisque plusieurs sites détenus par Gibmedia sont concurrents des services proposés par Google. A première vue, il s'agit ici d'un contentieux contractuel classique. Cependant, l'Autorité utilise le concept d'abus d'exploitation pour se saisir de l'affaire. Elle rappelle tout d'abord que la politique de protection du consommateur développée par Google à travers ses conditions générales d'utilisation « *relève de l'exercice légitime de la liberté commerciale* » (point 102). Google n'est donc pas tenu d'ouvrir son service AdWords à tous les demandeurs mais un refus doit être objectif, transparent et non discriminatoire sinon il pourrait constituer une utilisation abusive d'un pouvoir de marché. Par conséquent, l'Autorité rejette la demande de mesures conservatoires effectuée par Gibmedia mais poursuit l'instruction au fond.

Abus de procédure résultant des actions en contrefaçon d'un brevet essentiel à une norme – Le droit de l'Union vise à garantir l'exercice de droits exclusifs de propriété intellectuelle tout en préservant le libre jeu de la concurrence. La Cour de Justice a ainsi reconnu que, dans des circonstances exceptionnelles, l'exercice de tels droits peut constituer un abus de position dominante (CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01). Cette relation délicate entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle a connu un nouveau développement important avec une affaire concernant les accords de normalisation dans le secteur de communications électroniques **(CJUE, 16 juillet 2015, Huawei Technologies c/ ZTE Corp. et ZTE, aff. C-170/13 : Concurrences, n°4-2015, p.120, obs. A-L. Sibony ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°234, obs. G. Decocq ; Europe 2015, comm. n°374, obs. L. Idot)**. En l'espèce, il s'agissait de déterminer les conditions permettant au titulaire d'un brevet essentiel à une norme (BEN) d'agir en contrefaçon de son BEN sans que cela ne constitue un abus de position dominante. Les détenteurs de BEN s'engagent auprès de l'organisme de normalisation à accorder aux tiers des licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (conditions dites FRAND), afin d'éviter qu'ils ne monopolisent la production de biens nécessitant cette norme. Cette affaire intervient après un communiqué de presse de la Commission à propos d'une affaire similaire opposant Apple à Samsung, dans lequel la Commission considère que l'action en contrefaçon est abusive dès lors que le contrefacteur s'est déclaré disposé à négocier (Comm. UE, IP/12/1448, 22 avril 2015). A l'inverse, lors d'une affaire concernant Orange Book Standard, le Landgericht Düsseldorf a considéré que le licencié potentiel n'était débiteur d'aucun engagement FRAND. La Cour doit trouver un point d'équilibre entre la libre concurrence et la protection du droit de propriété intellectuelle et du droit au recours effectif, afin de minimiser les risques de patent hold-up de la part du détenteur du BEN et de patent hold-out de la part du contrefacteur. La Cour énonce donc des obligations inédites. Concernant le détenteur du brevet, il a l'obligation d'avertir le contrefacteur de la contrefaçon reprochée en désignant ledit brevet et en précisant la façon dont il a été contrefait. De plus, le détenteur doit transmettre une offre de licence à des conditions FRAND. Le contrefacteur doit répondre à cette offre de bonne foi et, en cas de refus de sa part, transmettre une contre-offre aux conditions FRAND. Enfin, en cas de blocage persistant de la situation, il peut être fait recours à un tiers indépendant.

Abus de dépendance économique – L'affaire Rocca Transports permet à la Cour d'appel de Paris de reconnaître un abus de dépendance économique **(CA Paris, 22 octobre 2015, SARL Rocca Transports c/ SNCM, n°14/03665 : Concurrences, n°1-2016, p.99, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2016, comm. n°14, obs. D. Bosco)**. Les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce concernant la dépendance économique sont rarement mises en œuvre, au profit des dispositions de l'article L. 446-2 concernant les déséquilibres commerciaux. En l'espèce, la Cour considère que Rocca Transports est dépendant économiquement de la SNCM pour les liaisons régulières vers la Corse depuis le port de Marseille car il n'existe aucune solution alternative, notamment en raison des plus faibles rotations effectuées par les concurrents de la SNCM, la CNM et Corsica Ferries.

Exercice d'un droit de préemption – La Cour d'appel de Paris confirme une décision de l'Autorité de la concurrence qui considère que l'exercice d'un droit de préemption n'est pas, en l'espèce, abusif **(CA Paris, 26 mars 2015, Sté Altimat, n°2013/23132 : Concurrences, n°2-2015, p.96, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°151, obs. G. Decocq)**. La société Altimat soutenait que le droit de préemption permettait au groupe Weldom de renforcer sa position dominante sur le marché de la distribution d'articles de bricolage dans la vallée de la Tarentaise. Selon la Cour, l'abus n'est pas démontré. Cet arrêt souligne donc que rien n'exclut que l'exercice d'un tel droit puisse être considéré comme abusif, selon les faits d'espèce.

Dénigrement d'un concurrent – Le fait pour une entreprise en position dominante de dénigrer un concurrent peut être constitutif d'un abus si le discours commercial litigieux vise à discréditer le concurrent ou ses

2015, un an de droit des abus de position dominante

produits et ne s'appuie pas sur des données objectives. Le dénigrement a des effets décuplés lorsqu'il est le fait d'une entreprise dominante, en raison de sa notoriété et de la confiance que lui accordent les consommateurs. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence qui condamne la Société Nouvelle des Yaourts Littee pour dénigrement **(CA Paris, 24 septembre 2015, La Société Nouvelles des Yaourts Littee, n°2014/16108 : Concurrences, n°1-2016, p.100, obs. F. Marty ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°286, obs. G. Decocq)**.

Abus par dégradation de l'accès à une infrastructure – Il est de jurisprudence constante que la liste des exemples d'abus visés par les articles 102 TFUE et 420-2 du Code de commerce n'est pas limitative, aucun principe n'interdisant aux autorités de concurrence et aux juges de consacrer de nouveaux types d'abus (CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission, C-85/76). Selon la CJUE, l'abus est « *une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernement une compétition normale des produits ou des services (…), au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* » (CJUE, 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09 ; point 27 de l'arrêt). Dans une affaire concernant les pratiques de TDF sur le marché amont des infrastructures de diffusion de signaux télévisuels en outre-mer **(Aut. Conc, décision n° 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer,** op.cit), l'Autorité de la concurrence consacre un nouveau type d'abus qui consiste en un accès dégradé à une infrastructure. En l'espèce, TDF a tardé à publier une offre de référence d'hébergement sur ses sites de diffusion télévisuelle, sans donner d'explication valable, lui permettant ainsi de conserver sa position de monopole.

III- L'analyse de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel

Application de l'analyse économique « par les effets » aux remises conditionnelles, standardisées et rétroactives - La pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour en matière d'analyse des effets des pratiques tarifaires (ciseaux tarifaires, rabais fidélisants, prix prédateurs, etc) sont traditionnellement marquées par une approche formaliste, considérant que certaines caractéristiques des pratiques tarifaires en cause pouvaient avoir des effets anticoncurrentiels, sans procéder à une analyse économique de ces effets. Les orientations de la Commission (Communication 2009/C45/02 de la Commission sur les priorités retenus par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes) ont promu une analyse économique des effets des pratiques tarifaires des opérateurs dominants avec l'idée que la concurrence par les mérites peut aboutir à l'éviction des concurrents moins efficaces. La Commission a proposé plusieurs tests centrés autour d'une comparaison avec un opérateur hypothétique aussi efficace, limitant ainsi le nombre de pratiques constitutives d'abus réels. Dans une première affaire Post Danmark (CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10), la juridiction de renvoi avait demandé à la Cour si une pratique de baisse de prix sélective à un niveau intermédiaire entre les coûts incrémentaux moyens et les coûts totaux moyens constituait un abus. Dans une affaire de 2000, la Cour avait jugé cette pratique abusive du seul fait de son objet, sans analyser les effets (CJCE, 16 mars 2000, Compagnie Maritime Belge, C-395/96 P). Dans l'arrêt Post Danmark I, la Cour considère qu'une pratique de baisse de prix sélective n'est pas en elle-même abusive, sauf si elle est consécutive d'une volonté d'élimination d'un concurrent, ce qu'il convient de vérifier en appliquant le test du concurrent aussi efficace. La Cour avait donc consacré une évolution dans l'approche des pratiques tarifaires. La nouvelle affaire Post Danmark lui aurait permis d'entériner cette approche économique modernisée. Cependant, dans ce nouvel arrêt, la Cour se montre plus prudente **(CJUE, 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14 : Concurrences, n°1-2016, p.94, obs. A-L Sibony ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°260, obs. D. Bosco ; Europe 2015, comm. n°510, obs. L. Idot)**. Interrogée sur les critères d'analyse des remises conditionnelles, standardisées et rétroactives, elle rappelle qu'il convient d'abord d'examiner les caractéristiques de la remise elle-même puis d'analyser les conditions de la concurrence pour apprécier l'existence d'un effet d'éviction ou de gains d'efficacité. Cependant, la Cour précise que cette seconde étape plus économique n'est retenue dans cet arrêt qu'en raison des faits de l'espèce. Concernant l'articulation de cette analyse avec le test de l'opérateur aussi efficace, la Cour considère qu'il « *n'est pas possible de déduire de l'article 82 CE ou de la jurisprudence de la Cour une obligation juridique de se fonder systématiquement sur le critère du concurrent aussi efficace pour constater le caractère abusif d'un système de rabais pratiqué par une entreprise en position dominante » (point 57). Concernant l'affaire d'espèce, « l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace* » (point 59). A la lecture de cet arrêt, il est donc clair que l'approche économique modernisée reste largement en tension avec l'approche formaliste classique dans la jurisprudence de la Cour, à l'inverse de la pratique décisionnelle de la Commission qui contient désormais systématiquement une analyse économique. Les juges du Luxembourg ne désavouent pas l'approche économique préconisée par la Commission mais rappellent sa place secondaire dans son analyse des abus de position dominante.

Nécessité d'une analyse objective des effets de l'abus – Dans son arrêt EDF **(CA Paris, 21 mai 2015, EDF, n°2014/02694,** op.cit), la Cour d'appel de Paris réforme la décision de l'Autorité de la concurrence au niveau de la détermination du montant de l'amende. L'abus consistait en l'utilisation abusive

2015, un an de droit des abus de position dominante

par EDF ENR de la marque EDF. L'Autorité considère qu'il s'agit d'un avantage que les concurrents ne peuvent reproduire dans des conditions financières raisonnables. La Cour fait valoir que l'analyse de l'Autorité ne comporte aucune démonstration objective des effets du comportement abusif, et n'est basée que sur une analyse de la structure du marché pertinent. L'amende déterminée par l'Autorité est ainsi réduite de 40%, la Cour estimant que l'effet des pratiques n'est pas aussi important pour la période de mai 2009 à mars 2010. Cet arrêt est un clair appel au renforcement du caractère économique des analyses de l'Autorité.

Pertinence d'analyses comportementales – L'affaire Orange Caraïbe **(Cass. Com, 6 janvier 2015, Orange Caraïbe, nº13-21305,** op.cit) offre un exemple de l'utilisation d'argumentations comportementales en droit de la concurrence. Ainsi, lors de l'analyse du programme de fidélisation proposé par Orange Caraïbe, la Cour considère que cette offre avait une influence sur le comportement du client de l'entreprise car cela « *était de nature à le dissuader de migrer vers d'autres opérateurs pour ne pas perdre la contre-valeur de ses points* », instaurant ainsi des barrières à l'entrée du marché. Cette analyse fait référence au concept d'aversion à la perte en psychologie.

Justification d'un abus de position dominante par le comportement illicite d'un concurrent - La mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ne peut être légitimée par un comportement illicite d'un concurrent. Il convient d'utiliser les voies de droit appropriées pour contester ce comportement. En l'espèce, dans l'affaire Cegedim, un refus de vente n'est pas une réponse appropriée à des soupçons de pratiques de contrefaçon **(CA Paris, 24 septembre 2015, Sté Cegedim, nº2014/17586, op.cit).**

IV- La sanction des abus

A. Engagements

Valeur d'une décision d'engagements dans le cadre des actions civiles des victimes d'abus de position dominante - Une décision d'engagements prise par l'Autorité de la concurrence n'est pas une décision de sanction (Cass. Com, 4 novembre 2008, nº721275, B. 188 : « *pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié* »). Cela n'est donc pas un acte d'accusation au sens de l'article 6.1 CEDH. Ainsi, dans le cadre d'actions civiles, les plaignants qui s'estiment victimes de pratiques anticoncurrentielles suite à un décision d'engagements prise par l'Autorité, doivent prouver, conformément à l'article 1382 du Code civil, l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Pourtant, le Tribunal de commerce de Paris a, dans l'affaire opposant DKT à Eco-Emballages et Valorplast **(T. Com Paris, 30 mars 2015, DKT c/ Eco-Emballages et Valorplast, RG nº2012000109 : Concurrences, nº3-2015, p.79, obs. A. Wachsmann et N. Zacharie ; Contrats. conc. conso. 2015, comm. nº155, obs. G. Decocq)**, inféré l'existence d'un préjudice des pratiques ayant fait l'objet d'une décision d'engagements de l'Autorité. Il s'appuie, de manière erronée, sur la directive du 26 novembre 2014 (Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne) qui pose un tel principe, mais uniquement pour les affaires de cartel en raison de leur caractère secret. Cette position n'est donc pas conforme au droit européen de la concurrence et pose un véritable risque pour l'attractivité de la procédure d'engagements.

Objet de la procédure d'engagements – Dans l'affaire Booking.com **(Aut. Conc, décision nº 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne,** op.cit), l'Autorité de la concurrence rappelle l'objet de la procédure d'engagements. L'entreprise Booking a proposé des engagements seulement pour certains éléments de la saisine de l'Autorité par les plaignants, à savoir les clauses de parité. Lors du test de marché, certains contributeurs ont reproché à Booking l'absence d'engagements concernant les autres éléments de la saisine. Dans sa décision, l'Autorité rappelle que selon la Cour d'appel de Paris, « *la procédure d'engagements constitue l'un des outils qui permet à une autorité de concurrence d'exécuter sa mission consistant à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, cette mission de défense de l'ordre public économique habilitant ladite autorité à rendre des décisions d'engagements, non pour satisfaire la demande d'une partie plaignante mais pour mettre fin à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence* » (CA Paris, 19 décembre 2013, Sté Cogent Communications France, nº2012/19484).

B. Calcul du montant de la sanction

Réduction du montant de l'amende par la Cour d'appel de Paris - Dans l'affaire de la Société Nouvelle des Yaourts Littee **(CA Paris, 24 septembre 2015, La Société Nouvelles des Yaourts Littee, nº2014/16108,** op.cit), la Cour d'appel de Paris condamne le refus de l'Autorité de la concurrence de prendre en compte certaines circonstances atténuantes. La Cour relève ainsi que la réglementation en matière de dates limites de consommation était complexe et incertaine au moment des faits, rendant ainsi sa compréhension difficile par les opérateurs économiques. Cette circonstance est donc de nature à atténuer la responsabilité de la société SNYL, qui avait mis en cause la conformité aux normes réglementaires des produits de la société LSM. Par conséquent, la Cour diminue de 20% le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société SNYL.

Conditions de majoration de l'amende pour réitération de pratiques anticoncurrentielles - L'affaire Orange Caraïbe **(Cass. Com, 6 janvier 2015, Orange Caraïbe, nº13-21305,** op.cit) donne l'occasion à la Cour de cassation de préciser

2015, un an de droit des abus de position dominante

les contours de la notion de réitération de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, selon la Cour, le fait que les infractions commises ne soient pas exactement identiques ne fait pas obstacle à la qualification de réitération, qu'il s'agisse de différences tenant à la définition du marché pertinent ou à la pratique elle-même. La qualification de réitération peut donc être retenue pour des pratiques similaires, par leurs objets ou leurs effets.

Plafond des sanctions – Dans l'affaire ECMA **(CA Paris, 26 février 2015, ECMA, n° 2013/06663,** op.cit), la Cour d'appel de Paris rappelle que la notion d'entreprise, tant en droit de l'Union qu'en droit interne, concerne « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* » (CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, point 21 de l'arrêt). Cependant, la Cour précise que « *si toute entité exerçant une activité économique peut ainsi, quelle que soit sa forme juridique, faire l'objet d'une sanction fondée sur l'article 102 TFUE et sur l'article L. 420-2 du Code de commerce, il n'en demeure pas mois que (...) l'article L. 464-2 du Code de commerce institue un plafond de sanctions différent selon que l'entité qui a contrevenu aux règles du droit de la concurrence est ou non une entreprise* ». L'Autorité de la concurrence n'a ainsi pas commis d'erreur de droit en considérant que le plafond applicable à l'ECMA, association régie par la loi du 1er juillet 1901, est celui pour les contrevenants qui ne sont pas des entreprises. Ce plafond est de 3 millions d'euros selon l'article L. 464-2 du Code de commerce.

V- Les procédures antitrust

Gazprom – La Commission européenne **(Comm. UE, IP/15/4828, 15 avril 2015 : Contrats. conc. conso. 2015, alerte n°49)** a adressé une communication des griefs à Gazprom concernant ses pratiques commerciales sur les marchés gaziers d'Europe centrale et orientale qui consisteraient à cloisonner ces marchés en réduisant la capacité de revente transnationale de ses clients, lui permettant ainsi de mettre en place une stratégie de discrimination tarifaire. En outre, Gazprom est accusé d'obtenir des avantages de la part de ses distributeurs comme condition préalable à ses livraisons de gaz.

Google et Android – La Commission européenne **(Comm. UE, IP/15/4780, 22 avril 2015 : Contrats. conc. conso. 2015, alerte n°48)** a adressé une communication des griefs à Google concernant son comparateur de prix que l'entreprise est accusée de mettre systématiquement en avant à l'écran dans ses pages de résultats de recherche, détournant ainsi les consommateurs de potentiels résultats plus pertinents. En outre, concernant le comportement de Google sur le système d'exploitation pour appareils mobiles Android, la Commission a ouvert une procédure formelle d'examen afin de déterminer si Google a entravé le développement et l'accès au marché des systèmes d'exploitation, applications et services concurrents pour appareils mobiles.

Droit des pratiques restrictives de la concurrence

Par Hélène CORDIER

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'actualité du droit des pratiques restrictives de concurrence est principalement marquée par l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Promulguée le 6 août 2015, la loi dite « loi Macron » contient un certain nombre de dispositions intéressant le droit de la concurrence. Parmi celles-ci, on retiendra d'une part le renforcement des pouvoirs et prérogatives actuels de l'Autorité de la concurrence, et ce malgré la censure de certaines dispositions par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août dernier et, d'autre part, l'encadrement étendu des relations commerciales. Cette loi vient modifier certaines mesures figurant dans la « loi Hamon » du 17 mars 2014, notamment quant à la négociation commerciale ; participant ainsi au mouvement de réécriture perpétuelle des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Par ailleurs, l'actualité juridique de l'année 2015 s'est portée sur les pratiques prohibées par l'article L. 442-6 du Code de commerce, notamment les déséquilibres significatifs et les ruptures brutales des relations commerciales établies, ainsi que les faits de concurrence déloyale, qui ont largement alimenté la jurisprudence.

I. Les réformes de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron », en droit des pratiques restrictives de concurrence

A. Renforcement des pouvoirs dévolus à l'Autorité de la concurrence

Mécanisme d'information préalable. - La loi du 6 août 2015 complète le chapitre II du Titre VI du Livre IV du Code de commerce par un article L. 462-10, qui prévoit un mécanisme d'information préalable de l'Autorité de la concurrence de tout accord intervenant entre les opérateurs du secteur de la distribution ou du commerce de détail ayant pour objet de « *négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs* ». Le caractère obligatoire d'une telle notification, qui devra intervenir au moins deux mois avant la mise en œuvre de l'accord concerné, sera conditionné par le dépassement d'un seuil de chiffre d'affaires par les entreprises parties à l'accord, lequel sera fixé par décret en Conseil d'Etat. Cette disposition reprend les recommandations formulées par l'Autorité de la Concurrence dans un avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur

de la grande distribution, permettant ainsi à l'Autorité de la Concurrence d'intervenir si de tels accords, n'entrant pas dans le champ du contrôle des concentrations, s'avéraient susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence eu égard aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

Renforcement des pouvoirs des enquêteurs. – Les agents chargés d'enquêter sur les manquements aux dispositions du Code de commerce relatives à la liberté des prix et de la concurrence pourront exiger la communication et obtenir copie de documents professionnels « *de toute nature* », et « *entre quelques mains qu'ils se trouvent* ». Afin de faciliter l'accomplissement de leur mission, la modification de l'article L. 450-3 du Code de commerce prévoit également que ces agents pourront exiger « *la mise à disposition des moyens indispensables pour effectuer leurs vérifications* ». En revanche, dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 aout 2015, le Conseil Constitutionnel a censuré les dispositions l'article 216, 2° de la loi, qui permettaient aux agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, ainsi qu'aux agents de la DGCCRF, d'obtenir la communication de données de connexion auprès des opérateurs de communications électroniques, notamment les factures téléphoniques détaillées, dites « fadettes ». Ces dispositions ont été déclarées non conformes à la Constitution dès lors que, faute de garanties prévues par la loi, celles-ci n'opéraient pas de conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public.

Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale (« micro-PAC »). – La loi donne la possibilité à l'Autorité de la concurrence de rejeter par « *décision motivée* » une saisine portant sur des pratiques anticoncurrentielles mineures, dont l'effet est purement local, lorsque celles-ci peuvent être traitées par le ministre chargé de l'économie, et notamment la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF). Le ministre se voit alors attribuer des pouvoirs d'injonction et de transaction lorsque les pratiques concernées affectent un marché de dimension locale, ne concernent pas des faits relevant du droit de l'Union Européenne ou étant susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, et mettent en cause des entreprises dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas les seuils fixés à l'article L.464-9 du Code de commerce. Cette compétence est nécessairement résiduelle et ne peut s'exercer que si l'Autorité de la Concurrence a été saisie au préalable par une entreprise ou un organisme habilité à le faire, ou si elle s'est autosaisie sur proposition du rapporteur général. L'objectif sous-jacent de cette mesure vise à restreindre l'encombrement de l'Autorité de la concurrence avec des affaires de moindre importance, pouvant être pertinemment appréhendées par le ministre de l'économie.

Procédure de transaction et procédure de clémence. – La loi du 6 août 2015 substitue à l'actuelle procédure de non-contestation des griefs une procédure de transaction à l'image de celle prévue en droit de l'Union. L'article 218 de la loi Macron prévoit que

2015, un an de droit des pratiques restrictives de concurrence

l'organisme ou l'entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés pourra se voir proposer par le rapporteur général « *une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée* ». Cette procédure permettra notamment au rapporteur général de tenir compte dans sa proposition de transaction des engagements de l'entreprise ou de l'organisme à changer son comportement. Inscrite à l'article L. 463-2 du Code de commerce, la nouvelle procédure de transaction ne s'appliquera qu'aux procédures dont les griefs auront été notifiés après la publication de la loi du 6 août 2015. Par ailleurs, la loi vient également simplifier la procédure de clémence. L'Autorité de la concurrence pourra désormais statuer sur l'exonération de sanction pécuniaire (totale ou partielle) sans l'établissement préalable d'un rapport. Le deuxième tour de contradictoire est également supprimé, ce qui permet de limiter les débats devant l'Autorité de la concurrence à un seul tour lorsque les parties mises en cause ont déposé une demande de clémence. **(AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 404, obs. J-L. Fourgoux).**

B. Ajustements apportés à la loi Hamon en matière de relations commerciales

Réglementation des contrats d'affiliation. – Le livre III du Code de commerce est complété par une titre IV intitulé « *des réseaux de distribution commerciale* », dans lequel la loi vient ajouter à l'organisation de ces réseaux afin de faciliter la mobilité inter-enseignes pour les commerçants membres de ces derniers. D'une part, l'article L. 341-1 du Code de commerce prévoit que l'ensemble des contrats liant un commerçant détaillant à un réseau « *comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale* » prend fin à la même date, afin d'éviter que la durée des contrats et la variété de leurs échéances ne rendent impossible pour un commerçant d'opter pour l'indépendance ou de rejoindre un autre réseau. D'autre part, le nouvel article L. 341-2 impose que les clauses de non concurrence post-contractuelles sont réputées non écrites. Le texte vise ici « *toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat*» et prévoit une dérogation à condition que les clauses concernées remplissent les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article L. 341-2, II. Ce dispositif s'appliquera à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de promulgation de la loi.

Convention unique, ou « plan d'affaires », entre fournisseurs et grossistes. – Le nouvel article L. 441-7-1 du Code de Commerce impose la conclusion d'une convention écrite entre le fournisseur et le grossiste, fixant « *les obligations auxquelles se sont engagées les parties* ». Cependant, il ne sera plus obligatoire de mentionner le barème de prix initial, les conditions générales de vente et la liste des réductions de prix accordées. Le texte précise que la convention écrite fixera « *le cas échéant, les types de situation et les modalités selon*

lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ». Le non respect de ce formalisme sera sanctionné d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique, et 375 000 € pour les personnes morales. Le montant de l'amende encourue pourra être doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Clause de renégociation du prix. - L'article L. 441-8 du Code de commerce, issu de la loi Hamon du 17 mars 2014, impose l'insertion d'une clause de renégociation de prix dans les contrats d'une durée supérieure à trois mois portant sur « *la vente de produits (...) dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires* ». La loi Macron précise que le présent article est également applicable aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois « *portant sur la conception et la production* » de ces mêmes produits, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur (art. L. 441- 8 al. 6 du Code de commerce).

Modification des délais de paiement. – Conformément à la directive européenne 2011/7/UE du 16 février 2011 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, l'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit désormais que « *le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture* ». Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, à la condition que « *ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier* ». Par ailleurs, la loi pérennise le régime dérogatoire accordé aux secteurs économiques à saisonnalité marquée, qui avait été successivement autorisé à titre transitoire par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012. Les secteurs concernés, dont la liste sera fixée par décret, pourront ainsi convenir d'un délai de paiement ne dépassant pas le délai maximal applicable en 2013 en vertu de ces accords. Le non-respect de ces délais plafond sera passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique, et 375 000 € pour les personnes morales.

Renforcement de l'effectivité de la sanction civile. – La loi Macron complète l'article L. 442-6, III du Code de commerce et prévoit que le ministre chargé de l'économie pourra désormais solliciter une amende civile alternativement de deux millions d'euros ou fixée « *de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5% du chiffre d'affaires annuel réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre* ». Ce double plafond permet au juge d'une part de prendre en compte la puissance économique réelle de l'entreprise à l'origine des pratiques illicites,

2015, un an de droit des pratiques restrictives de concurrence

et d'autre part de disposer d'une amende d'un montant dissuasif, tout en permettant de sanctionner les manquements des entreprises recourant à des structures juridiques dont le chiffre d'affaires est relativement faible.

II. Les pratiques prohibées par l'article L. 442-6 du Code de commerce

A. Application du déséquilibre significatif

Généralisation de la notion en droit commun. - L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats prévoit l'introduction dans le Code Civil de la notion de « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Le projet de nouvel article 1169 dispose ainsi que « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Il précise, en son second alinéa, que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Ce texte, dont les dispositions sont très proches de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, a pour objet de faciliter la remise en cause du contrat après sa signature et étend le pouvoir de contrôle du juge sur lesdits contrats.

Appréciation globale du contrat. – Dans deux arrêts rendus le 3 mars 2015, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé par deux enseignes de la distribution et apporté des précisions quant à l'appréciation du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Selon la chambre commerciale de la Cour de Cassation, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce prévoit que le contrat doit être apprécié dans le contexte dans lequel il a été conclu ou proposé à la négociation. La Cour favorise ainsi une « *appréciation concrète et globale des contrats en cause* », permettant de caractériser le déséquilibre significatif auquel les sociétés demanderesses ont soumis leurs fournisseurs, et approuve les juges du fond qui n'ont pas fondé leur raisonnement « *en considération des seules clauses litigieuses* ». **(Cass. Com., 3 mars 2015, Eurauchan, n° 13-27525 ; et Provéra, n° 14-10907 : Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 2-2015, p. 117, obs. J-L. Fourgoux).**

Contrepartie et charge de la preuve. – Dans une affaire du 27 mai 2015, la Cour de Cassation considère que la clause prévoyant l'intangibilité des conditions générales d'achat, excluant toute négociation véritable, ainsi que la clause prévoyant de manière systématique, sans possibilité de négociation, des délais de paiement différents pour les créances et dettes contractées réciproquement par deux parties au contrat, sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. S'agissant de la démonstration du déséquilibre significatif, la chambre commerciale de la Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'Appel et admet qu'il « *incombe (à celui) qui soutient qu'une clause méconnait l'article L. 442-6 du Code de commerce de prouver qu'elle n'a pas pour contrepartie*

d'autres droits ou obligations prévus par le contrat ». En l'occurrence, le déséquilibre significatif a été caractérisé sur le fondement de quelques stipulations, alors mêmes que le distributeur « *n'offrait pas de justifier que d'autres clauses du contrat permettaient de rééquilibrer les obligations des parties* ». En l'occurrence, il appartient à celui qui invoque le bénéfice de la règle d'établir un déséquilibre significatif à partir de l'analyse d'une ou plusieurs stipulations, et au cocontractant de faire valoir le cas échéant un rééquilibrage à l'échelle de l'ensemble du contrat. **(Cass. com., 27 mai 2015, Galec, n°14-11.387 : Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 4-2015, p. 138, obs. M. Chagny).**

Contrôle de l'équilibre financier du contrat. – Dans un arrêt du 1er juillet 2015, la Cour d'Appel de Paris applique pour la première fois les dispositions de l'article L. 442-6, 1, 2° du Code de commerce sanctionnant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à une réduction de prix, plus précisément des ristournes de fin d'année. Conformément au principe de libre négociabilité, la Cour estime que « *si le juge judiciaire ne peut contrôler les prix qui relèvent de la négociation commerciale, il doit sanctionner les pratiques commerciales restrictives de concurrence et peut annuler les clauses contractuelles qui créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, même lorsque ces clauses sont relatives à la détermination du prix* », et cela en application de l'article L. 442-6-1-2° du Code de commerce. La Cour fait ici une interprétation littérale de ces dispositions, qui visent « les obligations » et n'excluent pas certaines d'entre elles comme le prix, contrairement à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Cet arrêt rappelle l'importance de contreparties aux réductions de prix, qui doivent être formalisées dans la convention annuelle liant les parties au contrat. **(CA Paris, Pôle 5 ch. 4, 1 juil. 2015, Ministre de l'Economie c/ Galec, RG n° 13/19251 : Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 4-2015, p. 139, obs. J-L. Fourgoux).**

Equilibre des relations commerciales et clause de parité tarifaire. – Dans un jugement du 7 mai 2015, le Tribunal de commerce de Paris applique les critères classiques du déséquilibre significatif, dégagés par la jurisprudence dans le secteur de la grande distribution, aux relations contractuelles entre les plateformes de réservation en ligne et les hôteliers. Le Tribunal admet que la clause de parité tarifaire, qui assure à Expédia un alignement automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles octroyées par l'hôtelier, est constitutive d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. En l'espèce, le déséquilibre relève principalement de l'absence de contrepartie suffisante à cette obligation de parité tarifaire, puisque Expédia n'a pris aucun risque ou engagement d'achat minimum qui permettrait de justifier un tel avantage. Le Tribunal consacre alors l'extension du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce dans la lignée de sa jurisprudence, afin de rééquilibrer les relations commerciales dans le secteur des voyages en ligne. Dans une décision n°15-D-06 du 21 avril 2015, l'Autorité de la concurrence mène le même raisonnement et accepte l'engagement de la plateforme de réservation en ligne Booking.com de supprimer de ses contrats l'obligation de parité tarifaire. Néanmoins, la divergence d'analyse de l'Autorité et du Tribunal est intéressante ; alors que l'Autorité a approuvé les engagements de la plateforme booking.com dans lesquels la clause de parité tarifaire à l'égard des hôteliers n'est que partiellement supprimée, le Tribunal a conclu à la nullité de ce même type de clause au motif que ces dernières sont constitutives d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. **(T.com. Paris, 7 mai 2015, Ministre de l'économie c./Groupe Expedia, RG n° 2015000040 : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 307, obs. F. Viala).**

B. Rupture brutale des relations commerciales établies

Durée de préavis raisonnable. – Dans une affaire opposant la filiale française d'un fabricant de machines à outil, la Société Seco Tools France, à la Société Dorise à laquelle elle était liée par un contrat de distribution exclusive, la Cour de Cassation rappelle que « *sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures* ». En l'espèce, la Société Seco Tools avait mis fin au contrat de distribution exclusive qu'elle entretenait avec son distributeur, la Société Dorise, moyennant un préavis de douze mois au cours duquel il lui avait retiré l'exclusivité territoriale dont elle bénéficiait jusqu'alors. La chambre commerciale de la Cour de Cassation a jugé que la décision de retrait de l'exclusivité territoriale avait « *privé d'intérêt* » le délai de préavis accordé en plaçant le distributeur « *dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser* », de sorte que la rupture avait été brutale. De fait, la Cour rappelle dans cet arrêt que l'exécution du contrat doit se poursuivre pendant la durée du préavis. En revanche, il est également précisé que « *seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même* ». **(Cass. Com., 10 févr. 2015, n° 13-26.414 : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 182, obs. S. Carval).**

Arbitrabilité du contentieux et clause compromissoire. – Dans un arrêt du 21 octobre 2015, la Cour de Cassation s'est prononcée sur le caractère arbitral du contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies. En l'espèce, la société Conserveries des cinq océans (« CCO ») a initié une procédure d'arbitrage à l'encontre de la société Scamark sur le fondement de la clause compromissoire stipulée au contrat conclu entre les parties. Condamnée par le tribunal arbitral, qui s'est notamment déclaré compétent pour statuer sur les demandes de la société CCO aux fins d'indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale des relations commerciales sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce, la Société Scamark a formé un recours en annulation rejeté une première fois par la Cour d'Appel de Paris. La Cour de Cassation confirme la décision de la Cour d'Appel, précisant que ni le caractère délictuel de l'action engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°

du Code de commerce, ni la compétence d'ordre public attribuée à certaines juridictions étatiques spécialisées pour trancher les litiges en matière de pratiques restrictives de concurrence, ne sauraient s'opposer à la compétence du juge arbitral ou remettre en cause l'application de la clause compromissoire stipulée au contrat. En l'occurrence, ladite clause prévoyait la compétence d'un arbitre pour « *les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de le résiliation du présent contrat* ». Relevant le caractère général de ces termes, la Cour a déduit que « *la clause compromissoire traduisait la volonté des parties de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat* », y compris le litige né d'une rupture brutale de relations commerciales établies. **(Cour de Cass., 1ère civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080 : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 520, obs. B. Ruy ; Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 1-2016, p. 122, obs. J-C. Roda).**

Sociétés d'un même groupe. – Dans une affaire du 6 octobre 2015 où deux sociétés du groupe Toyota avaient conclu deux contrats distincts avec une même société tierce et avaient décidé de rompre chacune, à quelques mois d'intervalle, leur contrat dans des conditions identiques et des motifs similaires, la Cour de Cassation s'est prononcée sur les modalités de calcul de la durée du préavis en cas de contrats passés avec des sociétés appartenant à un même groupe. En l'espèce, la Cour de cassation a considéré que les conséquences de ces ruptures avaient nécessairement été amplifiées, dans la mesure où elles se sont cumulées. Or, cassant la décision de la Cour d'Appel, la Haute juridiction estime qu'il convient de procéder à une appréciation globale de ces conséquences, et d'examiner la rupture au regard des relations distinctes que les deux sociétés entretenaient avec la société tierce. En l'occurrence, bien qu'appartenant à un même groupe et ayant la même activité, ces contrats étaient autonomes ainsi que les relations commerciales distinctes. De fait, les deux sociétés n'ayant pas « *agi de concert* », et entretenant avec leur fournisseur des « *relations commerciales distinctes* », la Cour de Cassation estime que la durée du préavis doit s'apprécier à l'égard de chacune d'entre elles et non de manière globale. **(Cass. com., 6 oct. 2015, n°14-19.499 : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 532, obs. A-M. Luciani ; Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 1-2016, p. 120, obs. F. Buy).**

Rupture de la « relation de confiance ». – Dans une affaire opposant la Société Schmidt à son distributeur, la société RBSA, la Cour d'Appel de Colmar a jugé que le fait pour un distributeur de ne pas respecter une clause d'approvisionnement exclusif est constitutif d'une faute grave. En l'espèce, le concédant avait découvert que son concessionnaire distribuait des produits concurrents, en violation de l'engagement d'approvisionnement exclusif qu'il avait souscrit. La rupture du contrat pour faute grave qui s'en est suivie a été contestée par le concessionnaire sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce. La Cour d'Appel approuve la caractérisation d'une faute grave et juge l'affaire en considérant la « *relation de confiance* » instaurée entre le concédant et son concessionnaire. La Cour estime que « *le contrat de concession, conclu intuitu personae, repose sur une relation de confiance entre le concédant et le concessionnaire qui s'est engagé à commercialiser en exclusivité le produit sous marque pour un temps et dans un secteur géographique limité* ». Cette relation de confiance est « *inévitablement rompue* » lorsqu'il apparaît que le concessionnaire ne respecte pas les termes du contrat en distribuant des produits concurrents, et cela « *ne serait ce qu'à une reprise* », le concédant pouvant alors « *légitiment craindre l'existence de manquements précédents* ». **(CA Colmar, 13 févr. 2015, Cuisines Schmidt c/ RBSA, RG nos 120/2015, 13/01561 : Distribution, Chroniques concurrences, N° 2-2015, p. 112, obs. D. L. Ferrier).**

III. La concurrence déloyale

A. Concurrence parasitaire

Caractérisation d'acte de concurrence déloyale et détournement de clientèle. – Dans un arrêt du 10 février 2015, la Cour de Cassation rappelle les conditions de la caractérisation d'acte de concurrence déloyale et de parasitisme. En l'espèce, la Cour retient que, conformément au principe de liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui par un ancien salarié ou un représentant de celui-ci n'est pas, de facto, constitutif d'un acte fautif au titre de la concurrence déloyale ou du parasitisme. S'appuyant sur la définition jurisprudentielle du parasitisme, à savoir le fait de « *se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indument de la notoriété acquise ou des investissements consentis* », la cour rejette le moyen fondé sur les agissements parasitaires eu égard à l'absence de preuves d'un détournement de fichier, d'actes de dénigrement ou de concurrence déloyale avérés. **(Cass. Com., 10 févr. 2015 SPF c/ SIPG, n° 13-24.399 : Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 2-2015, p. 125, obs. V. Durand).** Toujours concernant le détournement de clientèle, la Cour de Cassation a rendu un arrêt le 3 mars 2015, dans lequel elle a réglé un litige entre la SARL Api Business et son ancien gérant, assigné par celle-ci pour acte de concurrence déloyale. La Cour soutient dans cette affaire que le dommage résultant de la libre concurrence n'est pas condamnable, à moins qu'il ne soit prouvé une faute délictuelle. De même, la Cour considère que « *en raison du principe de licéité du dommage concurrentiel, l'atteinte à la clientèle, actuelle ou potentielle, n'est pas répréhensible* » et que la faute de l'ancien associé « *ne peut être retenue que si les circonstances alléguées permettent de caractériser une manœuvre de détournement de la clientèle litigieuse qui, dans les circonstances précises de la présente espèce, n'est absolument pas établie* ». En l'occurrence, l'associé d'une SARL n'est pas, en cette qualité, tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale. **(Cass. Com., 3 mars 2015, Dufresne c/ Société Api Business, n° 13-25.237 : Dalloz actualité, 25 mars 2015,**

obs. S. Prévost).

Référence purement descriptive et risque de confusion. – Dans un arrêt rendu le 31 mars 2015, la Cour de Cassation rejette l'intégralité des demandes formulées par les Sociétés Moulin Rouge et Bal du Moulin rouge, au titre de la contrefaçon de marque, de la concurrence déloyale et du parasitisme. En l'espèce, une tierce société commercialisait des souvenirs sur lesquels apparaissait la dénomination « Moulin Rouge », ainsi que le dessin ou la photographie de la façade du célèbre monument parisien. La référence audit monument est ici certaine et volontaire. Toutefois, la Cour observe que cette dénomination ne constitue pas en l'occurrence un usage à titre de marque, celle-ci n'étant « *employée qu'à des fins descriptives d'un site touristique, au même titre que d'autres monuments emblématiques de la capitale* ». Ici, le caractère descriptif de la dénomination est crucial, de sorte que la contrefaçon de marque ne peut être retenue. Par ailleurs, les demanderesses ont été déboutées de leurs demandes fondées sur le parasitisme et la concurrence déloyale. La Cour souligne que l'absence de toute référence à l'activité commerciale en cause, ainsi que l'absence de toute confusion entre les activités respectives des parties, permet de confirmer que la tierce société ne s'était pas immiscée « *dans le sillage* » de la société Moulin Rouge. Cet arrêt se situe dans la lignée d'une jurisprudence constante de la Cour, utilisant le critère du risque de confusion pour caractériser un acte constitutif de concurrence déloyale. **(Cass. Com., 31 mars 2015, Moulin Rouge, n° 13-21.300 : Pratiques commerciales déloyales, Chroniques concurrences, N° 3-2015, p. 107, obs. V. Durand).**

Parasitisme et investissements publicitaires. – Dans un arrêt du 21 octobre 2015, la Cour d'Appel admet qu'un slogan publicitaire, ayant fait l'objet d'efforts de promotion et d'investissements, peut être protégé sur le fondement du parasitisme contre son imitation à l'identique par un concurrent. En l'espèce, la Société Cartier a assigné la société L'Oréal pour la reprise, dans une campagne publicitaire pour les parfums Yves Saint Laurent, des éléments majeurs de son identité visuelle, ce qui serait constitutif d'un comportement parasitaire. Après avoir rappelé la définition jurisprudentielle du parasitisme, la Cour précise que « *l'exercice de l'action pour parasitisme est uniquement subordonnée à l'existence de faits fautifs (...) et non à l'existence d'une situation de concurrence entre les parties* ». En l'occurrence, la Cour approuve la décision du Tribunal de commerce et admet que la volonté de L'Oréal de « *se placer dans le sillage* » de Cartier est ici bien caractérisée. **(CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 oct. 2015, n° 13-08.861, Cartier c/ L'Oréal : Contrats – Concurrence – Consommation, 2016, note M. Malaurie-Vignal).**

Captation de savoir-faire. – Dans une affaire du 14 avril 2015, la Cour de Cassation a rendu un arrêt sanctionnant la captation du savoir-faire d'une entreprise sur le fondement de la concurrence déloyale. En l'espèce, quatre salariés des sociétés Technosol et Forax, qui étaient « *les plus qualifiés et les plus expérimentés* », ont donné leurs démissions en l'espace de quelques semaines, qui ont pris effet quasi-simultanément, pour intégrer la société Geolia nouvellement créée par un ex salarié des entreprises susmentionnées, et la faire bénéficier de leur savoir-faire. La Cour rappelle que, conformément au principe de liberté du commerce, « *le démarchage de la clientèle d'autrui est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal* ». En outre, la Cour souligne que le débauchage massif avait eu pour conséquence un transfert de clientèle et du chiffre d'affaires correspondant, la victime ayant été « *privée de ses acteurs qualifiés qui ne pouvaient être remplacés à bref délai et de ses moyens d'action* », et son activité ayant été « *brutalement et durablement anéantie* ». A contrario, le commerçant déloyal a bénéficié des investissements intellectuels et du savoir-faire du concurrent, s'emparant des connaissances techniques, des procédés de fabrication et des techniques de commercialisation ; comportement sanctionné au titre de la concurrence déloyale. **(Cass. Com., 14 avr. 2015, Sté Geolia, n° 13-27.093 : AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2015, p. 323, obs. T. Lachacinski et F. Fajgenbaum).**

B. Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses

Annonces de réduction de prix. – L'ordonnance rendue le 8 septembre 2015 par la Cour de Justice de l'Union, en réponse aux questions préjudicielles posées par la Cour de Cassation dans une affaire mettant en cause les réductions de prix annoncées sans prix de référence sur le site Internet de la société Cdiscount, remet en cause la conformité de la réglementation française à la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Conformément à une jurisprudence constante, la CJUE indique que les annonces de réduction de prix doivent être analysées comme des pratiques commerciales entrant dans le champ de la directive européenne. Toutefois, l'affaire soumise à la CJUE démontre que la réglementation française, et notamment l'arrêté du 31 décembre 2008 aujourd'hui abrogé, relative aux réductions de prix, qui prévoyait une obligation de double marquage du prix, n'est pas conforme à la réglementation européenne. Cet arrêté a été abrogé et remplacé par l'arrêté du 11 mars 2015, qui vient à nouveau encadrer les annonces de réduction de prix. Or, force est de constater que cet arrêté ne se conforme toujours pas pleinement au droit européen au regard de l'ordonnance du 8 septembre. Les annonces de réduction de prix ne devraient, en principe, fait l'objet d'aucun encadrement, l'établissement de leur caractère déloyal ne pouvant résulter que d'un examen au cas par cas. **(CJUE, 8 sept. 2015, C-13/15 : AJ Contrats d'affaires, 2015, p. 479, obs. C. Pecnard et G. Robic ; Contrats – Concurrence – Consommation n° 2, 2016, note J-B. Gouache)**

Slogan publicitaire et pratique commerciale trompeuse. – Dans un arrêt rendu le 5 février 2015, la Cour d'Appel de Paris a jugé trompeur l'utilisation du slogan « *les frites les plus savoureuses sans huile* » pour une friteuse dont la cuisson des frites fraiches nécessite l'adjonction d'une cuillère d'huile. Pour la Cour d'Appel, cette utilisation est de

nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des consommateurs qui sont induits en erreur par ce slogan, de sorte que ce comportement est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse. Par ailleurs, la Cour revient sur le grief de publicité comparative illicite, écarté en première instance. Dès lors que le slogan annonce « *les plus savoureuses* », La Cour considère qu'il y a bien un élément de comparaison, et que celui-ci ne peut se comprendre que par rapport à un concurrent. La Cour d'appel considère que le grief de publicité comparative illicite est nécessairement constitué. **(CA Paris, 5 févr. 2015, n° 11-09.260, SAS Philips France c/ SAS SEB : Communication Commerce électronique n° 7, 2015, chron. L. Boulet et L. Frossard).**

Caractère trompeur du nom de domaine. – Dans un jugement du 30 janvier 2015, le Tribunal de Grande Instance de Paris, saisi par le Conseil national des barreaux, a ordonné la radiation du nom de domaine « avocat.net », son utilisation par une société commerciale étant d'une part susceptible de créer une confusion dans l'esprit du public, et d'autre part constitutive d'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En effet, et en application de l'article 74 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 121-1 du Code de la consommation, l'usage du titre d'avocat par une personne qui n'a pas cette qualité pour nommer un site proposant des services juridiques est de nature à laisser penser à l'internaute que ledit site est exploité par des avocats et que les services proposés émanent de ces derniers. En l'occurrence, le Tribunal approuve donc le fait que cette dénomination puisse créer une confusion auprès du public. Par ailleurs, le Tribunal qualifie la mention « comparateur d'avocats n°1 en France » de pratique commerciale trompeuse. Cette mention était manifestement erronée puisque le site comparait des avocats répertoriés sur une liste, et non pas l'intégralité des avocats. **(TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 30 janv. 2015, Conseil national des barreaux c/ Jurisystem SAS : Communication - commerce électronique n° 12, 2015, chron. N. Dreyfus).**

Acceptation large de la notion dans la jurisprudence de la CJUE. – Dans un arrêt rendu le 16 avril 2015, la Cour de Justice de l'Union fait une application stricte de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, relatif aux pratiques commerciales trompeuses. En l'espèce, l'information erronée qu'a donnée un opérateur de télévision à un consommateur hongrois avait entrainé pour ce dernier des frais supplémentaires, en raison de quoi il s'estimait victime d'une pratique commerciale trompeuse. La Cour de Budapest a considéré que la violation de l'exigence de diligence professionnelle ne pouvait être retenue « *en l'absence d'intention d'induire en erreur le consommateur* » ; d'autant plus que, selon elle, une erreur administrative isolée, qui a affecté un seul abonné, ne pouvait être qualifiée de « pratique ». Toutefois, la CJUE infirme cette décision. La Cour rappelle que l'article 11 de la Directive ne reconnaît pas le caractère non intentionnel du comportement en cause, cet argument étant, partant, dénué de toute pertinence. De plus, rien ne permet d'affirmer que « *l'action ou l'omission émanant du professionnel devrait présenter un caractère répété ou concerner plus d'un consommateur* ». Dans ces conditions, et puisque la communication d'une information inexacte a induit en erreur le consommateur, lui causant au demeurant des dépenses supplémentaires, la Cour a jugé que le comportement litigieux était bien constitutif d'une pratique commerciale trompeuse. **(CJUE, 16 avr. 2015, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft, C-388/13 : Contrats – Concurrence – Consommation n° 7, 2015, comm. 189, obs. G. Raymond).**

Annonces contrefaisantes et pratiques commerciales trompeuses. – Dans une affaire opposant la Société Goyard à la Société LBC France, éditrice du site « leboncoin.com », le TGI a retenu un manquement de LBC France aux dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En l'espèce, le site hébergeait des annonces manifestement contrefaisantes pour la commercialisation de produits « *inspi Goyard* », alors même qu'était mis en avant un prétendu respect des droits de propriété intellectuelle et une vérification minutieuse de chaque annonce postée. Le Tribunal retient que prétendre procéder à une opération que l'on ne réalise pas est constitutif d'une pratique commerciale trompeuse. De même, le Tribunal admet que le comportement de LBC France était « *de nature à induire le consommateur en erreur sur la portée de son engagement* », ces derniers pouvant légitimement s'attendre à ce que tous les produits proposés à la vente sur le site soient authentifiés. **(TGI Paris, 1ère instance, 4 déc. 2015, sté Goyard St-Honoré c/ LBC France : Communication – commerce électronique n° 2, 2016, note G. Loiseau).**

2015, un an de droit des pratiques restrictives de concurrence

Un an de droit des concentrations économiques

Par Anne-Laure PHILOUZE

Elève de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

L'année 2015 a été marquée, au niveau européen, par l'adoption du document d'orientation du 26 mai 2015 concernant l'applicabilité des règles de confidentialité aux opérations de concentrations et, au plan national, par une réforme limitée de la procédure de contrôle des concentrations, inscrite dans la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. De plus, le réseau international de concurrence a impulsé un renforcement de la coopération internationale par l'établissement de règles de convergence, une dynamique qui s'est traduite en pratique par la conclusion d'un accord de coopération entre l'Union Européenne et la Chine. Dans le cadre de son contrôle, l'Autorité de la concurrence est venue affiner la délimitation des marchés de l'assurance et du gaz de pétrole liquéfié et a intégré dans sa grille d'analyse les notions de «force concurrentielle importante» et de «diminution des incitations potentielles sur l'innovation» pour que l'absence de caractérisation d'une position dominante ne fasse pas obstacle à la qualification d'une entrave significative au marché. Concernant la politique de renvois, la Commission a refusé de transférer aux autorités nationales compétentes les opérations de concentrations relatives au secteur des télécommunications afin d'assurer - via le guichet unique - une plus grande cohérence dans l'application des règles européennes en vue de réaliser un marché unique des télécommunications.

I. Les sources du droit des concentrations économiques

A. Avancées en droit de l'Union Européenne et droit international

Règles de confidentialité. Le document d'orientation publié le 26 mai 2015 par la Commission européenne porte sur l'applicabilité des règles de confidentialité aux décisions prises dans le cadre du Règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations **(Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation, 26 mai 2015).** Ces dispositions dressent une typologie des informations pour lesquelles les entreprises peuvent demander une clause de confidentialité, à savoir les secrets d'affaires et autres informations confidentielles dont la divulgation lèserait gravement une personne ou une entreprise. A ce titre, la Commission rappelle que, selon une jurisprudence constante (TPICE, 30 mai 2006, Bank AustriaCreditanstalt AG c. Commission, T-198/03; Trib. UE., 28 janvier 2015, Azko Nobel NV and Eka c. Commission, T-345/12 ; Trib. UE., 28 janvier 2015, Evonik Degussa c. Commission, T-341/12), trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que l'information, par sa nature, tombe sous le coup du secret professionnel: un nombre limité de personnes doit avoir connaissance de cette information, sa divulgation doit être susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui l'a fournie ou à des tiers et les intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation doivent mériter objectivement d'être protégés. De plus, pour faire une demande concernant la protection d'informations, une entreprise doit identifier celle qu'elle considère comme tombant dans le champ du secret professionnel et justifier sa demande. Enfin, la Commission expose la procédure de règlement des problèmes de confidentialité. Ce document reflète la volonté de la Commission d'assurer un équilibre entre, d'une part, le respect des intérêts légitimes des entreprises en assurant une protection authentique de leurs informations confidentielles et, d'autre part, la sauvegarde de l'ordre public en rendant les décisions aussi transparentes que possible (ibid., point 19).

Renforcement de la coopération internationale. Le réseau international de concurrence (RIC) a adopté en 2015, lors de la conférence de Sydney, un guide pratique visant à renforcer la coopération internationale en matière de concentrations **(Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers, ICN Merger Working Group, 2015).** Ce document fournit aux membres de l'ICN des orientations directes, issues de la pratique, sur la manière dont les agences peuvent aligner leurs calendriers, partager des informations, coopérer sur les questions de fond et envisager des remèdes pour éviter des contradictions dans les décisions rendues. L'objectif est d'assurer un meilleur contrôle puisque les différentes autorités nationales compétentes peuvent être amenées à se prononcer sur une même opération de concentration. La Commissaire européenne à la concurrence, M. Vestager, a salué ces avancées notables en parlant de la mise en œuvre d'une forme «*d'interopérabilité, pour emprunter le terme des industries numériques*» entre les différents systèmes de contrôle des concentrations (M. Vestager, Mergerreview: Building a global community of practice, 11th Conference Merger Working Group Workshop de l'ICN, Bruxelles, 24 septembre 2015).

Cadre de bonnes pratiques UE/Chine. Cet accord s'inscrit dans le prolongement de celui de 2004 conclu entre la Direction générale de la concurrence de la Commission (DG concurrence) et le ministère du commerce chinois qui visait à établir un dialogue sur la politique de concurrence entre l'UE et la Chine. Ce document d'orientation établit un cadre spécifique destiné à renforcer la coopération et la coordination en matière de contrôle des concentrations entre les deux autorités. L'accord a pour objectif d'accroître l'efficacité des enquêtes en recourant au principe d'information réciproque et de réduire, ainsi, la charge pesant sur les parties engagées dans un processus de concentration. L'idée est de faire converger les approches pour réduire les écarts d'analyse, notamment en ce qui concerne les questions de procédure et

de fond comme la définition des marchés pertinents **(Comm. UE, déc. IP/58885, 21 oct. 2015; Europe 2015, Focus 522, obs. L. Idot).**

B. Aménagement du droit interne des concentrations par l'article 215 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015

Clarification des seuils dans les départements et collectivités d'outre mer (ci-après DOM-COM). La loi du 6 août 2015 précise les seuils applicables aux parties à une concentration lorsque l'une d'elle exerce son activité économique dans les DOM-COM **(article 215 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques; Concurrences n°4-2015, p. 150, obs. J.-M. Cot; Contrats. conc. conso. 2015, comm. n°237, obs. D. Bosco).** En application de l'article L. 430-2 III du Code de commerce, la notification est obligatoire dès lors que le chiffre d'affaires cumulé de l'ensemble des entreprises parties à l'opération est supérieur à 75 millions d'euros et que le chiffre d'affaires réalisé individuellement est supérieur à 15 millions d'euros dans les DOM-COM. Cette disposition précise désormais qu'il n'est pas nécessaire que le seuil de notification de ces opérations soit «*atteint par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale*» **(article L. 430-2 III alinéa 3 du Code de commerce).**

Dérogation à l'effet suspensif d'une opération. Une opération de concentration ne peut être réalisée en l'absence d'une autorisation de l'Autorité de la concurrence, à moins de demander, après la notification de l'opération, une dérogation à son obligation de suspension (article L. 430-4 du Code de commerce). Deux modifications sont venues préciser les règles relatives à la réalisation, à titre dérogatoire, d'une opération de concentration qui n'a pas été contrôlée, ni autorisée. En premier lieu, l'Autorité de la concurrence peut accompagner cette exception de conditions, ce qui lui laisse une marge de manœuvre pour apprécier l'octroi ou non d'une telle dérogation. En second lieu, un nouvel alinéa a été introduit et vient préciser que la partie notifiante perd le bénéfice de cette dérogation si l'Autorité de la concurrence n'a pas reçu la notification complète de l'opération dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de celle-ci, ce qui apparaît logique puisqu'une telle situation reviendrait à la réalisation d'une opération sans autorisation **(article L. 430-4, alinéa 3 du Code commerce).**

Mécanisme «stop the clock». Le mécanisme de suspension du délai d'examen déjà existant en phase II a été introduit dès la première phase du contrôle de l'opération lorsque se produit un «*fait nouveau*» ou lorsque les parties notifiantes ont omis de communiquer à l'Autorité de la concurrence une partie des informations demandées dans le délai imparti **(nouvel alinéa 3 de l'article L. 430-5 II du Code de commerce).** Il est enfin indiqué que «*le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié la suspension*». L'absence de précisions sur l'expression «fait nouveau» est facteur d'insécurité juridique même si l'efficacité d'un tel mécanisme au stade de l'examen préliminaire est certaine.

2015, un an de droit des concentrations économiques

Prolongation des délais d'instruction en phase II. Il était jusqu'ici possible, dans le cadre de l'examen approfondi, d'allonger de vingt jours ouvrés l'examen de l'opération suite à de nouveaux engagements pris par les parties. L'allongement du délai a été étendu aux modifications par les parties de leurs engagements dès lors qu'ils interviennent dans une période de vingt jours ouvrés avant la fin du délai d'examen de soixante-cinq jours **(article L. 430-7 II du Code de commerce, modification de l'alinéa 1).** En revanche, rien n'est précisé sur la nature de ces modifications, un changement mineur pouvant alors être perçu comme un moyen pour allonger la phase II.

Inexécution des engagements. L'Autorité de la concurrence peut sanctionner le défaut d'exécution de ses décisions d'injonction, de prescription ou d'engagement par un retrait de l'autorisation de concentration ou par une injonction sous astreinte d'exécuter les engagements (article L. 430-8 IV du Code de commerce). Un nouveau pouvoir lui a été conféré par l'article **L. 430-8 IV 3° Code du commerce** qui permet de substituer de nouveaux engagements aux obligations inexécutées. De plus, en vertu de son pouvoir d'évocation, le Ministre de l'économie peut dorénavant prendre de telles décisions, en lieu et place de l'Autorité, s'il estime que des engagements n'ont pas été exécutés dans les délais fixés **(article L. 430-7-1 du Code de commerce).**

Pouvoirs du Président de l'Autorité de la concurrence. Le Président peut dorénavant prendre seul des décisions de révision ou de mise en œuvre d'injonctions, de prescriptions ou d'engagements qui avaient été conclus par les parties à l'issue de la phase d'examen approfondi **(article L. 430-7-1 du Code de commerce).**

II. Les procédures de contrôle des concentrations

A. Engagements des entreprises

Mesures comportementales. L'Autorité de la concurrence a autorisé sous conditions, au terme de la phase I, la prise de contrôle exclusive des Journaux du Midi par le Groupe La Dépêche du Midi le 4 juin 2015 **(Aut. conc., déc n°15-DCC-63 du 4 juin 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la Société du Journal Midi Libre par le Groupe La Dépêche du Midi : Concurrences n°4-2015, p. 153, obs. O. Billard et G. Prat).** L'intérêt de cette décision tient dans le fait que l'Autorité autorise la constitution d'un monopole sur les marchés de la presse quotidienne régionale dans les départements de l'Aude et de l'Aveyron, au terme d'un simple examen préliminaire et sous réserve de la mise en œuvre d'engagements comportementaux. L'Autorité de la concurrence soulève l'absence de risque concurrentiel de nature tarifaire en raison de la très forte élasticité-prix dans un secteur en crise comme celui de la presse. En revanche, cette opération soulève des inquiétudes quant au risque d'homogénéisation du contenu des titres de presse, ce qui aurait alors pour conséquence de réduire la qualité et la diversité de la presse quotidienne régionale. Pour y remédier, le Groupe de La Dépêche du Midi s'est engagé à conserver la diversité éditoriale par le maintien des

différentes rédactions en chef, agissant de manière distincte et autonome. De plus, il s'est engagé à poursuivre la diffusion de l'ensemble des titres de la presse quotidienne régionale - La Dépêche du Midi, Midi Libre, L'indépendant et Centre Presse - dans l'Aude et l'Aveyron. L'Autorité a donc autorisé cette opération en considérant que ces «*engagements permettront ainsi de maintenir les titres existant dans la zone géographique où la concentration a un impact concurrentiel tout en garantissant l'autonomie et la diversité de contenu des titres ainsi diffusés*» (ibid., point 99).

Mesure structurelle. A l'issue d'un examen approfondi, la Commission a autorisé le rachat de la branche énergétique d'Alstom par General Electric sous réserve de céder à un tiers - Ansaldo - la technologie essentielle créée par Alstom pour fabriquer des turbines à gaz de grande puissance, qui revêtent un caractère indispensable pour lutter contre le changement climatique et modifient les conditions d'approvisionnement en énergie **(Comm, eur., 23 février 2015, Alstom/General Electric, aff. COMP/M.7278)**. Cette opération, telle que notifiée au principal, était de nature à engendrer un effet d'éviction d'un des principaux concurrents de General Electric sur le marché mondial des turbines à gaz de grande puissance, ce qui aurait eu pour conséquence de réduire l'innovation, le choix des consommateurs et d'augmenter les prix. En effet, le risque tenant à la fois à l'interruption de la fabrication de certaines turbines à gaz de grande puissance d'Alstom et au refus de commercialiser son dernier modèle (G T36), en raison d'une interaction concurrentielle significative entre les offres des deux entités, était réel et aurait conduit logiquement GE à réduire le chevauchement de leurs activités par l'élimination de certaines d'entre elles. L'acquisition ne sera validée par la Commission qu'une fois que la cession d'Ansaldo sera effective.

Mesures hybrides. L'Autorité a autorisé, sous conditions, la prise de contrôle exclusive par la société Rubis de la Société Anonyme des Antilles (ci-après SARA), présente sur le marché des produits pétroliers à la Martinique, en Guadeloupe et en Guyane **(Aut. conc., déc. n°15-DCC-54 du 13 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de la Raffinerie des Antilles par la société Rubis: Concurrences n°4-2015, p. 151, obs. J.-M. Cot).** Cette décision est originale en ce que le passage d'un contrôle conjoint - ici, la détention par Total et Rubis de la SARA - à un contrôle exclusif - acquisition par le groupe Rubis de l'unique raffinerie de la zone Antilles-Guyane - fait normalement l'objet d'une simple autorisation. La fixation d'engagements tient à l'identification de problèmes de concurrence liés à la spécificité des marchés dans les Départements et Régions d'Outre Mer (ci-après DROM). La SARA, dont la mission consiste à exploiter une raffinerie de pétrole sur le territoire martiniquais et à gérer des installations connexes de stockage et de transport de produits pétroliers dans les Antilles et en Guyane, détient un monopole sur ces activités. De plus, outre les risques peu perceptibles induits par la structure de l'opération, la mise en lumière de problèmes liés à la concurrence est surprenante car une règlementation des prix des carburants, justifiée par ce monopole de fait, existait déjà dans les départements concernés depuis 2013 (Décret n°2013-1314 du 27 décembre 2013). Toutefois, l'Autorité de la concurrence a souligné que l'opération en cause renforçait l'intégration verticale de ces sociétés et pouvait conduire à des effets anticoncurrentiels non négligeables, particulièrement en amont, sur les marchés de l'approvisionnement, du stockage, du transport et de la fourniture de produits pétroliers et de GPL (point 51 de la décision n°15-DCC-54). Afin de remédier à ces effets anticoncurrentiels, la société Rubis a proposé une série d'engagements, qu'elle a modifiée après un test de marché auprès de ses concurrents et clients (ibid., point 198). Concernant le marché de l'approvisionnement en produits semi-finis et finis de la zone Antilles-Guyane, un risque d'augmentation des coûts d'approvisionnement de la SARA par Rubis a été identifié, pouvant conduire à une augmentation du prix de vente des produits pétroliers à tous les stades de la chaîne de distribution. La société s'est engagée à maintenir ses coûts à leur niveau actuel. De plus, pour les marchés du stockage, de transport et de fourniture de produits pétroliers, le risque classique de discrimination tarifaire ou de refus d'accès aux infrastructures a été relevé. Rubis s'est engagé à ce que la SARA permette un accès effectif à l'ensemble de ces infrastructures, à des conditions transparentes et non discriminatoires.

B. Politiques de renvois

Refus de renvois. Par une série de décisions, la Commission européenne s'est prononcée contre le renvoi d'opérations de concentration dans le secteur des télécommunications aux autorités nationales de concurrence compétentes en vue de leur appréciation au regard du droit national **(Comm, eur., 25 janvier 2015, Orange/Jazztel, aff. COMP/M.7421; Comm, eur., 20 avril 2015, PT Portugal/Altice, aff. COMP/M.7499; Comm, eur., 30 octobre 2015, Hutchison/Telefónica UK, aff. COMP/M.7612)**. Ces dernières peuvent en effet demander à la Commission le renvoi de tout ou partie de l'examen d'un cas de concentration lorsque les effets concurrentiels de ces opérations sont limités aux marchés purement nationaux (Article 9§2 a) du Règlement n°139/2004). En l'espèce, la Commission a estimé qu'elle était mieux placée pour traiter les projets d'acquisition de Jazztel par Orange en Espagne, de Telefónica UK par Hutchison au Royaume Uni et de PT Portugal par Altice au Portugal. De part sa longue expérience en matière de contrôle d'opérations de concentration dans le secteur en cause (voir en ce sens, IP/14/607, IP/14/771, IP/13/853, IP/13/326, IP/14/772), la Commission a considéré qu'elle était la plus compétente pour assurer ces examens et garantir, de fait, une cohérence dans l'application des règles en matière de contrôle des concentrations dans les secteurs des télécommunications fixes et mobiles au sein de l'Espace Economique Européen (ci-après EEE). Ces refus ne sont pas surprenant au regard de la dynamique impulsée par la Commission qui tente d'assurer d'une part, en droit du marché intérieur, la consolidation du secteur des télécommunications en vue de la réalisation d'un marché unique et d'autre part, en droit de la concurrence, de rendre par un contrôle centralisé - via un guichet unique européen - des décisions cohérentes

2015, un an de droit des concentrations économiques

et compatibles sur l'ensemble du territoire de l'Union.

Renvois descendants. La Commission européenne a renvoyé à l'Autorité de concurrence, par voie de décision, l'examen de deux opérations de concentration revêtant une dimension communautaire, au motif que l'Autorité était mieux placée pour étudier ces opérations compte tenu de leur impact concurrentiel en France et de l'expérience de l'Autorité nationale de contrôle dans les secteurs concernés **(Comm, eur., 28 août 2015, Vitalia/ Vedici, aff. COMP/M.7725; Aut. conc., communiqué de presse du 1er septembre 2015 sur le renvoi par la Commission du contrat d'alliance formé entre Auchan et Système U)**. En effet, en vertu de l'article 4(4) du Règlement 139/2004, la Commission peut renvoyer à la demande des parties, après acceptation de l'Etat membre, une concentration de dimension européenne à une autorité nationale compétente lorsque l'opération «*risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un EM qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct*». En l'espèce, le rapprochement d'Auchan et de Système U se traduisait, dans le secteur de la vente au détail à dominante alimentaire, par des chevauchements d'activités dans plus de quatre cent zones dans lesquelles les cinquième et sixième opérateurs nationaux disposaient tous deux de points de vente. De plus, dans le secteur des établissements de santé, la Commission européenne a accepté, à la demande de Vedici Holding SAS -société française appartenant au groupe Vedici qui exploite 34 établissements de santé localisés en France - le renvoi total à l'Autorité de la concurrence, de l'examen de la prise de contrôle exclusive de Vitalia, aux motifs que si cette société réalisait plus des deux tiers de son chiffre d'affaire dans l'UE, elle le faisait dans un seul et même Etat membre, la France, et qu'elle contrôlait directement ou indirectement quarante et un établissements dans le pays. La Commission européenne a donc jugé que les conditions étaient réunies. **(Aut. conc., décision 15-DCC-146 du 26 octobre 2015 relative à la prise de contrôle exclusif de Vitalia par Vedici Holding, points 1 à 5).**

III. L'examen concurrentiel économique

A. Définition des marchés pertinents

Segmentation du marché de l'assurance. La Commission a autorisé en phase I l'acquisition par Aviva de la société d'assurance britannique Friends Life et de sa filiale Tenet **(Comm. eur., 13 mars 2015, Aviva/Friends Life/Tenet, aff. COMP/M. 7478: Concurrences nº3-2015, p. 127, obs. D. Berlin)**. En raison de chevauchements d'activités entre les parties sur le marché de l'assurance, la Commission est venue préciser les subdivisions propres aux marchés de produits d'assurance. Elle reprend la distinction classique du marché entre les produits d'assurance-vie, les produits d'assurances autres et la réassurance (Comm. eur., 14 juin 2001, Dexia c/ Artesia, aff.COMP/M.2400; Comm. eur., 31 mai 2013, Canada Life c/ irish Life, aff. COMP/M.6883) et porte une attention particulière au marché de l'assurance vie, pour lequel elle confirme la segmentation entre les produits d'assurance pure, les pensions et les produits d'épargne et d'investissement. Elle juge, en effet, de la pertinence de cette division en trois catégories de produits en considérant, comme faisceau d'indices, que les compagnies d'assurance ont des équipes dédiées sur chacune de ces catégories (point 15 de la décision COMP/M. 7478), voire des spécialistes sur ces trois segments (ibid., point 16). De plus, elle consacre la pertinence de la distinction sur le marché de l'assurance entre l'individu et le groupe de clients «*the results of the market investigation in this case support this distinction between individual and group customers*» (ibid., point 26). Enfin, la Commission réaffirme la dimension nationale du marché géographique de l'assurance en prenant comme éléments de justification la base nationale du réseau de distribution, le régime juridique et fiscal des produits ainsi que l'existence de marques nationales (ibid., point 30).

Délimitation du marché du Gaz de Pétrole Liquéfié (GPL). L'Autorité de la concurrence a autorisé par une décision du 8 juin 2015 l'acquisition de Totalgaz par UGI France sous réserve de la mise en œuvre d'engagements structurels **(Aut. conc., déc. nº15-DCC-53 du 15 mai 2015 relative à la prise de contrôle exclusive de Totalgaz par UGI Bordeaux Holding: Concurrences nº3-2015, p. 130, obs. S. Sorinas et M. Louvet)**. La similarité des activités exercées par Antargaz - société détenue par UGI - et Totalgaz a conduit l'Autorité de la concurrence à apprécier la délimitation des marchés dans le secteur de la distribution du GPL, qu'elle a identifié en trois marchés distincts: le GPL vendu en vrac, le GPL conditionné et le GPL-carburant. Elle n'a pas constaté que le marché du GPL vendu en vrac méritait une segmentation plus fine entre petit vrac et moyen et gros vrac, le volume des gros consommateurs étant marginal. En revanche, le marché du GPL conditionné a été divisé selon que son usage soit domestique ou professionnel, les formats des bouteilles de gaz étant différent selon l'usage considéré. La demande domestique a été sous-segmentée entre revendeurs intermédiaires - grande distribution - et les consommateurs finaux, au point même de sous-diviser les intermédiaires selon le positionnement du produit, ce qui pose malgré tout la question de la pertinence d'une division aussi fine. Du point de vue du marché géographique, la dimension locale a été retenue pour le GPL vendu en vrac alors qu'elle a été élargie au niveau national pour les deux autres marchés en cause.

B. Analyses concurrentielles

Extension de l'examen à la concurrence potentielle sur l'innovation. Le projet d'acquisition de l'activité d'oncologie de l'entreprise britannique GlaxoSmithKline (ci-après GSK) par l'entreprise suisse Novartis est examiné par la Commission européenne en parallèle de deux autres projets contenus dans l'accord, à savoir l'acquisition par GSK de l'activité de production de vaccins de Novartis et la création d'une entreprise commune regroupant les activités des deux parties dans le secteur des produits de santé grand public. La décision d'autorisation de la Commission est subordonnée à la mise en œuvre d'engagements de Novartis **(Comm, eur., 28 janvier 2015, GlaxoSmithKline/Novartis,**

aff.COMP/M.7275 etaff. COMP/M.7276: Competition merger brief, *Protecting the drugs of tomorrow: competition and innovation in healthcare*, Issue 2/2015). La spécificité du secteur en cause a conduit la Commission a apprécié l'opération de concentration au regard d'objectifs de santé public. Elle construit, en effet, son analyse des risques concurrentiels de l'acquisition sur l'impact des concentrations pharmaceutiques quant au maintien de traitements et de prix compétitifs pour les futurs patients et professionnels de santé. En l'espèce, l'examen effectué par la Commission se décompose en deux étapes. Pour le traitement du cancer du rein, la Commission souligne un chevauchement d'activités entre les deux parties à la concentration - Novartis possédant le traitement *Votrient* et GSK *l'Afinitor* - d'autant plus évident que les deux entités sont les leaders sur le marché avec la société Pfizer. Toutefois, la Commission rejette rapidement ce risque concurrentiel en constatant, après une étude de marché, que ces produits sont substituables. En revanche, la Commission exprime des inquiétudes quant au développement des inhibiteurs B-Raf et MEK agissant principalement pour le traitement du cancer de la peau. La concentration réduirait de trois à deux le nombre d'entreprises développant et commercialisant ces inhibiteurs. De plus, elle diminuerait potentiellement la concurrence en termes d'innovations puisque selon les résultats de l'étude de marché, Novartis serait amenée à rationaliser son portfolio en ne choisissant que le plus prometteur des inhibiteurs pour se concentrer sur d'autres projets. Cette décision est particulièrement intéressante dans la mesure où la Commission ne limite pas son analyse à l'examen des risques concurrentiels sur les marchés existants mais étend son raisonnement aux problèmes concurrentiels d'une telle opération sur l'innovation pharmaceutique. La Commission intègre donc dans son analyse sur les effets de cette opération de concentration la diminution des incitations potentielles de Novartis à développer la recherche clinique pour ces traitements. Dès lors, la Commission a autorisé le projet d'acquisition sous réserve de la cession par Novartis de ces inhibiteurs à ArrayBioPharma et à condition de lui assurer un soutien transitoire.

Notion de «force concurrentielle importante». Au terme d'un examen approfondi, la Commission a approuvé le projet d'acquisition de la société espagnole Jazztel par le groupe Orange, réduisant le nombre de fournisseurs d'accès à Internet fixe de quatre à trois opérateurs en Espagne **(Comm., UE., 19 mai 2015, Orange/Jazztel, aff.COMP/M.7421: Concurrences n°1-2016, p. 133, obs. I. Girgenson;Competition merger brief, *Orange/Jazztel: Convergence meets Consolidation in the Spanish Telecoms Sector*, Issue 3/2015)**. La Commission confirme dans cette décision, dans le droit fil de ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (JO C31, 5 février 2004, p.5), que l'absence de qualification de position dominante n'emporte pas avec elle le critère de l'entrave significative à la concurrence effective. La Commission fonde son analyse sur la notion de «force concurrentielle importante», qu'elle explique aux points 37 et 38 des Lignes directrices précitées, en jugeant que «*certaines entreprises ont un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne le laisseraient supposer leurs parts de marché ou tout autre indicateur similaire. Toute opération à laquelle serait partie une entreprise de ce type pourrait modifier la dynamique de la concurrence de manière significative et préjudiciable à celle-ci, en particulier si le marché est déjà concentré*». En l'espèce, les parts de marché combinés de Jazztel et Orange, qui sont réciproquement de 14% et 16%, sont inférieures à la part de marché de l'opérateur historique Telefónica, qui détient 42% du marché, ce qui ne permet pas de conclure à la création d'une position dominante sur le marché (ibid., point 188). Toutefois, la Commission a cherché à démontrer, en établissant une grille d'analyse fondée sur quatre critères, l'élimination d'une force concurrentielle importante, ce qui lui permet, en l'absence d'éléments de preuve, de contourner la qualification de position dominante, tout en caractérisant l'entrave significative au marché. D'abord, les parties à la concentration doivent constituer une force concurrentielle importante, ce qui s'illustre par l'augmentation des parts de marché résultant de mesures commerciales agressives des entreprises concernées sur une période récente précédent l'opération. En outre, il faut prouver qu'à la suite de l'opération, la nouvelle entité exercera une pression concurrentielle moins forte sur les autres opérateurs - en augmentant ses prix - et qu'elle sera suivie par les autres opérateurs qui augmenteront également leurs prix. Enfin, l'accès au marché doit être bloqué par de fortes barrières à l'entrée. La Commission s'est inquiétée, en l'espèce, de la capacité limitée des nouveaux entrants sur le marché d'accéder au réseau de cuivre. Cette approche lui a permis de faire prendre à Orange des engagements structurels, tels que la cession de la fibre optique de Jazztel à un tiers et l'ouverture de son réseau de cuivre en contrepartie d'une redevance.

IV. Le contentieux du contrôle des concentrations

A. Jurisprudence administrative

Recours pour excès de pouvoir contre les motifs d'une décision d'autorisation de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'Etat a rejeté une requête introduite par l'Association des centres distributeurs Edouard Leclerc (ci-après ACDLec) visant à annuler une partie de la décision de l'Autorité de la concurrence autorisant le rachat de magasins sous enseigne Leclerc par un franchisé **(Aut. conc., déc. n°14-DCC-147 du 8 octobre 2014 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Stradis et Stradis Drive 1 par la société Strafi aux côtés de l'Association des centres distributeurs E. Leclerc: Concurrences n°1-2015, Art. n°71762, obs. A. Ronzano)**. En effet, si cette opération de concentration ne soulevait aucun problème au regard du droit de la concurrence, l'ACDLec soutenait qu'elle n'exercerait «*aucun contrôle sur la société Stradis, et donc sur la société Stradis Drive 1, ni avant ni après l'opération. Cette société serait donc exclusivement contrôlée par M. Jean Ferry et l'opération notifiée consisterait en la prise de contrôle exclusif de Stradis par Strafi*» (point 2 de la décision n°14-DCC-147). Or, si l'Autorité a autorisé l'opération, elle a relevé l'existence

d'un contrôle conjoint entre le franchisé et l'ACDLec sur les sociétés cibles en se fondant sur un faisceau d'indices. Elle a noté que l'Association a, de par son statut, vocation à définir la politique de l'enseigne, à protéger le panonceau «Centre Distributeur E.Leclerc», à contrôler directement pour son compte ou pour une société commerciale du réseau les conditions de gestion des magasins sous enseigne Leclerc et à promouvoir la mise en place de tout organisme de nature à favoriser l'activité, la solidarité et la sécurité de ses adhérents. Au surplus, l'ACDLec a la possibilité d'intervenir dans la nomination, la révocation et l'exclusion du président des sociétés d'exploitation (ibid., points 8 à 10) et dans la politique commerciale de ces sociétés (ibid., points 11 à 14). Enfin, elle a la capacité d'intervenir sur leurs cessions d'actions (ibid., point 17). Le Conseil d'Etat a, dès lors, estimé que les appréciations de l'Autorité de la concurrence selon lesquelles l'ACDLec se trouverait en situation d'exercer un contrôle conjoint sur la société Stradis «*ne sont pas détachables du dispositif de cette décision, dont elles constituent le soutien*» **(Conseil d'État, 7 mai 2015, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc, n°386124)**.

Recours en référé-suspension contre une délibération de l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'un suivi d'injonctions. Le juge administratif a rejeté le recours en référé suspension formé par Numéricâble, en particulier contre la délibération du 23 mars 2015 prise par l'Autorité de la concurrence dans le cadre du suivi des injonctions de la décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 **(Conseil d'État, 24 juin 2015, Numéricâble, n°390640).** La société NC Numéricâble soutenait que cette délibération portait une atteinte grave et immédiate à ses intérêts et à l'intérêt public tenant au respect du libre jeu de la concurrence, en ce qu'elle permettait au Groupe Canal Plus de négocier des accords de distribution exclusive qui la privait de proposer dans son offre commerciale certaines chaînes de télévision payantes, comme Disney Channel ou Eurosport. Elle considérait que ces chaînes n'étaient pas substituables et que leur perte nuirait à l'attractivité de ses bouquets de télévision. Or, le juge administratif a relevé que la négociation de ces contrats exclusifs était actuellement en cours et que la société Numéricâble avait la possibilité de conserver ces chaînes en proposant aux opérateurs des offres plus attractives que celles du Groupe Canal Plus. De plus, une exclusivité fait l'objet d'une renégociation périodique, les contrats étant conclus pour une durée de trois à cinq ans. Par ailleurs, une telle suspension aurait pour effet d'affecter les droits des tiers. Enfin, il résulte également de l'instruction que cette délibération ne conduisait pas à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché de la distribution de la télévision payante. Le Conseil d'Etat a donc rejeté la requête de la société Numéricâble.

B. Jurisprudence européenne

Rejet d'un recours en annulation contre une décision de la Commission interdisant un projet de fusion. Dans un arrêt rendu le 9 mars 2015, le Tribunal de l'Union maintient la décision de la Commission européenne déclarant incompatible le projet de fusion entre Deutsche Börse et New York Stock Exchange Euronext (ci-après NYSE Euronext) dont l'objectif était d'établir la première société de Bourse mondiale **(Trib. UE., 9 mars 2015, Deutsche Börse c. Commission, T-175/12: Europe 2015, Focus 271, obs. L. Idot; Concurrences n°3-2015, p. 112, obs. D. Berlin).** Après avoir examiné les effets du projet sur les marchés européens de certains instruments financiers dérivés négociés en bourse, la Commission avait constaté que la fusion de ces deux sociétés, opérant sur les bourses de Francfort, New-York, Paris, Lisbonne et Amsterdam, aurait conduit à entraver de manière significative la concurrence sur les marchés financiers par la constitution d'un quasi-monopole sur les transactions en bourse au niveau international. En effet, ces deux sociétés auraient alors contrôlé, en une structure verticale unique, plus de 90% des transactions mondiales sur les produits européens négociés en bourse, ce qui aurait considérablement renforcé les barrières à l'entrée du marché pour de potentiels concurrents. Les deux sociétés ont donc introduit un recours en annulation de la décision de la Commission en invoquant trois moyens. Les requérants ont d'abord soulevé l'erreur d'appréciation de la Commission sur l'atteinte sensible à la concurrence en faisant valoir qu'elle n'avait pas prise en compte les pressions concurrentielles qui étaient exercées sur les parties comme la concurrence des autres plateformes ou le pouvoir de négociation de la clientèle. Le Tribunal a rejeté aussi bien ces arguments que ceux tenant à l'appréciation erronée des gains d'efficacité. En effet, le Juge du Luxembourg rappelle que « *ces gains doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables* » (ibid., point 238). La Commission avait considéré que les gains invoqués tenant à des économies en termes de garanties ou sur les coûts informatiques et d'infrastructure ne suffisaient pas à contrebalancer les effets de l'opération. Enfin, les deux sociétés proposaient des mesures correctives tenant notamment à la cession d'actifs et à l'ouverture effective de la réserve de marge et de la chambre de compensation de la nouvelle entité à des tiers indépendants éligibles. La portée de ces engagements était insuffisante en pratique car ils ne permettaient pas l'élimination de tout risque anticoncurrentiel. Le Tribunal est allé dans le sens de la Commission et a écarté les arguments des parties tenant au caractère adéquat des engagements proposés.

Rejet d'un recours en annulation formé contre un projet de restructuration aérienne. Le 13 mai 2015, le Tribunal de l'Union a rejeté les deux recours en annulation de la compagnie aérienne autrichienne Niki Luftfahrt contre les décisions de la Commission européenne tenant au rachat d'Austrian Airlines par Deutsche Lufthansa AG. **(Trib. UE., 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt c. Commission*, T-162/10 : Europe 2015, Focus 270, obs. L. Idot; Concurrences n°3-2015, p. 121, obs. D. Berlin)**. A l'issue d'un examen approfondi, la Commission a autorisé le 28 août 2009 l'acquisition par la compagnie aérienne allemande de son homologue autrichien sous réserve de la mise en œuvre d'engagements. La Commission avait en effet soulevé des problèmes concurrentiels

2015, un an de droit des concentrations économiques

potentiels, notamment la diminution du choix des consommateurs et une augmentation des prix sur cinq liaisons au départ de Vienne. Les mesures correctives de Lufthansa réduisaient les barrières à l'entrée du marché et favorisaient l'expansion de concurrents déjà présents sur le marché. En effet, elle s'était engagée, d'une part, à mettre à la disposition des nouveaux entrants des créneaux horaires leur permettant d'exploiter de nouveaux vols et, d'autre part, à donner aux concurrents existants les moyens d'étendre leurs services sur les lignes posant potentiellement des problèmes de concurrence. Concernant la définition du marché géographique, la Commission avait fondé son raisonnement sur l'approche dit O&D qui traduit le concept de paires de villes, c'est-à-dire qu'un marché est dit distinct quand il combine un point d'origine et un point de destination (ibid., points 138 à 140). La requérante soutenait que cette approche n'était pas pertinente au motif qu'elle ne permettait pas de tenir compte «*de la fonction d'étoile des grands aéroports et des effets de réseau consécutif*» (ibid., point 16). Le Tribunal a rejeté le grief invoqué par Niki Luftfahrt en rappelant que, selon une jurisprudence constante (CJCE, 19 mai 1994, Air France c. Commission, T-2-/93, point 84; CJCE, 4 juillet 2006, easyJet c. Commission, T-177/04, point 56), la prise en compte de l'approche O&D dans l'examen d'une opération de concentration dans le secteur aérien était classique et conforme au droit de l'Union. Enfin, la compagnie Niki Luftfahrt n'ayant pas réussi à prouver que l'opération de rachat posait de sérieux problèmes concurrentiels sur les liaisons en cause, pas plus qu'elle n'a démontré que les engagements des deux compagnies étaient insuffisants, le Tribunal a donc rejeté son recours.

Droit des aides d'Etat

Par Margaux TRITON

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2015 s'inscrit bien dans la dynamique de modernisation du droit des aides d'État qui avait été impulsée par la Commission en 2012 (Comm. UE, Communication, modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État COM(2012)209 final, 8 mai 2012) et a connu une accélération particulière en 2014 avec, notamment, l'adoption du RGEC (Comm. UE, règl. (UE) n° 651/2014). Si quelques innovations doivent être soulignées, telles que l'adoption de nouvelles lignes directrices dans le secteur de l'aquaculture et de la pêche (Comm. eur, communication (2015/C/217/01)) ou encore de deux nouveaux règlements relatifs aux aides horizontales (Conseil UE, règl. (UE) n°2015/1588 et n°2015/1589), l'heure est avant tout au bilan. Ces changements, bien qu'il soit encore trop tôt pour tirer des conclusions, devraient permettre à la Commission un traitement accéléré des dossiers et une concentration accrue sur les aides les plus importantes. Plus encore, la Commission semble promouvoir une véritable politique industrielle européenne. S'il a appliqué des principes bien ancrés pour qualifier les aides, le juge de l'Union a néanmoins précisé les contours de la notion de SIEG, et notamment les conditions d'applicabilité de la jurisprudence Altmark (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg : Europe 2003, Comm. 330, obs. L. Idot ; LPA n°64-2014, p. 4, obs. M. Karpenschif). Au plan procédural, d'importantes précisions ont été apportées par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « CJUE ») et par le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « TUE ») notamment concernant le rôle du juge national ainsi que les modalités de récupération des aides illégalement versées à certaines entreprises ou productions.

I. La notion d'aide d'État

A. Origine étatique de l'aide

1. Imputabilité de l'aide à l'État

Entreprise publique et imputabilité à l'État. - Saisi d'un recours contre une décision de la Commission, le TUE a précisé la notion d'imputabilité **(Trib. UE, 25 juin 2015, aff. T-305/13, SACE et SACE BT : Europe 2015, Comm. 327, obs L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 162, obs. J. Derenne ; LPA n°258/2015, p. 10, chron. P. Arhel)**. La question sous-jacente portait sur l'éventuel contrôle exercé par l'État italien sur Sace, une entreprise publique. Reprenant les principes développés par l'arrêt Stardust (CJCE, 16 mai 2002, aff. C-482/99 : Europe 2002, comm. 250, obs. L. Idot), il fait ainsi

application du faisceau d'indices relatif aux circonstances et au contexte de l'adoption de la mesure : membres du conseil d'administration nommés sur proposition de l'État, exercice des activités dans des conditions qui ne sont pas celles du marché, obligation pour Sace de détenir au moins 30 % de Sace BT. Le seul fait que l'État soit en possession de Sace ne permet toutefois pas de considérer qu'il a exercé le contrôle. Pour le TUE, l'importance de Sace pour l'économie italienne ainsi que quelques indices spécifiques permettent d'établir avec certitude que la mesure est imputable à l'État italien et revêt ainsi le caractère d'aide dont la compatibilité avec le traité doit être examinée.

2. Transfert des ressources étatiques

Financement de l'audiovisuel public et transfert des ressources de l'État. - Dans sa décision relative au financement de l'audiovisuel public au Danemark **(Trib. UE, 24 septembre 2015, aff. T 674/11, TV2 Danmark A/S : Europe 2015, comm. 441, obs. L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 169, obs. J. Derenne ; LPA n°31/2016, p. 5, obs. A. Arhel)**, le TUE a formulé quelques précisions concernant la notion de transfert des ressources étatiques. En l'espèce, il s'agissait de ressources publicitaires versées à la chaîne par l'intermédiaire du fonds TV2. Le débat portait sur la question de savoir si ces ressources étaient contrôlées par l'État. Afin de trancher cette question, le TUE rappelle la solution issue de l'arrêt Preussen Elektra (CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98 : Europe 2001, Comm. 162, obs. L. Idot ; Gazette du Palais n°36-2002, p. 32, obs. J. Vialens), selon laquelle une mesure peut présenter le caractère d'une aide d'État, même s'il n'y a pas transfert des ressources d'État, dès lors qu'elle entraîne des effets négatifs sur celles-ci. Encore faut-il que soient impliquées des ressources de l'État, c'est-à-dire qu'elles soient soumises à un contrôle constant de l'Etat et à sa disposition. Le TUE considère que cette condition n'est pas remplie, les autorités danoises ayant simplement eu la faculté de fixer la quantité maximale que le fonds devait verser à TV2.

B. Existence d'un avantage sélectif

1. Notion d'avantage

Avantage lié à un régime de retraites pour les fonctionnaires du secteur public. - Par une récente décision, **(Trib. UE, 26 février 2015, aff. T-135/12, France c/ Commission : Europe 2015, Comm. 156, obs. L. Idot ; AJDA 2015, p. 1093, chron. E. Broussy et H. Cassagnèbre, RLC 2015/44, obs. E. Bitton ; Concurrences n°2-2015, p. 144, obs. J. Derenne ; EStAL n°4-2015, p. 528, obs. A. Giraud et S. Petit ; LPA n°147-2015, p. 7, Chron. P. Arhel)**, le TUE a confirmé la qualification d'aide donnée par la Commission à la modification du régime de financement des retraites des fonctionnaires rattachés à France Télécom depuis 1996. Orange et France Télécom, requérantes dans cette affaire, ont notamment tenté de démontrer qu'un tel régime ne procurait pas d'avantage à ses bénéficiaires dans la mesure où il visait seulement à compenser le désavantage structurel subi par les salariés depuis la loi de 1990 (JOUE n° L 279, 12 oct. 2012) qui avait transformé France Télécom en

2015, un an de droit des aides d'Etat

exploitant de droit public. Selon le TUE, le régime en cause ne saurait être examiné à la lumière de l'arrêt Enirisorse (CJCE, 23 mars 2006, aff. C-237/04, Enirisorse : Europe 2006, Comm. 156, obs. L. Idot ; LPA n°146-2006, p.20, obs. P. Arhel), qui concernait un régime juridique applicable aux salariés de droit privé. Le régime introduit par la loi de 1990 peut ainsi être considéré comme introduisant un régime dérogatoire susceptible de compenser un désavantage structurel.

Secteur de l'audiovisuel et obligation de service public. - Interrogé sur la légalité de l'aide affectée au financement de la chaîne publique de télévision danoise TV2, le TUE est revenu sur l'interprétation de la jurisprudence Altmark (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg : Europe 2003, Comm. 330, obs. L. Idot ; LPA n°64-2014, p. 4, obs. M. Karpenschif) et a confirmé l'articulation de celle-ci avec l'article 106, §2 du TFUE **(Trib. UE, 24 septembre 2015, aff. T 674/11, TV2 Danmark A/S : Europe 2015, comm. 441, obs. L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 169, obs. J. Derenne ; LPA n°31/2016, p. 5, obs. P. Arhel)**. Dans une décision de 2011 (JOUE n° L 340, 21 déc. 2011), la Commission avait qualifié les mesures en cause d'aides d'État, ne se limitant pas à compenser le désavantage découlant d'une obligation de service public et n'étant dès lors pas susceptible de correspondre aux critères posés par la jurisprudence Altmark (précitée). Le TUE a confirmé cette appréciation en jugeant tout d'abord qu'une application plus souple de ces mêmes critères n'était pas justifiée dans un secteur qui présente une dimension concurrentielle et marchande (Trib UE, 7 novembre 2012, CBI c : Commission, aff. T-137/10 : Europe 2013, Comm. 39, obs. L. Idot ; LPA n°51-2013, p. 4, obs. P. Arhel). Or TV2, partiellement financée par ses recettes publicitaires, était effectivement active sur le marché de la publicité télévisée. L'existence d'un avantage doit dès lors porter à considérer cette mesure comme étant une aide d'Etat, et cela même en présence d'une activité de service public.

Délimitation stricte par le Juge des contours de la notion de SIEG. - Dans une série de six arrêts, **(V. principalement Trib. UE, 26 novembre 2015, aff. T-641/13, Commission c/ Espagne et Trib UE, 26 novembre 2015, Communidad Autonoma del pais Vasco, aff. T-462/13 : Europe 2015, Comm. 17, obs. L. Idot ; Concurrences n°1-2016, p. 168, obs. R. Vuitton)**, le TUE a conclu à l'existence d'une aide d'État relative au déploiement de la TNT dans les zones éloignées d'Espagne. Il rappelle que le fait que l'activité soit qualifié de SIEG par la loi espagnole ne saurait signifier que tout opérateur l'exerçant est chargé d'obligations de service public au sens de la jurisprudence Altmark (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg : Europe 2003, Comm. 330, obs. L. Idot ; LPA n°64-2014, p. 4, obs. M. Karpenschif). Aucune obligation de service public n'apparait, cependant, de manière précise au sein des contrats publics conclus entre le gouvernement espagnol et les opérateurs de télévision, et l'existence d'une défaillance du marché est insuffisante pour qualifier seule la présence d'un SIEG (pt 78 de l'arrêt). Le premier critère d'Altmark n'était dès lors

pas rempli. Le quatrième critère, relatif à la détermination de la compensation, ne l'était pas davantage. Le TUE écarte ainsi les arguments des requérantes, refusant de constater le caractère purement compensatoire de la mesure et concluant dès lors à l'existence d'un avantage.

2. Test de l'opérateur privé en économie de marché

Précision des obligations incombant à la Commission dans l'application du critère de l'investisseur privé -. Par deux fois cette année, le Tribunal a sanctionné une application erronée du critère de l'investisseur privé par la Commission **(Trib. UE, 30 juin 2015, aff. jtes T-186/13, T-190/13, T-193/13, Pays-Bas et a : Europe 2015, Comm. 345, obs. L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 164, obs. B. Stromsky et Trib. UE, 2 juillet 2015, aff. T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, France et Orange : Europe 2015, Comm. 328, obs. L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 166, obs. J. Derenne ; JCP E 2015, n°29, act. 597 ; AJDA 2015, p. 1585, Chron. E . Broussy, H. Cassagnèbre et C. Gänser)**. Il lui reproche de ne pas avoir pris en compte tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse comme, notamment, l'incertitude liée à certaines clauses du contrat, la complexité du projet ou encore d'éventuelles déclarations antérieures. De tels manquements emportent la nullité d'une décision de la Commission qui devait être plus fine et plus réaliste économiquement.

Evaluation conjointe de deux opérations au regard du critère de l'investisseur privé. - Le TUE déclare que deux opérations, comme un prêt et une augmentation du capital, peuvent être analysées ensemble au regard du critère de l'investisseur privé en économie de marché en raison de la finalité commune qu'elles poursuivent **(Trib. UE, 15 janvier 2015, aff. T-1/12, France c/ Commission, Europe 2015, Comm. 116, obs. L. Idot ; Concurrences n°2-2015, p. 143, obs. J. Derenne ; EStAL n°3-2015, p. 417, obs. S. Strievi ; JCP E 2015, n°4, act. 76)**. La Commission invoquait l'affaire *BP Chemicals* (TPICE, 15 septembre 1998, aff. T-11/95 : Europe 1998, étude 9, obs. L. Idot) selon laquelle le caractère dissociable de plusieurs interventions de l'État s'apprécie au regard de la chronologie des interventions en cause ainsi que de leur finalité et de la situation de l'entreprise bénéficiaire. Le TUE valide cette thèse malgré les différences formelles existant entre les deux mesures. Ce recours s'inscrit par ailleurs dans le contexte de l'affaire *Bouygues Télécom* (CJUE, 19 mars 2013, Bouygues Télécom, aff. C-399/10P et C-401/10P : Concurrences n°2-2013, p.6 ; Europe 2013, Comm. 221, obs. L. Idot) lors de laquelle la Cour avait rappelé que « les interventions étatiques prenant des formes diverses et devant être analysées en fonction de leurs effets, il ne saurait être exclu (...) que plusieurs interventions consécutives de l'Etat doivent, aux fins de l'application de l'article 107, §1, TFUE, puissent être regardées comme une seule intervention » (pt 103 de l'arrêt).

3. Sélectivité de l'avantage

Présomption de sélectivité pour un régime d'aide individuelle. - Par un pourvoi contre une décision du TUE du 12 novembre 2013 (aff. T-499/10, Europe 2014, Comm. 10, obs. L. Idot), la Commission entend demander à la Cour de déclarer incompatible l'aide octroyée par la Hongrie à l'entreprise MOL depuis 2005 **(CJUE, 4 juin 2015, aff. C-14/15 P, Commission c/ Mol : Europe 2015, Comm. 329, obs. L. Idot ; Concurrences n°3-2015, p. 136, obs. J. Derenne ; RLC 2015/44, obs. P. Prigent ; LPA n°258/2015, p. 10, chron. P. Arhel)**. Celle-ci prenait la forme d'une redevance minière dont l'entreprise bénéficiait dans le cadre de son activité. Le débat portait principalement sur le fait de savoir si cette aide pouvait procurer un avantage à l'entreprise MOL, la plaçant ainsi dans une situation plus favorable que ses concurrentes. La Cour s'est appuyée sur les conclusions de l'avocat général Whal selon qui « n'est pas (proscrit) l'octroi d'un avantage en tant que tel, mais le fait que cet octroi, effectué de façon discriminatoire et sélective, est susceptible de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d'autres » (pt 47 des conclusions). Par ailleurs, la Cour estime que l'exigence de sélectivité ne doit pas être appréciée de la même manière selon qu'il s'agit d'un régime général d'aide ou d'une aide individuelle. Dans ce dernier cas, l'identification d'un avantage permet en principe de présumer de son caractère sélectif.

Non sélectivité dans le domaine de la vente de terres agricoles. - À la suite d'une question préjudicielle posée par le *Bundesgerichthof* concernant les règles d'acquisition des terres agricoles dans les nouveaux länder l'Allemagne, la Cour a déclaré compatible avec l'article 107§1 TFUE une règle nationale interdisant à une émanation de l'État de vendre au plus offrant, dans le cadre d'un appel d'offres, un terrain lorsque la meilleure offre est largement disproportionnée par rapport à la valeur de celui-ci **(CJCE, 16 juillet 2015, aff. C-39/14, BVVG, Europe 2015, Comm. 381, obs. L. Idot ; Concurrences n°4-2015, p. 157, obs. R. Vuitton ; LPA 2015 n°158, obs. P. Arhel)**. La vente concernait des terrains appartenant préalablement à l'Etat, puis confiés à un organisme chargé de leur privatisation, le BVVG. Le débat portait essentiellement sur l'existence d'un avantage sélectif, dans l'hypothèse où la vente aurait pu être concédée à un acquéreur en-dessous du prix du marché. La Cour a procédé à une articulation de la communication du 10 juillet 1997 sur la vente de terrains (JOCE n° C 209, 7 sept 2007) et de sa jurisprudence antérieure (V. CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe : Europe 2011, Comm. 75, obs. L. Idot ; LPA n°88-2011, p. 6, obs. P. Arhel). Elle a ainsi déterminé que la vente, dans cette situation, doit être effectuée à un prix le plus proche possible de celui du marché. Dans ce cas, et en principe, la vente consécutive à un appel d'offres ne peut être apparentée à une aide d'État. La Cour rappelle, toutefois, que l'offre la plus élevée ne doit pas correspondre au prix du marché et qu'aucun autre élément que le prix ne saurait être pris en compte dans la décision de vente, auquel cas la mesure devrait être qualifiée d'aide incompatible avec le traité.

Sélectivité d'une mesure dans le domaine de la santé publique -. Suite à la crise de la « vache folle », des tests de dépistage

2015, un an de droit des aides d'Etat

des EST transmissibles chez les bovins ont été rendus obligatoires au sein des États membres de l'Union. Arguant de cette obligation, la Belgique a récemment contesté, devant le TUE, une décision de la Commission qualifiant d'aide d'État une partie des mesures prises relativement à cette exigence **(Trib. UE, 25 mars 2015, aff. T-538/11, Belgique c/ Commission : Europe 2015, Comm. 208, obs. L. Idot ; EstAL n°4-2015, p. 51, obs. R. Ferla et A. Chanter ; LPA n°158-2015, p. 4, P. Arhel)**. Ce recours a été rejeté. S'agissant du caractère sélectif de la mesure, le TUE rappelle que cette condition doit être appréciée à l'intérieur d'un seul État membre et résulte uniquement d'une analyse de la différence de traitement entre les seules entreprises ou productions de cet État conformément à l'article 107, §1, TFUE (pt 124 de l'arrêt). En cela, la Commission a commis une erreur de droit dans le cadre de son analyse de la sélectivité. Toutefois, cette erreur n'est pas susceptible de remettre en cause la légalité de la décision attaquée et les conclusions selon lesquelles la mesure en cause est sélective demeurent valables (pt 126 de l'arrêt).

C. Affectation des échanges au sein de l'UE

Indifférence au caractère local d'une aide -. La décision de la Cour en matière de transports a, sans nul doute, marqué les esprits cette année (**CJUE, 14 janvier 2015, aff. C-518/13, Eventech : Europe 2015, Comm. 115, obs. L. Idot ; RLC 2015/44, n°2815, p. 56, obs. B. Cheynel ; Concurrences n°2-2015, p. 132, obs. R. Vuitton ; RDT. eur 2015, p. 757, obs. A. Soloshchenkov ; RFDA 2015 p. 11144, chron. A. Deroudille ; ADJA 2015, p. 329, obs. E. Broussy et H. Cassagnèbre)**. La Cour a considéré que l'autorisation accordée aux taxis londoniens de circuler sur les couloirs de bus alors que cela est interdit aux VTC n'était pas constitutive d'une aide d'État, dans la mesure où celle-ci ne procurait pas d'avantage sélectif à ses bénéficiaires. En marge de leur raisonnement, les juges de Luxembourg sont toutefois revenus sur la condition relative à l'affection du commerce entre les États membres. Rappelant la jurisprudence traditionnelle (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg : Europe 2003, Comm. 330, obs. L. Idot ; LPA n°64-2014, p. 4, obs. M. Karpenschif), ils ont estimé que même si les entreprises bénéficiaires ne participent pas elles-mêmes aux échanges intracommunautaires et que leur activité est purement locale ou régionale, l'affectation des échanges peut être constatée. Cette analyse est confirmée par le fait qu'une telle réglementation pourrait avoir pour effet de rendre moins attractif le marché des VTC en Angleterre, et ainsi diminuer les chances pour des entreprises établies dans d'autres Etats membres de prester leurs services sur ce marché.

II. Les aides compatibles avec le marché intérieur

A. Dérogations sur le fondement de l'article 107§3 TFUE

Compatibilité conditionnée en matière bancaire -. Après le TUE (Trib. UE, 12 déc. 2014, aff. T-487/11 : Europe 2015, Comm. 80, obs. L. Idot), c'est désormais au tour de la Cour de se prononcer sur la légalité de la décision de la Commission du 20 juillet 2010 (JOUE n° L 159, 17 juin 2011, p. 95) concernant l'aide accordée par le Portugal à la Banco Privado Português (ci après « BPP ») à la suite de la crise financière de 2008 ayant occasionné une grave perturbation de l'économie portugaise **(CJUE, 5 mars 2015, aff. C-667/13, Estado português c/ Banco Privado Português : Europe 2015, Comm. 192, obs. L. Idot ; Concurrences n°2-2015, p.135, obs. B. Stromsky ; EStAL n°1-2015, p. 533, obs. V. Pereira et V. Mucha)**. Cette aide avait été autorisée par la Commission, sur la base de l'article 101§3 du TFUE, pour une durée de six mois. Elle consistait en l'octroi d'une garantie, faiblement rémunérée, de l'Etat portugais en faveur de la BPP mais était toutefois subordonnée à la mise en œuvre d'un plan de restructuration, celui-ci devant être présenté au terme des six mois. Aucun plan n'a été soumis par les autorités portugaises, qui ont par ailleurs unilatéralement décidé de prolonger la garantie. La Cour fait application de son pouvoir discrétionnaire et juge qu'il n'y a pas de contradiction à ce qu'une aide puisse, dans le cadre d'un plan de sauvetage et de restructuration, être autorisée par une première décision de la Commission puis déclarée incompatible *ab initio* lorsque celle-ci est indûment prolongée.

B. Dérogations de droit dérivé

1. Règles horizontales

Nouveaux règlements relatifs aux aides horizontales. - Le Conseil de l'Union a adopté deux nouveaux règlements concernant l'application des articles 107 et 108 TFUE à certaines catégories d'aides horizontales **(Conseil UE, règl. (UE) n°2015/1588, 13 juillet 2015, sur l'application des articles 107 et 108 TFUE à certaines catégories d'aides horizontales et règl. (UE) n°2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE, JOUE 2015, L 248, p. 1 à 29 : Concurrences n°1-2016, p. 151, obs. R. Vuitton ; Europe 2015, Comm. 524, obs. L. Idot)**. Le premier abroge les règlements (CE) n°994/98, permettant à la Commission de prendre des règlements d'exemption, et n°773/2013, définissant de nouvelles catégories pouvant être couvertes par cette exemption telles que l'innovation, les aides à la culture, les aides visant à remédier à des catastrophes naturelles ou encore des aides concédées à certaines activités spécifiques - pêche, produits alimentaires, secteur forestier, sport. La pratique ayant évolué, notamment avec l'adoption du nouveau RGEC l'année dernière (Comm. UE, règl. (UE) n° 651/2014), il s'agissait pour le législateur de consolider les textes existants. Le second règlement, quant à lui, abroge et remplace le règlement (CE) n°659/1999 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE. Il s'agit ici, dans un souci de sécurité juridique, d'intégrer les nombreuses modifications survenues suite à la modernisation du droit des aides d'État en 2013.

Aides au sauvetage et à la restructuration. - Interrogé sur la compatibilité avec le marché intérieur de l'aide accordée par l'Autriche à une compagnie aérienne, le TUE a rappelé les conditions d'éligibilité à une aide à la restructuration, en vertu des lignes directrices concernant les aides

d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté (JO 2004 C 244, p.2). Conformément au point 13 de ces mêmes lignes directrices, une entreprise intégrée ou reprise par un groupe ne peut en principe pas en bénéficier. Toutefois, la démonstration de difficultés qui lui sont spécifiques, trop graves pour être résolues par le groupe lui-même, est susceptible de modifier ces présomptions **(Trib UE, 31 mai 2015, Niki Lufthart c/ Commission, aff. T-511/09 : Concurrences n°3-2015, p. 138, Obs. R. Vuitton ; Europe 2015, Comm. 270, obs. L. Idot ; LPA n°253-2015, p. 54, Chron. P. Arhel).** En l'espèce, le TUE affirme que la Austria Airlines n'était pas concernée par ces dispositions dans la mesure où elle n'avait pas encore été reprise par le groupe Lufthansa à la date de la décision litigieuse. Par ailleurs, le point 43 des lignes directrices de 2004 prévoit que le bénéficiaire de l'aide peut contribuer à la restructuration au moyen d'un financement extérieur obtenu aux conditions du marché. Le cas d'espèce répond bien à ces conditions dans la mesure où ce financement extérieur peut consister en une prise en charge de pertes d'exploitation ou encore de coûts tels que ceux qui résultent généralement d'une concentration.

2. Règles sectorielles

Compagnies aériennes. - Par un communiqué de presse en date du 7 avril 2015 **(Comm. UE, 7 avril 2015 : RLC 2015/44, n°2815 obs. A. Magraner Oliver)**, la Commission a annoncé approuver trois régimes d'aide en faveur des aéroports et compagnies aériennes. Cette décision fait application, pour la première fois, des lignes directrices entrées en vigueur en avril 2014 (Comm. UE, communication (2014/C 99/03) sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes (JO n° C 99, 4 avril 2014, p.3 : Concurrences n°2-2014, p.150, obs. J. Gstalter ; D. act., 8 avril 2014, obs. L. Constantin ; EStAL n°3-2014, p. 454, obs. J. Kociubiĺ ski ; LPA n° 209/2014, p. 6, obs. N. Lenoir et M. Plankensteiner) qui ont remplacé celles adoptées en 2005. En 2010, Air France avait déposé une plainte auprès de la Commission afin de dénoncer le versement d'aides à Ryanair dans de nombreux aéroports français. Par ce communiqué, la Commission tente de répondre aux controverses entourant la question et permet à la France de prolonger l'octroi de ces aides. Les régimes français ainsi approuvés s'appliqueront aux aides à l'investissement et au fonctionnement en faveur des aéroports et aux aides au démarrage en faveur des compagnies aériennes. Ces règles formalisent la nouvelle approche de la Commission relative aux aéroports en encourageant une utilisation rigoureuse des ressources publiques pour des initiatives contribuant à la croissance, tout en évitant la multiplication d'aéroports non rentables.

Modernisation des lignes directrices relatives à la pêche et à l'aquaculture. - La Commission a récemment procédé à une deuxième révision des lignes directrices dans le secteur de la pêche et de l'aquaculture **(Comm . eur, communication (2015/C/217/01), Lignes directrices pour l'examen des aides d'Etat dans le secteur de la pêche et de l'acquaculture : JOUE L. 354/1 : Concurrences n°4-2015, p. 171, obs. J. Derenne ; Europe 2015, Comm. 346, obs.**

L. Idot). Celle-ci a notamment pour objectif d'adapter les règles en vigueur au règlement relatif à l'organisation commune des marchés dans le secteur des produits de la pêche et de l'aquaculture (Conseil UE, Règl. (UE) n°1379/2013, 11 décembre 2013 : JOUE L. 354/1). Le premier temps du raisonnement de la Commission est consacré au rappel des aides traditionnellement considérées comme compatibles, car destinées à remédier aux dommages causés par des calamités naturelles ou par des événements extraordinaires. Elle évoque ensuite une nouvelle catégorie d'aides pouvant être considérées comme compatibles : « les aides visant à compenser les coûts de la prévention, du contrôle et de l'éradication des maladies animales dans le domaine de l'aquaculture ».

Transports et conflit des lois dans le temps. -La Cour a récemment annulé une décision du TUE concernant un contrat de service public conclu entre le gouvernement danois et l'opérateur historique national dans le domaine des transports ferroviaires **(CJCE, 6 octobre 2015, aff. C-303/13 P, Commission c/ Jorgen Andersen : Europe 2015, Comm. 511, obs. L. Idot ; Concurrences n°1-2016, p. 156, obs. J. Derenne).** Ces aides avaient été considérées compatibles par la Commission (Comm. UE, dec. 2011/3/UE, 24 février 2010 : JOUE n° L 7) qui s'était fondée sur le règlement (CE) n°1370/2007 abrogeant le règlement (CE) n°1191/69 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. Le débat consistait à savoir si les aides en cause relèvent d'une situation acquise antérieurement à la date d'entrée en vigueur du règlement n°1370/2007 ou d'une situation apparue lorsque le règlement n°1191/69 demeurait en vigueur mais dont les effets se déployaient encore à cette date. La Cour s'écarte de la solution proposée par l'avocat général Whatelet et par la Commission en concluant à ce que « des aides versées à une entreprise de transport public à une date où le règlement n°1191/69 était encore en vigueur et qui respectaient les conditions énoncées au sections II, III et IV de ce règlement relevaient d'une situation définitivement acquise antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement n°1370/2007 » (pt 53 de l'arrêt). Elle annule ainsi partiellement la décision du TUE, qui s'était à tort fondé exclusivement sur le règlement n°1191/69 pour examiner la compatibilité de tous les contrats publics, alors que les aides accordées après le 3 décembre 2007 auraient dû être examinées à la lumière du règlement n°1370/2007.

III. Les règles de procédure

A. Procédure de notification et de contrôle des aides

Distinction aide nouvelle / aide existante. - Interrogé au sujet d'une aide initialement déclarée compatible sous conditions mais dont celles-ci n'avaient pas été respectées par l'État membre, le TUE prend soin de rappeler les éléments de distinction **(Trib UE, 24 juin 2015, Italie c/ Commission, aff. T-527/13 : Concurrences n°3-2015, p. 142, obs. B. Stromsky ; Europe 2015, Comm. 330, obs. L. Idot ; LPA n°258-2015, p. 10, obs. P. Arhel)** entre aide nouvelle et

aide existante. Ainsi, le non respect des conditions de compatibilité d'une aide doit entraîner à qualifier celle-ci d'existante, le contrôle devant alors être déclenché par la Commission. Cette distinction intéresse par ailleurs le cas des nouveaux États membres. La Cour a rappelé à ce sujet que la date d'adhésion à l'Union était bien celle à prendre en compte pour qualifier une mesure d'aide nouvelle ou d'aide existante **(CJCE, 1er octobre 2015, aff. C-357/14 P, Electrabel et Dunamenti Erömu : Europe 2015, Comm. 512, obs. L. Idot ; Concurrences n°1-2016, p. 152, obs. J. Derenne ; EStAL n°2-2015, p. 284, obs. L. Wollmann)**. Ce jugement valide l'analyse formulée par le TUE (Trib. UE, 30 avr. 2014, aff. T-179/09 : Europe 2014, Comm. 263 ; EStAL n°2-2015) qui s'était fondé sur l'annexe IV de l'acte d'adhésion de 2003. Concernant une aide au logement octroyée avant l'adhésion d'un État à l'Union par des établissements de crédit en contrepartie d'une garantie de l'État, celle-ci doit être considérée comme une aide nouvelle **(CJUE, 19 mars 2015, OTP Bank, aff. C-672/13 : Concurrences n°2-2015, p. 137, obs. J. Derenne ; Europe 2015, Comm. 207, obs. L. Idot ; LPA n°158-2015, p. 4, P. Arhel).**

1. La phase formelle d'examen

Entités infra-étatiques et droits de la défense. - Le TUE a dû préciser le statut des entités infra-étatiques dans le cadre de la procédure de contrôle des aides par la Commission. Le débat portait principalement sur le fait que cette dernière, lors de l'ouverture de la procédure formelle d'examen, n'avait pas abordé la question de la légalité de l'aide qui lui a été notifiée, empêchant ainsi une collectivité espagnole de connaître le raisonnement adopté, et donc de participer à la procédure de manière efficace (Trib. UE, 16 décembre 2010, Pays-Bas et NOS c/ Commission, aff. T-231/06 et T-237/06, pt 81 : Europe 2011, Comm. 75, obs. L. Idot ; LPA n°88-2011, p. 6, obs. P. Arhel). A cet égard, le TUE rappelle que les entités infra-étatiques qui octroient des aides, à l'instar de la requérante, revêtent uniquement le statut de personnes intéressées dans la procédure, au sens de l'article 108, §2, TFUE. Or, un tel statut ne saurait leur conférer des droits à la défense identiques à ceux reconnus aux seuls États membres à l'encontre desquels la procédure administrative est ouverte **(Trib. UE, 19 mai 2015, Disputacion Floral de Bizkaia c/ Commission, aff. T-397/12 : Concurrences n°3-2015, p. 140, obs. R. Vuitton ; Europe 2015, Comm. 283, obs. L. Idot ; LPA n°253-2015, p. 4, obs. P. Arhel)**.

Contrôle du Tribunal concernant l'ouverture de la procédure formelle d'examen. - Par deux fois cette année, le TUE a fait usage de son pouvoir de contrôle sur la présence de « difficultés sérieuses » et annulé des décisions de la Commission relatives à l'ouverture de la phase formelle d'examen. Tout d'abord, le TUE a jugé que la Commission ne pouvait pas rouvrir une procédure formelle d'examen après avoir pris une décision finale ayant le même objet, quand bien même cette décision finale aurait été annulée après réouverture **(Trib. UE, 18 septembre 2015, Deutsche Post c/ Commission, aff. T-421/07 RENV : Concurrences n°4-2015, p. 167, obs. B. Stromsky ; Europe 2015, n°11, étude 8, S. Cazet ; LPA n°121-2015, p. 11, obs. P. Arhel)**. C'est ensuite sur la nécessité d'ouvrir la procédure formelle d'examen que le TUE s'est prononcé, dans le cadre d'une autre décision **(Trib UE, 17 mars 2015, aff. T-89/09, Pollmeier Massivholz c/ Commission : LPA n°158-2015, p. 4, obs. P. Arhel ; Europe 2015, Comm. 193, obs. L. Idot ; EStAL n°4-2015, p. 536, obs.L. Ghazarian ; Concurrences n°2-2015, p. 146, obs. J. Derenne)**. En l'espèce, le TUE décèle la présence de difficultés sérieuses non étudiées par la Commission et déclare que celles-ci auraient dû conduire à la réouverture de la procédure formelle d'examen, ce que la Commission n'avais pas fait.

2. Récupération des aides illégalement versées

Aide illégalement versée et impossibilité absolue de récupération. - La décision rendue par la Cour le 9 juillet dernier au sujet des aides octroyées par la France à la SNCM pourrait bien constituer l'ultime épisode de la saga judiciaire qui alimente les débats depuis plusieurs années déjà. De manière classique, la Cour a interprété strictement le moyen consistant, pour la France, à invoquer l'impossibilité absolue de procéder à la récupération des aides illégalement versées. Un tel moyen ne saurait être invoqué, rappelle la Cour, en l'absence de véritables démarches auprès des entreprises en cause et sans proposer à la Commission de modalité alternative de mise en œuvre des objectifs **(CJUE, 9 juillet 2015, Commission c/ France, aff. C-63/14 : Concurrences n°4-2015, p. 155, obs. R. Vuitton ; Europe 2015, Comm. 395, obs. L. Idot ; AJDA 2015, p. 1885, chron. E. Broussy, H. Cassagnèbre, C. Gänser)..**

Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un unique rappel à l'ordre pour la France cette année en matière de récupération. En effet, la Cour avait déjà constaté que celle-ci n'avait pas pris toutes les mesures nécessaires afin de récupérer des aides illégalement versées dans l'affaire relative aux « plans de campagne » aux producteurs français de fruits et légumes **(CJUE, 12 février 2015, Commission c/ république française, aff. C-37/14 : AJDA 2015, p. 1093, Chron. E. Broussy et H. Cassagnèbre ; Concurrences n° 2-2015, p. 134, obs. R. Vuitton ; Europe 2015, Comm. 157, obs. L.Idot ; LPA n°147-2015, p. 7, Chron. A. Arhel ; JPC E 2015, n°9, act. 164)**. Après avoir rappelé que le seul motif de défense susceptible d'être invoqué consistait en une impossibilité absolue de récupération (CJUE, 11 septembre 2014, Commission c/ Allemagne, C-527/12 : Europe 2014, Comm. 472, L. Idot ; AJDA 2014, p. 2295, obs. E. Broussy, H. Cassagnèbre, C. Gänser ; LPA n°90-2015, p. 7, obs. P. Arhel), la Cour a écarté les différents motifs invoqués par la France. Principalement, la Cour rappelle que c'est cette dernière que pèse l'obligation de prouver l'impossibilité de récupération des aides. Or, la France n'a prouvé aucune des justifications qu'elle avançait.

3. L'office du juge national

Autonomie procédurale du droit national par rapport au droit de l'Union. - L'analyse de la combinaison des règles nationales et des règlements de l'Union dans le domaine de la récupération des aides incompatibles a récemment été éclairée par un arrêt

2015, un an de droit des aides d'Etat

du Conseil d'État **(CE, 13 mars 2015, aff. N°364612, Odéadom : Gazette du Palais n°85-2015, p. 30 ; Europe 2015, Rep. 4, obs. D. Simon ; AJDA 2015, p. 1646, obs. O. Mamoudy ; RDT. eur 2015, p. 853, obs. D. Ritleng)**. Celui-ci rappelle tout d'abord que les modalités de récupération s'inscrivent dans le « cadre juridique commun » fixé par la règlementation de l'Union. La décision de récupération doit, par ailleurs, respecter les règles nationales de procédure administrative non contentieuse. Cette autonomie procédurale du droit national fait l'objet d'un contrôle de la Cour (CJCE, 12 mai 1998, aff. C-366/95, Steff-Houlberg Export et autres : Europe 1998, comm. 228, obs. F. Lagondet ; LSJ EG, n°37, 2015, doctr. 955 obs. G. Eveillard) qui avait estimé que « le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale exclue la répétition d'une aide indûment versée en prenant en compte des critères tels que la protection de la confiance légitime, la disparition de l'enrichissement sans cause, l'écoulement d'un délai ou un comportement de l'Administration elle-même, que celle-ci est en mesure d'éviter ; qu'il appartient en tout état de cause au juge national d'apprécier si, pour le règlement du litige qui lui est soumis, la règle de droit national doit être écartée ou interprétée, afin que la pleine efficacité du droit de l'Union soit assurée ». En l'espèce, la mesure de récupération est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière mais l'obligation était fondée au regard du droit de l'Union ; le CE ordonne donc la restitution des fonds.

Autorité de la chose jugée dans le cadre d'une décision définitive. - L'adoption, par les autorités étatiques, de mesures visant à interdire le versement d'aides d'État sans contrôle préalable de la Commission peut parfois se heurter à l'autorité de la chose jugée d'un arrêt antérieur. Tel est le problème auquel s'est récemment trouvée confrontée la Cour **(CJUE, 11 novembre 2015, Klausner Holz Niedersachsen, aff. C-505/14 : Concurrences n°1-2016, p. 175, obs. A. Lacresse ; Europe 2016, Comm. 3, obs. D. Simon ; AJDA 2016, p. 306, Chron. E. Broussy, H. Cassagnèbre et C. Gänser)**. Celle-ci rappelle ainsi qu'il n'est pas imposé, dans tous les cas, à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure interne conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union. Toutefois, les modalités ne doivent pas, en pratique, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Concernant le cas d'espèce, un obstacle d'une telle envergure à l'application effective du droit de l'Union ne peut pas être raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique et, partant, est incompatible avec le principe d'effectivité.

B. Recours

Distinction entre intérêt à agir et qualité à agir. - La Cour, reprenant l'argumentaire de l'avocat général Mengozzi, a rappelé les éléments essentiels à la reconnaissance d'un intérêt à agir pour une entreprise concurrente **(CJUE, 17 septembre 2015, aff. C-33/14 P, Mory ; Mory Team et Superga Invest c/ Commission : Europe 2015, Comm. 442, obs. L. Idot ; LPA 2016, n°31, p. 5, P. Arhel ; Concurrences n°1-2016, p. 174, obs. A. Lacresse)**. Un tel intérêt suppose que l'annulation de l'acte soit susceptible de procurer un bénéfice à la partie qui a intenté le recours. Il doit également être né et actuel, et perdurer jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle. En l'espèce, ces conditions sont remplies par la requérante, dont l'intérêt à agir est désormais admis. Toutefois, la Cour reproche au TUE d'avoir mélangé les notions, pourtant distinctes, d'intérêt à agir et de qualité à agir. Pour que cette deuxième condition soit satisfaite, les requérantes doivent être concernées directement et individuellement par un acte individuel. Le recours contestant l'appréciation au fond des mesures (pt 93 de l'arrêt), les requérantes doivent démontrer un statut particulier qui suppose que leur position sur le marché soit substantiellement affectée par la décision contestée. La Cour considère que la qualité de concurrent n'est pas concernée par ces dispositions.

Recevabilité d'un recours intenté par des actionnaires minoritaires. - Le TUE a été amené à examiner l'intérêt à agir des actionnaires minoritaires du groupe HSH, banque régionale allemande. Plus spécifiquement, la question portait à savoir si ces derniers possédaient un intérêt distinct de celui de la banque **(Trib UE, 12 novembre 2015, aff. T-499/12, HSH Investment Holdings Coinvest-C et HSH Investment Holdings FSO c/ Commission : Concurrences n°1-2016, p. 166, obs. B. Stromsky ; Europe 2016, Comm. 16, obs. L. Idot)**. A cet égard, le TUE a rappelé qu'une personne qui détient une part du capital d'une entreprise ne saurait défendre ses intérêts contre un acte de l'Union autrement qu'en exerçant ses droits d'associé de cette entreprise. Seule la démonstration d'intérêts distincts de ceux de cette entreprise peut permettre de contourner cette condition. Dans cette affaire, le TUE a privilégié une interprétation stricte de la notion d'intérêt distinct. Partant, il constate que l'interdiction pour les actionnaires de souscrire à l'augmentation de capital unique a tendance à réduire leurs droits et leur rémunération. Ces modifications ne touchent en revanche pas la HSH ; le TUE considère alors que les actionnaires peuvent bien se prévaloir d'un intérêt distinct de celle-ci.

2015, un an de droit des aides d'Etat

Un an de droit du marché intérieur

Par Pauline SAOUL

Elève de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

Le droit du marché intérieur en 2015 est fortement influencé par l'actualité politique et économique. La jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises insiste sur le principe traditionnel d'accès au marché, les Etats membres ayant tendance à protéger leur production nationale en période de crise économique (CJUE, 2e ch., 23 déc. 2015, The Scotch Whisky Association, C-333/14). Par ailleurs, l'enjeu migratoire a conduit la Cour à se prononcer sur une conception restrictive du droit de séjour en vue de limiter les phénomènes de « tourisme social » (CJUE gde ch, 16 juillet 2015, C-218/14, Singh et a). La mondialisation des échanges oblige les droits nationaux à mieux appréhender le caractère transnational des groupes de sociétés dans leur législation fiscale. De même, les problématiques de « prêt de main d'œuvre » en zone transfrontalière ont conduit la Cour a clarifié sa jurisprudence relative à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation de services. Enfin, les perturbations rencontrées dans le secteur bancaire et financier suite à la crise financière ont incité à renforcer la transparence des opérations et la confiance dans ce secteur (Règlement (UE) 2015/2365 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relatif à la transparence des opérations de financement sur titres).

I. La libre circulation des marchandises

A. Taxe d'effet équivalent et protection de l'environnement

Impositions intérieures discriminatoires et véhicules d'occasion. – La Cour rappelle dans le contentieux récurrent sur la taxation environnementale des véhicules d'occasion le principe de neutralité fiscale prévu à l'article 110 TFUE (CJUE 2011, Tatu, C-402/09 : Europe 2011, n°227, obs A. RIGAUX). La perception d'une taxe sur les véhicules d'occasion lors d'une première immatriculation ne doit pas fausser la concurrence entre « *les véhicules automobiles d'occasion provenant d'autres Etats membres et les véhicules similaires déjà immatriculés dans l'Etat membre concerné sans paiement d'une taxe* ». La Cour ne s'oppose pas à l'existence d'une taxe sur les véhicules d'occasion au moment de leur immatriculation mais elle se prononce contre l'exonération de cette taxe pour les véhicules déjà immatriculés dans ledit Etat membre. Cette mesure rend moins attractif l'achat de véhicules d'occasion importés vis à vis des véhicules d'occasion nationaux **(CJUE, gde ch. 14 avril 2015, C-76/14, Mihai Manea : Europe 2015, n°226, obs A. RIGAUX ; Dr. fisc. 2015, n°18, act. 275).**

B. Condamnation des mesures d'effet équivalent par le critère de l'entrave de l'accès au marché

Harmonisation exhaustive. – Les principes directeurs du marché intérieur sont exposés dans un litige concernant la compatibilité de la législation italienne à la directive 94/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mars 1994 concernant le rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres relatives à l'étiquetage des matériaux utilisés dans les principaux éléments des articles chaussants proposés à la vente au consommateur (JO L 100 du 19.4.1994, p. 37). En présence d'une directive d'harmonisation exhaustive, les mesures nationales doivent être contrôlées au regard du droit dérivé et non au regard du droit primaire. Le juge du Luxembourg rappelle la règle selon laquelle les directives d'harmonisation s'appliquent de la même manière aux produits originaires des Etats membres qu'aux produits des pays tiers en libre pratique dans l'Union (CJCE, 5 mars 1986, C-59/84, Tezi Textiel, pt 26). La législation italienne imposant une obligation supplémentaire de marquage d'origine pour des produits chaussants en provenance de pays tiers est contraire à la directive car elle rend plus difficile la pénétration du marché italien pour ces produits étrangers **(CJUE 3e ch, 16 juillet 2015, C-95/14, UNIC et UNI.CO.PEL : Europe 2015, n°368, obs A. RIGAUX).**

Fixation d'un prix de revente minimum. – La Cour qualifie de mesure d'effet équivalent le projet de loi écossais fixant un prix minimum par unité d'alcool pour la vente au détail de boissons alcoolisées. Cette mesure a pour effet d'entraver l'accès au marché britannique des boissons alcoolisées légalement commercialisées dans les autres Etats membres au motif qu'elle empêche la répercussion du prix de revient inférieur des produits importés sur le prix de vente au consommateur. La raison tenant à l'objectif de santé publique et l'incitation à la réduction de la consommation d'alcool est acceptée par la Cour. En revanche, le juge du Luxembourg rejette le caractère proportionné du dispositif en estimant qu'il existe des mesures moins restrictives pour la liberté de circulation des marchandises et permettant d'atteindre le même objectif comme la taxation fiscale **(CJUE, 2e ch., 23 déc. 2015, C-333/14, The Scotch Whisky Association : Europe 2016, n°50, obs A. RIGAUX ; JCP éd. G2016, n°30, obs F. PICOD ; D. act. 4.01.2016, obs E. AUTIER).**

II. La libre circulation des personnes

A. Libre circulation des citoyens

1. Statut des ressortissants d'Etats tiers

Déserteur en provenance d'un Etat tiers. – La Cour clarifie la notion d'acte de persécution présent à l'article 9 § 2 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 dite « Qualification » (JO L 304 du 30.9.2004, p. 12) à l'occasion d'un litige opposant un militaire américain refusant de servir en Irak et l'administration allemande ayant rejeté sa demande d'asile. Le requérant invoquait l'exposition à des sanctions pénales pour désertion et le risque de rejet social dans son pays. Le juge doit tenir compte d'un faisceau d'indices

permettant de déterminer si les actes encourus sont suffisamment graves pour constituer des actes de persécution au sens de la directive et justifier l'obtention du statut de réfugié. Le juge détermine si le service militaire en cause suppose de commettre des crimes de guerre ou d'accomplir des actes relevant des clauses d'exclusion. L'appréciation des faits doit tenir compte de la présence d'un mandat du Conseil de Sécurité des Nations Unis ou d'un consensus de la communauté internationale fondant l'intervention militaire en Irak. De plus, le juge doit tenir compte du fait que l'Etat menant l'opération, en l'espèce les Etats-Unis, répriment les crimes de guerre. Enfin, le requérant doit démontrer que le refus de servir était le seul moyen de ne pas participer à des crimes de guerre. En l'espèce, la Cour rejette la demande d'asile en l'estimant disproportionnée au regard des risques encourus **(CJUE, 2e ch., 26 février 2015, C-472/13, Shepherd : Europe 2015, n°142, obs F. GAZIN ; JCP éd. A 2015, act. 247 ; D act. 12.03.2015, obs. C. FLEURIOT ; JDI 2015, chron. 5, obs J-S. BERGÉ, S. TOUZÉ).**

2. Droit de séjour

Examen d'intégration civique. – La Cour valide le principe de l'examen d'intégration comme mesure d'intégration nécessaire à l'exercice du regroupement familial par des ressortissants de pays tiers conformément à l'article 7 § 2 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 03/10/2003 p. 0012 – 0018). L'Etat membre peut subordonner l'octroi d'un droit de séjour provisoire à la réussite d'un examen d'intégration. Cependant, le juge du Luxembourg estime que les conditions entourant cette obligation d'examen, à savoir le régime de dispense, l'application de la « clause d'équité » et le paiement de frais afférents à cet examen ne doivent pas rendre « *impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit au regroupement familial* ». La législation néerlandaise en cause au principal est contraire au droit de l'Union car elle ne permet pas de tenir compte de l'état de santé fragile des requérantes pour justifier une potentielle exemption d'examen **(CJUE, arrêt du 9 juillet 2015, c-153/14, Minister van Buitenlandse Zaken c/ K. et A : Europe 2015, n°365, obs A. RIGAUX ; JCP éd. 2015, act. 645, obs D. BERLIN ; D. act. 31.03.2015, obs C. FLEURIOT).**

Droit de séjour dérivé. – La Cour est confrontée à une question d'interprétation des articles 13 § 2 et 7 § 2 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO n° L 158 du 30/04/2004 p. 0077 – 0123). Ces dispositions prévoient la possibilité pour un ressortissant d'Etat tiers divorcé d'un citoyen européen, sous certaines conditions, de conserver un droit de séjour dans l'Etat membre de résidence du couple. La particularité du cas d'espèce concerne le maintien du droit de séjour du ressortissant d'un pays tiers dans l'Etat membre de résidence du couple suite à un divorce, alors que l'épouse, citoyenne européenne, est retournée dans son Etat d'origine et y a déclenché une procédure de divorce. La Cour adopte une position sévère et conclue que les ressortissants d'Etat tiers perdent leurs droits de séjour dans l'Etat membre de résidence au moment où l'épouse quitte le territoire dudit Etat pour s'installer dans son Etat membre d'origine, lorsque n'a pas été déclenchée dans l'Etat de résidence du couple une procédure de divorce **(CJUE gde ch, 16 juillet 2015, C-218/14, Singh et a. : Europe 2015, n°370, obs F. GAZIN ; JCP éd. 2015, n°929 ; JCP éd. A 2016, n°2000, obs V. CORREIA ; JCP éd. A 2015, act. 666 ; Dr. fam. 2015, alerte 67, obs J. COUARD ; AJDA 2015, n°2015.2257, obs E. BROUSSY, H. CASAGNABÈRE, C. GÄNSER ; D. act. 07.09.2015, obs C. FLEURIOT ; AJ Fam 2015, n°2015.495, p.495).**

B. Libre circulation des travailleurs

1. Régime fiscal du travailleur

Avantage fiscal pour le travailleur non-résident. – La Cour valide la législation néerlandaise prévoyant une exonération forfaitaire des frais extraterritoriaux pour les travailleurs non-résidents à condition qu'ils résident à plus de 150 km de la frontière. Elle rappelle le principe selon lequel la liberté de circulation des travailleurs « *interdit la discrimination entre travailleurs non-résidents si celle-ci conduit à avantager de manière injustifiée les ressortissants de certains États membres par rapport à d'autres* » (CJCE, 14 févr. 1995, C-279/93, Schumacker : Europe 1995, n°100, obs. A. RIGAUX). Le dispositif néerlandais utilise un critère objectif de distance par rapport à la frontière néerlandaise et ne présente donc pas les caractéristiques d'une discrimination indirecte **(CJUE gde ch, 24 février 2015, C-512/13, Sopora, Europe 2015, n°145, obs F. GAZIN ; Dr. fisc. 2015, n°449, obs A. MAITROT DE LA MOTTE ; Dr. fisc. 2015, n°278, obs L. BERNARDEAU et O. PEIFFERT).**

Prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine. – Les prélèvements sociaux français en cause au principal, à savoir la Contribution Sociale Généralisée (CSG) et la Contribution pour le Remboursement de la Dette Sociale (CRDS) servent au financement des activités de sécurité sociale française. Ils ne sont pas assis sur les revenus professionnels mais sur les revenus du patrimoine. Le juge applique le principe d'unicité de la législation applicable présent à l'article 4 du règlement CEE n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149 du 5.7.1971). Le résident français exerçant son activité professionnelle aux Pays-Bas et soumis à ce titre au régime de sécurité sociale néerlandais, ne peut voir ses revenus du patrimoine imposés par des prélèvements présentant un lien direct avec les branches de sécurité sociale française **(CJUE, 1ere ch, 26 février 2015, C-623/13, De Ruyter : Europe 2015, n°149, obs L. DRIGUEZ ; Dr. fisc. 2015, act. 660 ; JCP éd N. 2015, act. 372 ; Rev. fisc. pat. 2015, n° 23, obs D. ROCHE ; JCP éd S. 2015, n°1235, obs D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; RDSS 2015, n°2015.833, obs C. BOUTAYEB ; D. 2015.784, obs F. LAFAILLE).**

2. Droits aux prestations sociales

Notion de prestation sociale. – La Cour rejette deux recours en manquement contre la Slovaquie au motif que la Commission n'a pas précisé si les prestations en cause étaient des prestations de sécurité sociale entrant dans le champ d'application du règlement n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (JO L 200 du 7.6.2004, p. 1-49), ou si ces dernières relevaient des prestations d'assistance sociale et médicale. La Slovaquie imposait une condition de résidence pour bénéficier d'une prime de Noël et d'allocations accordées à des personnes souffrant d'un handicap grave. La Commission invoquait l'article 7 du règlement pour contester la validité de la condition de résidence grevant une prestation de sécurité sociale ; cette même condition n'étant pas contraire au droit de l'Union lorsqu'elle concerne une prestation d'assistance sociale ou médicale. La Cour rappelle à l'occasion de ce litige l'autonomie du droit de l'Union par rapport aux qualifications nationales. Pour déterminer si lesdites prestations entraient dans le champs d'application du règlement, la Commission auraient dû préciser l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'octroi de ces prestations et le lien entre ces prestations et les risques couverts par le règlement **(CJUE, 1e ch, 16 sept 2015, C-361/13 et C-433/13, Commission c. Slovaquie : Europe 2015, n°428, obs L. DRIGUEZ ; JCP éd S. 2016, n°2000, obs. V CORREIA).**

Personne en situation de handicap. – Une personne exerçant une activité dans un Centre d'Aide par le Travail (CAT) est qualifiée de travailleur au sens de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. A ce titre, le travailleur en situation de handicap bénéficie de congés payés annuels. La Cour rappelle à l'occasion de cette question préjudicielle les critères objectifs de la notion de travailleur et l'autonomie du droit de l'Union par rapport aux qualifications nationales **(CJUE, 1e ch. 26 mars 2015, C-316/13, Fenoll : Europe 2015, n°182, obs D. SIMON ; D. 2015.2049, obs A. BOUJEKA ; RDSS 2015, n°2015.714, obs A-S. HOCQUET DE LAJARTRE, H. RIHAL ; RDT 2015, n°2015.469, obs F. CANUT).**

Limite de l'égalité de traitement. – La Cour confirme l'autorisation pour un Etat membre d'exclure du bénéfice des prestations d'assistance sociale un ressortissant de l'Union, ayant travaillé dans ledit Etat membre pendant une durée de moins d'un an et bénéficiant d'un droit de séjour justifié uniquement par la recherche d'emploi. Cette jurisprudence s'inscrit dans la lignée de la solution Dano, qui prévoit cette même exclusion pour les ressortissants étrangers arrivant sur le territoire d'un Etat membre sans volonté d'y trouver un emploi (CJUE, gde ch., 11 nov. 2014, c-333/13, Dano : AJ Famille 2014, obs P. BERTHET, p.655). Le juge écarte tout examen de la situation individuelle du demandeur et refuse le bénéfice de l'égalité de traitement au motif que le droit de séjour du ressortissant ne respecte pas les conditions de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de

2015, un an de droit du marché intérieur

l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JO L 158 du 30/04/2004 p. 0077 – 0123) **(CJUE, 15 septembre 2015, C-67/14, Alimanovic : JCP 2015, n°1038, obs D. BERLIN ; JCP éd S. 2015, n°1424, obs J. CAVALLINI ; RDSS 2015, n°2015.1017, obs C. BOUTAYEB ; Europe 2015, n°405, obs D. SIMON).**

III. La liberté d'établissement

A. Mesures fiscales contraires à la liberté d'établissement

1. Fiscalité des groupes de sociétés intégrés

Différence de traitement interdite sur la condition de résidence. – La Cour estime contraire à la liberté d'établissement, une législation nationale permettant à une société mère lors de l'acquisition d'une participation dans une société résidente, de réaliser un amortissement de la valeur commerciale de l'entreprise dans la limite de 50%, alors qu'elle ne reconnaît pas ce même avantage lorsque la prise de participation s'effectue dans une société non-résidente **(CJUE, 4e ch, 6 oct. 2015, C-66/14, Finanzamt Linz : Europe 2015, n°494, obs A-L. MOSBRUCKER ; Dr. fisc. 2015, act. 567 ; Dr. sociétés 2016, n°21, obs J-L. PIERRE).**

Régime de groupe et quote-part de frais et charges. – La législation française octroyant un avantage fiscal à une société mère ayant des filiales résidentes sous la forme d'une neutralisation de la quote-part de frais et charges de ses filiales dans le calcul de son bénéfice imposable constitue une entrave à la liberté d'établissement. La Cour opère un examen isolé de l'avantage consenti en refusant d'appréhender le régime fiscal français comme un ensemble cohérent. Elle rappelle que la faculté reconnue aux Etats membres de déterminer le régime applicable aux charges de participation mère-fille prévue à l'article 4 § 2 de la directive 90/435, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (L 225 du 20/08/1990 p. 0006 – 0009), doit se faire dans le respect du principe de non-discrimination **(CJUE, 2e ch, 2 sept 2015, C-386/14, Groupe Steria : Dr. fisc. 2015, act. 515, obs F. LAFAILLE ; Dr. fisc. 2015, n°611, obs M.-P. HÔO, C. MAIGNAN ; Dr. fisc. 2016, n°28, obs P. FUMENIER ; Europe 2015, n°431, obs A-L. MOSBRUCKER ; Dr. sociétés 2015, n°207, J-L. PIERRE ; JCP 2015, n°975, obs F. PICOD ; Rev. fisc. pat. 2015, n°16, obs M. MICHEL ; JCP éd E. 2015, n°1460, obs F. LAFAILLE).**

Imputation des pertes d'une filiale étrangère. – La Cour reprend l'exception Mark et Spencer pour valider le régime fiscal britannique concernant le dégrèvement pour une société mère des pertes de filiales européennes lorsque celles-ci sont devenues définitives (CJCE, gde ch., 13 déc. 2005, C-446/03, Marks & Spencer : Europe 2006, n°48, F. MARIATTE). Suite à cette jurisprudence de 2005, le Royaume-Uni a mis en place des conditions rendant en pratique très difficile les possibilités de bénéficier d'un tel dégrèvement. Reconnu comme une entrave à la liberté d'établissement, la Cour admet que ce dispositif restrictif soit justifié en raison de

la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, du risque de double déduction des pertes et de la prévention de la fraude et de l'évasion fiscale **(CJUE gde ch, 3 févr. 2015, C-172/13, Commission contre Royaume-Uni : Dr. fisc. 2015, n°263, obs J. ARDOUIN, F. SICARD ; Dr. fisc. 2015, act. 102 ; Europe 2015, n°130, obs A-L MOSBRUCKER ; Dr. sociétés 2015, n°160, obs J-L. PIERRE).**

2. Recouvrement discriminatoire de l'impôt

Imposition des plus-values. – Le juge de l'Union se prononce sur une législation allemande prévoyant la possibilité de reporter l'imposition des plus-values issues de la vente de biens d'investissement, lorsque ces dernières sont réinvesties dans l'achat de biens de remplacement à destination d'un établissement stable allemand. Cependant, lorsque le réinvestissement des plus-values s'effectue en dehors du territoire allemand, le recouvrement de l'impôt sur les plus-values est alors immédiat. La Cour estime que cette différence de traitement entrave la liberté d'établissement et n'est pas justifiée par une différence objective de situation ou par une exigence impérieuse d'intérêt général **(CJUE, 3e ch, 16 avril 2015, C-591/13, Commission c/ Allemagne : Europe 2015, n°230, obs A-L MOSBRUCKER ; Dr. fisc. 2015, act. 274).**

Impôts sur les sociétés et déduction des pertes de change. – La législation fiscale suédoise excluant les pertes de change au titre de l'impôt sur les sociétés lors de la cession de participation d'une filiale n'est pas contraire à la liberté d'établissement. Le juge constate que l'Etat n'impose pas les plus-values ou ne déduit pas les moins-values issues de cessions similaires lorsque ces dernières concernent des sociétés suédoises **(CJUE, 2e ch, 10 juin 2015, C-686/13, X : Europe 2015, n°312, obs A-L. MOSBRUCKER ; Dr. fisc. 2015, act. 367).**

B. Liberté d'établissement et professions réglementées

Discrimination fondée sur la nationalité. – La Cour confirme une solution classique à l'occasion d'une législation lettonne réservant l'exercice de l'activité notariale à des nationaux. La Cour rappelle que les notaires ne participent pas directement et spécifiquement à l'exercice de l'autorité publique (CJUE, 24 mai 2011, C-47/08, Commission c/ Belgique : Europe 2012, n°246, obs V. MICHEL). Elle condamne la clause de nationalité constituant une discrimination directe au motif qu'elle entrave la liberté d'établissement **(CJUE, 7e ch, 10 septembre 2015, c-151/14 Commission contre Lettonie : Europe 2015, n°429, obs V. MICHEL ; JCP éd A. 2016, n°2000, obs V. CORREIA).**

Reconnaissance des qualifications professionnelles. – La directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255 du 30.9.2005, p.22-142) a pour objectif de permettre à un ressortissant de l'Union, disposant des qualifications pour accéder à une profession réglementée dans son pays d'origine, de pouvoir accéder à cette même profession dans un autre Etat membre.

2015, un an de droit du marché intérieur

Il appartient à la législation nationale de l'Etat d'accueil de définir la notion d'architecte. Pour le cas d'espèce allemand, la notion d'architecte peut recouvrir tant des activités techniques de planification, de surveillance et de mise en œuvre que des activités relevant du domaine de la conception artistique et économique du bâtiment, de l'urbanisme voir de la conservation des monuments **(CJUE 4e ch, 16 avril 2015, C-477/13, Angerer : Europe 2015, n°229, obs E. DANIEL).**

IV. La libre prestation de services

A. Délimitation du champ d'application de la libre prestation de services

Mise à disposition de la main d'œuvre. – Dans le cadre de l'élargissement à l'est de l'Union européenne, le contrat d'adhésion de la Hongrie prévoit deux dispositifs permettant à l'Autriche de réglementer l'accès à son marché du travail par des travailleurs hongrois (Acte relatifs à l'adhésion de la République de Hongrie du 23 septembre 2003, JO L 236 du 23.09.2003). La Cour estime que les dispositions transitoires de limitation ou de réglementation de l'accès au marché du travail (chap. 1, pt 2 de l'annexe X) et la possibilité de limiter la circulation temporaire de travailleurs au titre de perturbations graves de certains secteurs sensibles (chap. 1 ; point 13) sont des fondements cumulatifs pour l'adoption de mesures restrictives. Etait en cause au principal, le paiement d'une amende de 700 000 euros par une entreprise hongroise pour absence d'obtention d'autorisation de travail en Autriche. Cette affaire reprend les apports de la jurisprudence Vicoplus qui distingue la mise à disposition de la main d'œuvre de la libre prestation de services comportant en accessoire le détachement de travailleurs (CJUE, 10 févr. 2011, aff. jtes. C-307/09 à 309/09, Vicoplus SC PUH : JCP éd S. 2011, n°1310, obs P. COURSIER). La Cour conclue à la présence d'une mise à disposition de la main d'œuvre ayant pour effet d'affecter le marché du travail autrichien en rappelant les trois critères cumulatifs. En premier lieu, la prestation de services est réalisée contre rémunération et le travailleur demeure au service de l'entreprise prestataire. En second lieu, aucun contrat de travail n'est conclu entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice malgré l'accomplissement des tâches sous le contrôle et la direction de l'entreprise utilisatrice. Enfin, le déplacement de travailleurs doit être l'objet de la prestation de services. Le juge national dispose à ce titre d'un faisceau d'indices pour distinguer le détachement de la mise à disposition. Si les risques liés à l'exécution non conforme de la prestation pèsent sur l'entreprise prestataire ou si le pouvoir de déterminer le nombre de travailleurs à envoyer dans l'Etat d'accueil appartient à l'entreprise prestataire, alors c'est un détachement de travailleurs et non une mise à disposition de la main d'œuvre au sens de l'article 1er § 3 sous c) de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JO L 018 du 21/01/1997 p. 0001 – 0006) **(CJUE, 4e ch, 18 juin 2015, C-586/13, Martin Meat : JCP éd S. 2015, n°1442, obs G. DUCHANGE ; Europe 2015, n°315, obs V. MICHEL).**

Opération de change. – Etait en cause au principal un établissement de crédit hongrois proposant des crédits à la consommation libellés en devises étrangères. Pour la Cour, le contrat de prêt à la consommation n'a pas pour objet la vente d'un actif financier. Les clauses de ce contrat de prêt relatives à la conversion des devises ne sont ni un service ni une activité d'investissement mais constituent une modalité d'exécution de celui-ci. En ce sens, l'établissement de crédit n'est pas soumis aux obligations de l'article 19 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur l'évaluation de l'adéquation ou du caractère approprié du service à fournir en matière d'instruments financiers (L 145, 30.4.2004, p. 1-44) **(CJUE, 3 décembre 2015, c-312/14, Banif Plus Bank : JCP éd E. 2015, act. 930 ; JCP 2015, n°51, obs D. BERLIN ; JCP 2016, n°171, obs M. STORCK, L. CAPDEVILLE ; Europe 2016, n°70, obs E. DANIEL).**

B. Restrictions à la liberté de prestation de services

1. Liberté de fixation du siège social

Organisme de certification. – La réglementation italienne imposant aux sociétés d'organismes d'attestation (SOA) d'avoir leur siège statutaire sur le territoire italien est contraire à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. La Cour rappelle que ces organismes exercent dans des conditions concurrentielles et ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique (CJUE, 4e ch., 12 déc. 2013, aff. C-327/12, SOA Nazionale Costrotturi –Organismo di Attestazione : Europe 2014, n° 72, obs L. IDOT). Les SOA sont qualifiées d'entreprises à but lucratif et entrent dans le champ de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur conformément au considérant 33 (JO L 376, 27.12.2006, p. 36-68). L'article 14 de cette directive interdit aux Etats membres d'imposer le lieu de fixation du siège statutaire d'une entreprise. Le juge du Luxembourg estime que les exigences interdites énumérées à l'article 14 ne peuvent être justifiées par le droit primaire car ces justifications priveraient d'effet utile les dispositions de la directive et ne permettraient pas de réaliser l'harmonisation souhaitée **(CJUE, gr ch, 16 juin 2015, c-593/13, P, Rina Services et a. : JCP éd G. 2015, n°25, obs F. PICOD ; Europe 2015, n°313, obs S. CAZET ; CMP 2015, n°205, obs H. HOEPFFNER).**

2. Justification des restrictions à la libre prestation de services et jeux de hasard

Principe d'égalité de traitement et d'effectivité. – La Cour statue dans le secteur particulier des jeux de hasard et conclue à une marge de manœuvre des Etats membres dans ce domaine où il existe « *des divergences considérables d'ordre moral, religieux et culturel entre les Etats membres* ». La législation italienne fait application des enseignements de la jurisprudence Costa et Cifone qui déclarait incompatible avec le droit de l'Union le régime d'appel d'offre italien relatif aux concessions de jeux d'argent (CJUE, 16 févr. 2012, Costa et Cifone, C-72/10 et C-77/10 : Europe 2012, n°149, obs D. SIMON). Ces dernières sont désormais conclues pour des durées plus courtes afin que les nouveaux contrats de concession s'alignent sur la durée des anciens et favorisent à terme la réduction de leur nombre. La Cour conclue à l'absence de violation des principes d'égalité de traitement et d'effectivité au motif que la durée réduite des nouvelles concessions est compensée par un régime moins onéreux et moins contraignant. Enfin, la Cour reconnaît l'existence d'une entrave à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement en raison des mesures contraignantes issues du régime concessif. Néanmoins, les raisons impérieuses d'intérêt général tenant à la protection du consommateur et à la prévention de la fraude peuvent justifier une telle atteinte **(CJUE, 3e ch, 18 févr. 2015, C-463/13, Stanley International Betting et Stanley Bet Malta Ltd : CMP 2015, n°71, obs G. ECKERT ; Europe 2015, n°112, obs F. GAZIN).**

Principe de sécurité juridique et confiance légitime. – La législation hongroise augmentant par cinq les taxes grevant l'exploitation des machines à sous dans les salles de jeux est « *de nature à prohiber, gêner ou à rendre moins attrayante les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre* ». Cette entrave à la libre prestation de services peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général comme la protection des consommateurs contre l'assuétude au jeu et la lutte contre les activités criminelles et frauduleuses. La détermination du niveau de protection relève du juge national. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le juge national devra apprécier la cohérence de la mesure avec les buts poursuivis, à noter que l'augmentation des recettes de l'Etat ne porte pas atteinte à la justification de l'entrave. A l'occasion de cette procédure, le juge hongrois pose la question du respect des principes généraux du droit de l'Union tels que la sécurité juridique, la confiance légitime et le droit de propriété. La Cour estime que les opérateurs ne peuvent s'en prévaloir pour contester toute modification de la législation applicable. Néanmoins, le juge de l'Union reconnaît la nécessité pour le législateur de prévoir un régime de compensation ou une période transitoire. La Cour ouvre un engagement éventuel de la responsabilité de l'Etat membre au titre de la violation du droit de l'Union **(CJUE, 11 juin 2015, C-98/14, Berlington Hungary e.a. : Europe 2015, n°314, obs D. SIMON, A. RIGAUX ; Dr. fisc. 2015, act. 368 ; JCP éd E. 2015, act. 518 ; D. act. 20.07.2015, obs T. SOUDAIN).**

V. La libre circulation des capitaux

A. Transparence du marché intérieur des capitaux

1. Lutte contre le blanchiment d'argent

Transparence des activités de crédit non-bancaire. – Dans le contexte de réforme suite à la crise financière, la Commission propose en janvier 2014 d'améliorer la transparence des opérations de financement sur titres (Proposition de règlement 29.01.2014). Ces dernières offrent la possibilité de bénéficier d'un financement non bancaire en plaçant des actifs financiers en garantie. Le règlement 2015/2365 adopté le 25 novembre 2015

impose une déclaration préalable à toutes opérations de financement sur titres non conclues avec une banque centrale. Les fonds d'investissements sont soumis à une obligation d'information des investisseurs sur l'utilisation d'un financement sur titre ou d'un contrat d'échange sur rendement global. Des règles de transparence telles que la connaissance des risques encourus ou le consentement préalable sont également imposées en matière de réutilisation des sûretés **(Règlement (UE) 2015/2365 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relatif à la transparence des opérations de financement sur titres et de la réutilisation et modifiant le règlement (UE) no 648/2012, JO L 201, 27.7.2012, p. 1–59).**

Amende. – Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le règlement 1889/2005 du 26 octobre 2005 du Parlement et du Conseil relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté prévoit à l'article 3 une sanction pour la méconnaissance de l'obligation de déclaration préalable des mouvements de capitaux entre l'Union européenne et les pays tiers (JO L 309, 25.11.2005, p. 9–12). Un ressortissant serbe se voit infliger en vertu du droit hongrois une amende équivalente à 60% de la somme liquide non déclarée. Le juge de l'Union examine la proportionnalité de la sanction prévue par la réglementation nationale et conclue qu'elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir le respect de l'obligation de déclaration préalable. La Cour offre au législateur hongrois une solution pour rendre sa législation compatible avec le droit de l'Union en proposant une sanction moins élevée tout en la combinant avec le dispositif de l'article 4 § 2 du règlement prévoyant la possibilité de confisquer l'argent liquide pour une durée déterminée **(CJUE 2e ch, 16 juillet 2015, C-255/14, Chmielewski : Europe 2015, n°371, obs F. GAZIN ; Dr. fisc. 2015, act. 449).**

2. Services de paiements électroniques

Commission d'inter-change. – Le règlement 2015/751 adopté le 29 avril 2015 fixe un plafond aux commissions interbancaires perçues par un prestataire de service de paiement lors de paiements par carte. Ce texte s'applique lorsque le prestataire de service de paiement du payeur et celui du bénéficiaire sont situés sur le territoire de l'Union. Le rapprochement des législations s'effectue par une harmonisation des plafonds des commissions d'inter-change fixés à 0,2% de la valeur de l'opération pour les carte de débit contre 0,3 % pour les cartes de crédit. Les dispositifs nationaux n'entrant pas dans ces deux catégories se voient appliquer le plafond le plus faible. Une période transitoire permet aux Etats membres d'appliquer un plafond unique pour l'ensemble des opérations. Le présent règlement vise à accélérer la réalisation du marché intégré pour les opérations de paiement en rappelant l'interdiction des discriminations et des mesures d'effets équivalents à une restriction quantitative en matière d'émission de carte ou d'opérations de paiement par carte **(Règlement européen n°2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'inter-change pour les opérations de paiement liées à une carte, JO L 123, 19.5.2015, p. 1–15).**

Transparence des services de paiements électroniques. – La directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur soumet les utilisateurs et les prestataires de services de paiement à des obligations de transparence et d'information. Il fixe les règles relatives à l'autorisation et à l'exécution des opérations de paiement pour faire face au développement du paiement par internet et à la multiplicité d'acteurs sur le marché offrant au public un service équivalent. Cet ensemble de règles s'applique également lorsque l'un des prestataires de service de paiement est situé en dehors de l'Espace économique européen. L'Union souhaite promouvoir à travers ce texte le développement d'un marché des opérations de paiement efficace, sûr et compétitif. Il vise à augmenter la protection des utilisateurs de services de paiement et le niveau de sécurité des paiements électroniques **(Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, JO L 337, 23.12.2015, p. 35–127).**

3. Régimes fiscaux discriminatoires

Exonération des droits de mutation. – Est contraire à la libre circulation des capitaux, une législation française octroyant une exonération des droits de mutation à titre gratuit des dons et legs consentis à des organismes publics ou d'utilité publique exclusivement établis en France ou sur un territoire ayant conclu une convention bilatérale avec la France **(CJUE, 6e ch, 16 juillet 2015, C-485/14, Commission contre France : Europe 2015, n°372, obs S. ROSET ; JCP éd A. 2015, act. 799 ; JCP 2015, n°930, obs F. PICOD ; Dr. fisc. 2015, act. 463).**

Imposition des dividendes. – La législation néerlandaise imposant une retenue à la source sur les dividendes distribués par une société résidente est contraire à la libre circulation des capitaux en ce que cette même législation prévoit un mécanisme de compensation pour les contribuables résidents, alors que ce dernier ne bénéficie pas aux contribuables non-résidents. Une telle mesure peut être justifiée par une convention bilatérale destinée à éviter les phénomènes de double imposition. Le fait que la mesure en cause introduit une différence de traitement entre les contribuables résidents et non résidents rend moins favorable la liberté de circulation des capitaux. La Cour invalide le dispositif sur ce fondement **(CJUE 3e ch 17 sept 2015, C-10/14, C-14/14 et C-17/14, Miljoen : Dr. fisc. 2015, n°664, obs A. DE WAAL ; Dr. fisc. 2015, act. 539 ; Rev. fisc. pat. 2015, n°22, obs A. DE WAAL ; Europe 2015, n°434, obs A-L. MOSBRUCKER).**

2015, un an de droit du marché intérieur

Déductibilité de rentes alimentaires. – La Cour déclare contraire à la libre circulation des capitaux, la législation allemande qui octroie au contribuable résident la possibilité de déduire de ses revenus une rente alimentaire versée en contrepartie d'une donation en avancement de part successorale, alors que ce même mécanisme n'est pas envisagé pour le contribuable non-résident. La Cour rejette l'argument du gouvernement allemand fondé sur la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre Etats membres et la cohérence du régime fiscal national au motif qu'il n'existe pas de différences de situation entre le contribuable résident et le contribuable non résident pour les dépenses liées aux revenus commerciaux générés par les parts détenues dans une société **(CJUE, gde ch, 24 février 2015, C-559/13, Grünewald : Dr. fisc. 2015, act. 145 ; Europe 2015, n°151, obs A-L. MOSBRUCKER).**

Droit de la régulation bancaire

Par Corentin COUVIDAT

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiant du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

Dans l'actualité 2015 du droit de la régulation bancaire, on peut évoquer à titre liminaire la prise de fonction le 1er novembre dernier de François Villeroy de Galhau en qualité de Gouverneur de la Banque de France et, subséquemment, à la tête de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR). Polytechnicien, énarque et inspecteur des finances, Monsieur Villeroy de Galhau a aussi travaillé entre 2003 et 2015 pour le compte du groupe BNP Paribas (PDG de Cetelem, responsable de la banque de détail puis directeur général délégué du groupe). Si l'intégrité ou la compétence du nouveau gouverneur n'est pas mise en cause, cette nomination a fait renaitre, notamment au travers d'une pétition signée par près de 150 économistes et représentants de la société civile, le débat sur la capture (financière ou idéologique) du régulateur. Par ailleurs, après une année 2014 marquée par des avancées décisives dans la réalisation de l'Union bancaire, l'année 2015 se caractérise par l'approfondissement et la mise en œuvre des mécanismes de surveillance et de résolution uniques. A l'échelle internationale, le G20 a adopté en novembre la proposition du Conseil de stabilité financière quant à la capacité d'absorption totale des pertes (Total-Loss-Absorbing-Capacity, TLAC) des établissements bancaires d'importance systémique mondiale. Enfin, plusieurs champs spécifiques de la régulation bancaire ont fait l'objet de réformes visant à un contrôle renforcé. Il s'agit de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme menée de front par les autorités nationales et le Groupe d'Action Financière (GAFI), du contrôle des dirigeants exercé par l'ACPR et de l'adoption de la nouvelle directive concernant les services de paiement dans le marché intérieur (DSP 2).

I. La consolidation de la supervision prudentielle

A. Nouvelle exigence de capacité d'absorption totale des pertes

Adoption de la mesure. – Le G20 réuni à Antalya les 15 et 16 novembre 2015 a adopté un standard international commun en matière de capacité d'absorption des pertes en cas de résolution **(Total-Loss-Absorbing-Capacity, FSB Term sheet, 9 nov. 2015)**, dit TLAC. La mesure développée par le Conseil de stabilité financière depuis plus de deux ans en coordination avec le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire témoigne de l'engagement prioritaire de ces instances internationales depuis la crise de 2007-08 de mettre fin à la garantie implicite, pour

les établissements financiers d'importance systémique, d'un renflouement public en cas de faillite (le « too-big-to-fail »).

Etablissements destinataires. – Les établissements concernés par cette mesure sont les banques d'importance systémique mondiale dont le Conseil de stabilité financière dresse la liste chaque année au mois de novembre. Il s'agit de trente établissements (principalement européens, nord-américains, chinois et japonais) qui, par leur taille et leur poids sur les marchés mondiaux, peuvent faire peser un risque pour le système bancaire dans son ensemble. Ils sont soumis à des exigences prudentielles plus strictes en matière de management du risque et de contrôle interne (obligation d'établir des plans préventifs de résolutions, procédures régulières d'évaluation du risque et de la solvabilité…). Ils sont les seuls destinataires de la TLAC.

Contenu de la TLAC. – La mesure est une nouvelle exigence minimale de fonds propres de type « pilier 1 » (nomenclature de Bâle) dont l'objectif est de rendre possible, en cas de crise grave au sein d'un établissement bancaire d'importance systémique mondiale, la mise en place de procédures de résolution sans intervention des pouvoirs publics (bail-out). Le renflouement interne (bail-in) protège l'argent des contribuables, lève l'aléa moral de la garantie implicite « too-big-to-fail » et permet une prise en charge ordonnée en cas de résolution, limitant ainsi la panique des acteurs du marché et donc le risque de contagion au système dans son ensemble. La mesure adoptée par le G20 prévoit une période transitoire pour atteindre les objectifs demandés. Il s'agit d'arriver à une proportion de passifs éligibles au bail-in suffisante par rapport à l'ensemble des actifs pondérés par le risque, de l'ordre de 16% avant 2019, puis 22% pour 2022. Dans le même temps, les passifs éligibles devront représenter, au minimum, 6% de la valeur du dénominateur utilisé dans le calcul du ratio de levier (Bâle III). La mesure prévoit des délais de transposition plus longs pour les établissements dont le siège est situé dans un pays émergent, ce qui devrait de fait bénéficier aux groupes chinois. Les autorités de régulation compétentes sont par suite chargées de définir, en respect des seuils minimaux énoncés, des exigences spécifiques pour chaque établissement destinataire. Les instruments éligibles à la TLAC doivent répondre à des critères de stabilité et de maturité (échéance restante d'au moins un an). En cas de procédure de bail-in, ces instruments seront mobilisés pour absorber les pertes et contribuer à la recapitalisation de l'établissement en résolution. Il ne doit donc pas exister d'obstacle juridique sérieux (légal ou contractuel) à leur exposition aux pertes.

Application et transposition. – Les standards techniques pour l'application et la mise en place de la TLAC font l'objet de travaux des instances internationales compétentes (Conseil de stabilité financière et Comité de Bâle en particulier). Pour ce qui est de l'Union européenne, la mesure devra être transposée pour permettre son articulation avec l'exigence minimale de passif éligible au renflouement interne déjà présente dans la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil

2015, un an de droit de la régulation bancaire

du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (Concurrences, 2014, n°3, pp.192-194, obs. F. Martucci).

B. Adoption de procédures communes dans le cadre du MSU

Sanctions. – Dans le cadre de l'Union bancaire, et plus particulièrement du mécanisme de surveillance unique (MSU) mis en place par le règlement (UE) n°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013, la BCE se voit confier le pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires aux établissements de crédit qu'elle contrôle. Cette possibilité vient étendre le pouvoir de sanction plus général dont elle dispose dans l'exercice de ses missions de mise en œuvre de la politique monétaire. Le **règlement (UE) 2015/159 du Conseil du 27 janvier 2015 modifiant le règlement (CE) n° 2532/98 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions** vient préciser le régime applicable aux sanctions prises au titre de la mission de surveillance. Tout d'abord, le règlement pose un principe de transparence des sanctions auquel il n'est possible de déroger que si la publication risque d'être une menace pour la stabilité financière ou d'infliger un préjudice disproportionné à l'établissement fautif. Le montant maximal des sanctions y est précisé à l'article 4bis, en dérogation des dispositions générales. La BCE peut condamner un établissement au versement d'amendes d'un montant maximal égal au double des profits réalisés ou des pertes évitées du fait de l'infraction, ou si cela ne peut être estimé, 10% du chiffre d'affaires annuel total ; la BCE peut aussi infliger des astreintes journalières d'un montant maximal de 5% du chiffre d'affaire quotidien moyen de l'établissement. Les sanctions doivent respecter les principes de nécessité et de proportionnalité. Enfin, en application du principe de séparation des activités de surveillance de celles relevant de la politique monétaire, les sanctions prises dans le cadre du MSU sont adoptées directement par le conseil des gouverneurs sur la base d'un projet complet de décision du conseil de surveillance et sous réserve d'un réexamen par la commission administrative de réexamen, alors que les autres décisions de sanction relèvent du directoire de la BCE.

Ethique professionnelle. – Pour répondre à l'exigence fondamentale de crédibilité et de confiance des acteurs du marché dans le régulateur, **l'Orientation (UE) 2015/856 de la Banque centrale européenne du 12 mars 2015 établissant les principes d'un cadre d'éthique professionnelle pour le mécanisme de surveillance unique (BCE/2015/12)** définit un ensemble de règles de conduite applicables à l'ensemble des personnels de la BCE et des autorités nationales en charge de missions de surveillance. A côté d'une interdiction générale d'utilisation indue d'informations privilégiées visant l'ensemble des opérations d'ordre privé réalisées à titre personnel, pour le compte d'un tiers, ou par un tiers sur recommandation, la BCE émet un ensemble de restrictions particulières adressées aux initiés : interdiction d'opérations financières particulières, obligation de déclaration ou d'autorisation pour certaines opérations pouvant être perçues comme étant liées

à l'accomplissement des missions de surveillance prudentielle. Le principe retenu est celui de « besoin d'en connaître » qui vise à limiter l'accès à l'information privilégiée à ceux qui en ont besoin dans l'exercice de leurs fonctions. Les agents de la BCE ou des autorités nationales compétentes sont aussi invités à déclarer toute situation de conflit d'intérêts. Les procédures de recrutement prennent en compte les fonctions antérieures et les relations personnelles des candidats. Enfin, l'article 10 de la présente orientation pose un principe d'interdiction des avantages liés à leurs obligations professionnelles. Ces règles de conduite font l'objet de contrôle de conformité internes et de procédure de signalement des cas de non-respect pouvant mener à la prise de mesures disciplinaires.

Déclaration d'informations. – Toujours dans le cadre du MSU, l**e Règlement (UE) 2015/534 de la Banque centrale européenne du 17 mars 2015 concernant la déclaration d'informations financières prudentielles (BCE/2015/13)** vient préciser les conditions entourant la coopération entre la BCE et les autorités prudentielles nationales en matière d'échange d'informations. Le champ d'application de la directive s'étend à tous les groupes et entités importants (relevant de la surveillance directe de la BCE dans le cadre du MSU) ou moins importants qui établissent leurs comptes selon les normes comptables internationales (IAS et IFRS) ou non (référentiels comptables nationaux fondés sur la directive 86/635/CEE). Le présent règlement s'applique aussi aux succursales établies dans un Etat participant au MSU d'établissement de crédit établis dans un Etat membre non-participant ainsi qu'aux succursales d'établissement soumis au MSU établies dans un Etat membre non-participant ou un Etat tiers. S'il est rappelé à plusieurs reprises (considérants 9 et 10) qu'il ne s'agit pas « *d'imposer des exigences déclaratives uniformes* », ce règlement fixe un « *ensemble minimum commun d'informations* » que ces entités doivent fournir aux autorités nationales compétentes. Il en précise le contenu, le format, la fréquence et les délais de communication, sans pour autant venir modifier ou harmoniser les normes comptables utilisées par ces groupes et entités.

C. Régime des succursales d'établissements de crédit de pays tiers

Transposition du droit de l'Union. – Pour mettre en œuvre les dispositions nouvelles du paquet législatif dit « CRR/CRD IV » (Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement) et combler les lacunes du cadre existant, la France a adopté **l'Ordonnance n° 2015-558 du 21 mai 2015 relative aux succursales établies sur le territoire français d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne ni partie à l'accord sur l'Espace économique européen** (La semaine juridique – Entreprises et Affaires n°24, 2015, comm. 1284, obs. Th. Bonneau). L'harmonisation croissante des règles de surveillance prudentielle à l'échelle de l'Union européenne et, a fortiori, la mise en place du MSU a en effet conduit à dissocier le régime applicable aux établissements soumis à ces règles de celui concernant les succursales d'établissements de pays tiers (ci-après SPT). Le texte français met donc en place un régime spécifique pour ces succursales qui, sans être tout à fait original, constitue plutôt une adaptation du régime français antérieurement applicable.

Agrément des SPT. – L'ordonnance du 21 mai 2015 aménage un régime spécifique en ce qui concerne l'accès aux activités de banque tenant compte du fait que les succursales ne disposent pas de la personnalité morale. Contrairement aux succursales des établissements de crédit européen, les SPT « *sont agréées en qualité de banque ou d'établissement de crédit spécialisé autre qu'une société de crédit foncier ou une société de financement de l'habitat, dans la limite des opérations que les établissements de crédit dont elles dépendent sont autorisés à réaliser* » (article L.511-10, I. du Code monétaire et financier). La délivrance de cet agrément est subordonnée à l'engagement de l'établissement de crédit dont dépend la succursale d'exercer « *à l'égard de cette succursale, des missions équivalentes à celles qui sont confiées, par la section 8 du présent chapitre, au conseil d'administration, au conseil de surveillance ou à tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes, ainsi qu'à l'assemblée générale* » (L.511-10, III.). L'agrément des SPT ne relève pas du MSU et est donc délivré, ou retiré, directement par l'ACPR, et non par la BCE.

Passeport européen. – L'agrément des SPT en tant que banque ou établissement de crédit pose la question de savoir s'il faut leur reconnaître le « passeport européen » leur permettant d'exercer les activités pour lesquelles elles sont agréées sur l'ensemble du territoire de l'Union. En effet, l'article 33 de la directive CRD IV établit un lien, pour les établissements de crédit, entre l'agrément délivré par l'autorité compétente d'un Etat membre, et le passeport européen. L'ordonnance du 21 mai 2015 en son article 1, 9° ferme cependant expressément cette possibilité aux SPT.

Exigences prudentielles. – Les SPT peuvent, sur décision de l'ACPR, être exemptées, totalement ou partiellement, de certaines exigences prudentielles. Ces exemptions ou assouplissements peuvent concerner les ratios exigés en termes de solvabilité, de liquidité et d'effet de levier. Certaines exigences qualitatives de type pilier 3 concernant la discipline de marché et les exigences de communication financière (titrisation, composantes des fonds propres…) peuvent aussi être levées. Pour ce faire, l'ordonnance donne compétence à l'ACPR doit constater l'équivalence de la législation du pays d'origine de la SPT aux dispositions françaises et européennes en la matière, consacrant ainsi une technique rappelant celle de la reconnaissance mutuelle utilisée entre Etats membres de l'Union.

2015, un an de droit de la régulation bancaire

II. L'approfondissement des procédures de résolution

A. Transposition de la directive BRRD

Achèvement de la transposition. – La directive dite « BRRD » **(Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement)** a d'abord fait l'objet, en droit français, d'une transposition anticipée sur la base du projet de directive de la Commission dans la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires qui confie à l'ACPR la mise en œuvre du régime français de résolution bancaire. Cependant, pour assurer la pleine conformité de la législation française au cadre européen de rétablissement et de résolution bancaire et l'adapter au mécanisme de résolution unique (MRU) de l'Union bancaire, a été adoptée **l'ordonnance n° 2015-1024 du 20 août 2015 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière** (La semaine juridique – Entreprises et Affaires n°38, 2015, comm. 1434, obs. Th. Bonneau).

Plans préventifs. – La directive BRRD, entrée en vigueur au 1er janvier 2015, impose un certain nombre de mesure de prévention des crises bancaires, parmi lesquelles l'obligation d'établir des plans préventifs. Ces plans ont pour objectif de préparer ex ante la marche à suivre en cas de dégradation de la situation d'un établissement. Il existe deux types de plans préventifs : les plans de rétablissement et les plans de résolutions. Les premiers sont élaborés par les établissements eux-mêmes et remis annuellement à l'ACPR qui peut proposer des modifications. Ils listent l'ensemble des mesures à mettre en place si la situation financière de l'établissement venait à substantiellement se dégrader. Les plans préventifs de résolution sont, eux, établit par l'autorité et détaillent les mesures à appliquer en cas de mise en œuvre de la résolution.

Intervention précoce. – L'article L.511-41-5 du Code monétaire et financier introduit par l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2015 vient renforcer les pouvoirs de l'ACPR en matière d'intervention précoce. Cette procédure peut être déclenchée notamment dans le cas d'une dégradation rapide de la situation financière de l'établissement. L'ACPR peut alors, par exemple, ordonner à l'établissement de mettre en œuvre certaines mesures établies dans son plan préventif de rétablissement, négocier un plan de restructuration de sa dette avec ses créanciers, modifier sa stratégie commerciale, sa structure juridique ou opérationnel. L'ACPR peut aussi décider de nommer un administrateur temporaire ou mettre fin aux fonctions de certains dirigeants de l'établissement.

Mise en œuvre de la résolution. – Dans le cas où les mesures prises au titre de la procédure d'intervention précoce ne seraient pas suffisantes, la résolution peut être déclenchée à trois conditions : défaillance de l'entité (effective ou susceptible de l'être dans un proche avenir), absence de solution de nature privée ou prudentielle suffisante et intérêt public à la résolution. La procédure de résolution doit alors s'approcher le plus possible du plan préventif de résolution élaboré par l'autorité pour permettre un règlement ordonné de la défaillance. L'ACPR peut alors avoir recours à différentes techniques et outils de résolution comme la cession des titres de propriété (biens, droits, obligations, actions…) de l'entité en résolution à un tiers acquéreur ; la création d'un établissement relai (dit « *good bank* ») rassemblant les titres les plus fiables et d'une structure concentrant les titres à liquider (dite « *bad bank* ») ou, enfin, avoir recours à un mécanisme de renflouement interne en convertissant des éléments de passif éligibles. Ces solutions ont pour objectif principal d'éviter le recours à un soutien financier public.

Collège de résolution. – Créé par la loi du 26 juillet 2013, le collège de résolution de l'ACPR bénéficie avec l'ordonnance du 20 août 2015 d'une autonomie et de pouvoirs renforcés. L'ACPR lui alloue un budget pour mener à bien ses missions, qui est géré par un directeur nommé par le président du collège de résolution. Il devient l'autorité en charge au niveau national de la mise en œuvre du MRU. Enfin, il partage avec le collège de supervision la compétence en matière de mesures de prévention et de gestion des crises bancaires.

B. Achèvement du Mécanisme de Résolution Unique et du Fonds de Résolution Unique

Ratification. – Dans le cadre de l'Union bancaire, et plus particulièrement de son MRU, les Etats membres participants mettent progressivement en place un fonds de résolution unique (FRU) financé ex ante par les établissements assujettis au mécanisme. L'obligation de contribution au fonds de résolution unique a fait l'objet d'un accord intergouvernemental le 21 mai 2014. Le recours à cet instrument de droit international public impose, contrairement à un texte de droit dérivé, une ratification des Etats membres participants. La France a donc adopté la **Loi n° 2015-533 du 15 mai 2015 autorisant la ratification de l'accord concernant le transfert et la mutualisation des contributions au Fonds de résolution unique.** On peut remarquer que les parlementaire ont intégré au projet de loi qui ne comportait qu'un article unique portant autorisation de ratification, conformément aux recommandations de la commission des finances du Sénat, un article 2 imposant au gouvernement d'informer chaque année le Parlement de la mise en place du FRU, et plus particulièrement du « *montant global des contributions des établissements français et de leurs modalités de paiement, ainsi que de la mise en œuvre de la directive relative au système de garantie des dépôts, au regard, notamment, de leur impact sur le financement de l'économie* ». Cette disposition vient répondre à l'inquiétude de certains parlementaires pour qui l'importance des contributions françaises (près de 30% des ressources du FRU) pourrait venir léser les établissements bancaires qui doivent, dans les années qui viennent, jouer leur rôle dans le financement de la reprise de l'économie.

2015, un an de droit de la régulation bancaire

Montant des contributions. – Le montant total des contributions au FRU devra s'élever, avant 2024, à au moins 1% du montant total des dépôts de l'ensemble des établissements concernés, soit plus de 55 milliards d'euros dont 15,5 milliards de contributions d'établissements français. La mesure s'adresse à tous les établissements de crédit et entreprises d'investissement assujettis au contrôle direct de la BCE et dont l'exigence de capital social minimum est supérieure ou égale à 730 000 euros. Les contributions sont, selon l'accord intergouvernemental du 21 mai 2014, récoltées au niveau national puis transmises séparément au FRU pour être progressivement fusionnées. En 2015, ces contributions ont été mutualisées à hauteur de 40%. Le calcul des contributions dues par les établissements concernés en France a été effectué par le collège de résolution de l'ACPR en prenant en compte le profil de risque de chaque entité. A partir de 2016, le **règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission et le règlement d'exécution (UE) 2015/81 du Conseil** donnent compétence au Conseil de résolution unique pour calculer le montant des contributions des établissements soumis au MRU. L'ACPR ne sera responsable que des contributions dues par les établissements non assujettis au MRU pour le financement d'un fonds national de résolution.

C. Système européen de garantie des dépôts

Achèvement de l'Union bancaire. – Le système européen de garantie des dépôts (SEGD) est le troisième pilier de l'Union bancaire, au côté du MSU et du MRU. Alors que ces deux mécanismes sont pleinement entrés en vigueur dans les Etats membres participants, le SEGD reste aujourd'hui au stade de projet. **La communication 2015/0587 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, à la Banque centrale européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Vers l'achèvement de l'union bancaire* » du 24 novembre 2015** (Revue Banque n°793, fév. 2016, p. 90, obs. J.-P. Kovar, J. Lasserre-Capdeville) témoigne de la volonté affichée de la Commission de mettre en place un système de garantie des dépôts bancaires à l'échelle de la zone euro. La législation européenne en vigueur (Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts) prévoit déjà une garantie des dépôts à hauteur de 100 000 euros grâce à des systèmes nationaux de garantie. Le SEGD a, lui, pour but de couper le lien entre les établissements bancaires et les autorités de leur pays d'origine pour créer un cadre unique garantissant l'ensemble des dépôts effectués dans n'importe quel Etat membre de la zone euro, indépendamment de sa situation économique individuelle. Le SEGD doit permettre l'achèvement de l'Union bancaire au sein de laquelle on peut espérer atteindre un haut niveau de confiance ainsi qu'un maintien efficace et harmonisé de la stabilité financière.

Projet de la Commission. – La Commission entend mettre en place le SEGD de manière progressive en suivant trois grandes étapes. Un fonds européen de garantie des dépôts, confié au Conseil de résolution unique et financé par des contributions des banques, doit d'abord être mis en place. Le montant des contributions sera déterminé en fonction des risques : ainsi les banques les plus sures verseraient des contributions moins élevées que les banques les plus risquées. Aussi, ce financement devra être économiquement neutre pour les établissements concernés qui pourront déduire les sommes versées au SEGD des contributions dues aux systèmes nationaux de garantie des dépôts. La première phase, baptisée « réassurance », qui s'étend jusqu'en 2020, correspond à la période pendant laquelle un système national de garantie des dépôts pourra avoir recours en dernier ressort au fonds européen de garantie. Cette possibilité ne pourra être envisagée que dans le cas où l'ensemble de la législation européenne en matière de garantie des dépôts aura bien été respecté par l'Etat membre demandeur et seulement une fois les ressources propres du fonds national épuisées. Ces conditions ayant pour objectif d'éviter que le recours au SEGD ne constitue un aléa moral de nature à rendre moins prudente la gestion des risques à l'échelle nationale, elles feront l'objet d'un contrôle strict pouvant aller jusqu'à l'obligation de remboursement des sommes mises à disposition en cas de de recours injustifié au fonds européen de garantie des dépôts. S'en suit une deuxième phase dite de « coassurance » qui n'impose plus aux systèmes nationaux d'épuiser toutes leurs ressources pour avoir accès au SEGD. Ainsi, le but est d'arriver en 2024 (date correspondant à l'achèvement du FRU, cf. supra), à une ultime phase d'assurance complète dans laquelle le SEGD pourra garantir l'ensemble des dépôts de la zone euro.

III. La régulation de champs spécifiques au secteur bancaire

A. Lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT)

Cadre d'action. – Au niveau international, le Groupe d'Action Financière (GAFI) a adopté lors de son Assemblée plénière des 25 et 27 janvier 2015 un plan d'action portant sur le renforcement et le suivi de la mise en œuvre par les juridictions de ses recommandations en matière de lutte contre le financement du terrorisme. En France, dans le contexte suivant les attentats du mois de janvier 2015, le ministère des Finances a dévoilé le 18 mars 2015 un plan national de renforcement de la lutte contre le financement du terrorisme. L'action de l'ACPR s'inscrit donc dans ce cadre, et a pour objet de renforcer la coopération des différents acteurs de la LCB-FT (ACPR/Banque de France, Tracfin, Direction générale du Trésor).

Communication systématique d'informations. – De nouvelles obligations de communication systématique d'information (COSI) à Tracfin ont été définies par le **décret n° 2015-324 du 23 mars 2015 pris pour application de l'article 12 de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.** Les opérations de versement ou de retrait d'espèces effectués sur un compte de dépôt ainsi que les paiements d'un montant supérieur à 10 000 euros cumulés par mois doivent (depuis le 1er janvier 2016) faire l'objet de COSI à Tracfin au plus tard 30 jours après suivants le mois au cours duquel le seuil de 10 000 euros

est atteint. Le 13 novembre 2015, l'ACPR et Tracfin ont adopté des lignes directrices conjointes sur les obligations de déclaration et d'information. Il s'agit de droit souple sans force contraignante qui recense des bonnes pratiques en la matière.

Obligations de déclarations. - L'ACPR a adopté le 22 juin 2015 **l'instruction n°2015-I-14** qui définit des questionnaires préventifs (dits « QLB ») communs aux organismes des secteurs de la banque et de l'assurance vie en matière de gouvernance, contrôle interne, mesures de vigilance et déclaration d'opérations dans le cadre de la LCB-FT. Ces questionnaires sont à jour des transpositions du paquet « CRR/CRDIV » (en particulier l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumis au contrôle de l'ACPR).

B. Contrôle des dirigeants

Obligations de notification. – Est entré en vigueur le 1er janvier 2015 le **Décret n° 2014-1357 du 13 novembre 2014** qui met en œuvre les dispositions de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires relative au contrôle des dirigeants. Ce décret a pour objectif de préciser la mission confiée à l'ACPR de contrôle de l'honorabilité, la compétence et l'expérience des dirigeants des établissements concernés par ces dispositions. Pour ce faire, l'autorité a développé des formulaires types pour recueillir les informations nécessaires (extrait de casier judiciaire, détail des responsabilités du dirigeant en question, autres mandats au sein ou à l'extérieur du groupe d'appartenance de l'organisme, éventuelles situations de conflit d'intérêts…). Sur la base de ce dossier présenté par l'établissement dans un délai de quinze jours suivant la nomination ou le renouvellement, l'ACPR peut, dans un délai de deux mois et en motivant expressément sa décision, s'y opposer. Si l'opposition de l'ACPR persiste malgré une phase de dialogue avec l'établissement, le mandat ou les fonctions de la personne physique concernée prend fin. Les établissements peuvent aussi, avant une nomination, solliciter l'autorité pour avis.

Etablissements et personnes concernées. – Sur la base de l'obligation de déclaration introduite par le décret du 13 novembre 2014, l'ACPR a adopté **l'instruction n° 2015-I-01 relative au formulaire de nomination ou de renouvellement d'un dirigeant effectif et au formulaire de nomination ou de renouvellement du mandat d'un membre d'un organe social.** Pour le secteur bancaire, sont concernés par ces obligations les établissements de crédit, les sociétés de financement, les entreprises d'investissement autre que les sociétés de gestion de portefeuille, les établissements de paiement et de monnaie électronique ainsi que les compagnies financières holding. Tous ces établissements doivent déclarer toute nomination ou tout renouvellement des personnes qui assurent la direction effective de l'activité . Les établissements de crédit, sociétés de financement et entreprises d'investissements doivent en plus porter à la connaissance de l'ACPR les nominations ou renouvellements des membres du conseil d'administration ou de

surveillance (ou de tout autre organe aux fonctions équivalentes).

C. Marché des services de paiement

Contexte. – La fourniture de services de paiement est l'activité qui consiste à encaisser des fonds pour le compte d'un tiers et a traditionnellement été l'apanage du secteur bancaire. Cependant, on a vu se développer au cours des dernières années, avec l'avènement de l'économie numérique et participative, de nombreuses plateformes proposant des services en ligne relevant de cette définition du service de paiement. On peut évoquer, à titre d'exemple, les sites internet de financement participatif ou les monnaies virtuelles (comme Bitcoin). S'est donc fait sentir le besoin de réformer le cadre règlementaire en place (directive 2007/64/CE concernant les services de paiement) pour faire entrer ces nouvelles activités dans le champ d'une régulation globale et harmonisée de l'ensemble des services de paiement.

Champ d'application étendu. – La **Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur** (Revue Banque n°793, fév. 2016, p. 76, obs. P. Storrer), dite « DSP 2 », a été adoptée pour permettre au droit de faire face aux innovations techniques rapides et croissantes du secteur. La directive a donc étendu son champ d'application à l'ensemble des opérations, qu'elles soient libellées en euro ou dans tout autre devise. De plus, elle s'applique désormais, pour la partie qui se déroule dans l'UE, aux transactions dont seulement un des prestataires de services de paiement (PSP) concernés est situé sur le territoire de l'Union. Elle devra être transposée avant le 13 janvier 2018.

Nouveaux prestataires de services de paiement. – La directive DSP 2 distingue pour la première fois les prestataires de services de paiement gestionnaires de comptes (relevant majoritairement du secteur bancaire) des prestataires qui bénéficient, sans les tenir eux-mêmes, d'un droit d'accès à ces comptes. Deux nouvelles catégories de services de paiement voient donc le jour : le service d'initiation de paiement et le service d'information sur les comptes. Le premier est le « *service consistant à initier un ordre de paiement à la demande de l'utilisateur de services de paiement concernant un compte de paiement détenu auprès d'un autre prestataire de services de paiement* » (Directive 2015/2366, article 4§15). Il s'agit de la possibilité d'établir une passerelle logicielle entre un site de vente en ligne et la plateforme de banque en ligne. Le second est « *service en ligne consistant à fournir des informations consolidées concernant un ou plusieurs comptes de paiement détenus par l'utilisateur de services de paiement soit auprès d'un autre prestataire de services de paiement, soit auprès de plus d'un prestataire de services de paiement* » (Directive 2015/2366, article 4§16). Ces services peuvent être fournis par l'ensemble des PSP mais aussi par des prestataires spécialisés dans ces activités. Ces derniers (PSIP et PSIC) devront être agréés et respecter des exigences prudentielles selon des modalités toutefois plus souples que celles imposées aux PSP traditionnels.

Autorité bancaire européenne et superviseurs nationaux. – La directive DSP 2 désigne l'Autorité bancaire européenne (ABE) comme l'organe en charge d'élaborer les projets de normes techniques d'application de la directive (niveau 2) ainsi que d'établir un registre central des établissements PSP dans l'Union. L'ABE se voit aussi confier la tâche de régler les éventuels différends entre autorités compétentes des Etats membres. En effet, la directive met en place de nouvelles dispositions en matière de répartition des compétences, de communication des informations et de coopération entre régulateurs du pays d'origine et du pays d'accueil pour la supervision des activités transfrontalières. Elle prévoit par exemple, la possibilité pour une autorité nationale d'accueil de prendre des mesures conservatoires en cas d'urgente menace pesant sur les utilisateurs d'un service de paiement.

Sécurité. – La directive DSP 2 vient aussi renforcer la sécurité liée aux services de paiement. Tout d'abord, la franchise de responsabilité, qui offre aux clients la possibilité d'être remboursés en cas de paiement non autorisé (détournement ou utilisation d'un instrument de paiement perdu ou volé), auparavant fixée à 150 euros est abaissée à 50 euros. Aussi, des procédures d'« *authentification forte* » (directive 2015/2366, article 4§30) pour accéder à un compte et initier un paiement devront être systématiquement mises en place. Enfin, les PSP seront soumis à une obligation de notification des incidents pour assurer au mieux la sécurité des utilisateurs.

Droit de la régulation des communications électroniques

Par Marie GUILLAUMOT

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

À l'échelle européenne, l'année 2015 a été marquée par l'action dynamique de la Commission Juncker pour concrétiser le projet de marché unique numérique. Ainsi a été présentée le 6 mai 2015 une communication dévoilant la stratégie ambitieuse de la Commission européenne, suivie du règlement 2015/2120 du 25 novembre entérinant les premières mesures relatives à cette stratégie numérique. En France, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a organisé la réaffectation de la bande 700 MHz pour des usages haut débit mobiles. Pour attribuer ces fréquences aux opérateurs de communications électroniques, l'ARCEP a choisi la méthode de l'enchère ascendante à plusieurs tours. Sur le plan législatif, les missions du régulateur se sont vues modifiées par certains textes comme la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron », ou encore la loi n°2015-136 du 9 février 2015 qui insiste sur les potentiels effets néfastes de l'exposition aux ondes électromagnétiques sur la santé des utilisateurs. S'agissant de la régulation ex-post du secteur des communications électroniques, la sanction très médiatisée prononcée par l'Autorité de la concurrence à l'égard de l'opérateur historique Orange, survenue à la fin de l'année, est à noter.

I. La construction du marché unique numérique

Stratégie numérique européenne. – L'année 2015 a été particulièrement marquée par les initiatives visant à créer le marché unique numérique, dont la construction avait par ailleurs été annoncée comme l'une des priorités absolues de la nouvelle Commission. Les institutions européennes ont pris acte de ce que les possibilités offertes par l'ère digitale ne sont pas exploitées au maximum par les Européens à cause du morcellement des législations et des réglementations. La Commission s'est donc donnée pour mission d'« *adapter et de moderniser la réglementation des communications électroniques d'ici 2016* » **(Comm. UE, 6 mai 2015, Communication, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015)192 final ; Concurrences 2015, pp.159-160, obs. J-P Tran Thiet, O. Berg, L. Ghebali ; Comm. com. électr. 2015, n°43, obs. F. Meuris)**. Dans sa communication, la Commission met en avant deux objectifs prioritaires, conformément à ce qui avait été annoncé par un communiqué du 3 avril 2014 : l'élimination des frais d'itinérance dans l'Union Européenne (ci-après UE), notamment pour les données Internet, et

l'harmonisation des règles en matière de neutralité d'Internet **(PE, Communiqué du 3 avril 2014 ; v. Un an de droit de la régulation des communications électroniques 2014, M. Belfroid)**. Le règlement 2015/2120, applicable à partir du 30 avril 2016, modifie le cadre juridique applicable **(Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union ; Concurrences 2016, pp.191-192, obs. J-P Tran Thiet, O. Berg, L. Ghebali)**.

Neutralité du Net. – Le règlement 2015/2120 établissant des règles communes relatives à l'Internet ouvert et « *destinées à garantir le traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'Internet* » inscrit pour la première fois le principe de la neutralité de l'Internet dans la législation de l'Union européenne. Les utilisateurs dans leur ensemble doivent se voir assurer un droit d'accès et de distribution d'informations et de contenus, un droit d'utilisation et de fourniture d'applications et de services ainsi qu'un droit d'utiliser le terminal de leur choix (art. 3). L'obligation qui incombe aux fournisseurs d'accès à Internet de traiter le trafic de façon égale et non discriminatoire ne les empêche pas de mettre en œuvre des « *mesures raisonnables de gestion du trafic* », pourvu qu'elles soient transparentes, non discriminatoires et proportionnées : elles ne sont pas fondées sur des considérations commerciales, mais sur des différences objectives entre les exigences techniques en matière de qualité de service de certaines catégories spécifiques de trafic. Il incombe à l'Organe des Régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) d'adopter des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de ce texte pour garantir une application homogène par les autorités nationales de régulation.

Élimination des frais d'itinérance dans l'UE. – La Commission européenne, le Conseil et le Parlement sont parvenus à un accord sur les frais d'itinérance à compter du 15 juin 2017 **(Comm. UE, 30 juin 2015, Communiqué, « *La Commission se félicite de l'accord supprimant les frais d'itinérance et garantissant un internet ouvert* », IP/15/5265).** Le règlement 2015/2120 prévoit ainsi la mise en place d'un mécanisme de fixation des prix de détail pour les services d'itinérance réglementés dans l'UE dont l'objectif est de supprimer les frais d'itinérance. Dès avril 2016, les frais d'itinérance seront diminués : les opérateurs devront limiter les augmentations des prix domestiques à 0,05 euros par minute d'appel, 0,02 euros par SMS, et 0,05 centimes par MB de données Internet utilisées à l'étranger (hors TVA). Les factures des consommateurs européens devraient ainsi baisser de l'ordre de 75 % pour les appels et les données. À partir du 15 juin 2017, les consommateurs pourront utiliser leurs téléphones portables pour les appels, messages et Internet lors d'un déplacement dans l'UE sans payer de frais supplémentaires par rapport aux prix de détail national (art. 7). Cette suppression d'une entrave aboutissant à un cloisonnement des marchés nationaux représente une avancée tangible allant dans le sens du projet de marché unique numérique défendu par la Commission européenne.

Réexamen de la réglementation sur le marché unique des télécommunications en Europe. – Après la mise en œuvre de ces deux mesures, la Commission a annoncé entendre s'emparer de plusieurs problématiques en 2016 afin de poursuivre la construction du marché unique numérique. Il s'agira notamment de propositions législatives visant à réformer la réglementation actuelle en matière de télécommunications, instaurer des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs de télécommunications et d'autres services non soumis aux mêmes règles, harmoniser la gestion du spectre radioélectrique. Certaines initiatives devraient être prises concernant la propriété des données, leur libre circulation, et la gestion d'un « nuage européen ». La directive « Vie privée et communications électroniques » devrait être réexaminée **(Comm. UE, 6 mai 2015, Communication, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, précitée)**.

II. L'évolution des missions et des moyens de l'ARCEP

A. Neutralité du Net

État des lieux de la régulation de la neutralité de l'Internet. – L'ARCEP a publié le 21 septembre 2015 un rapport faisant l'état des lieux de la régulation de la neutralité de l'Internet, précisant que « *des dispositions législatives nationales sont indispensables pour définir le cadre institutionnel de la neutralité de l'Internet et assurer son respect effectif en France* » **(ARCEP, 21 sept. 2015, Neutralité du Net : État des lieux du cadre de régulation)**. L'ARCEP a eu recours au droit souple et à une collecte régulière d'informations auprès des opérateurs pour vérifier l'absence d'atteintes au principe de neutralité de l'Internet, à l'instar d'autres États européens. Ainsi, le régulateur a émis en 2010 puis en 2012 une série de recommandations destinées aux fournisseurs d'accès à Internet, se félicitant néanmoins dans son rapport de ce que le droit souple appliqué jusqu'à présent devrait prochainement laisser place à un cadre juridique plus contraignant imposant la neutralité du Net aux opérateurs.

Dispositions législatives. – Les dispositions du projet de loi pour une République numérique transposent les règles européennes s'agissant de la neutralité du Net **(Projet de loi pour une République numérique, 26 sept. 2015 : Section I du chapitre 1er du titre II du projet de loi ; AJDA 2015.2348 obs. J-M. Pastor ; Concurrences 2015, pp.197-198, obs. J-P Tran Thiet, O. Berg, L. Ghebali)**. Le projet de loi modifie en ce sens les articles L.33-1, L.36-8, L.36-11 du Code des Postes et des Communications Électroniques (CPCE), afin d'inscrire au nombre des obligations s'imposant aux exploitants de réseaux ouverts au public et aux fournisseurs de services de communications électroniques le respect des règles portant sur la neutralité de l'Internet, et de permettre le contrôle du respect de ces règles par l'ARCEP (art.

19). Les moyens de contrôle et le pouvoir de mise en demeure du régulateur sont renforcés pour répondre à cette nouvelle mission. Ainsi, dans le cadre de son pouvoir d'enquête administrative, l'ARCEP devrait pouvoir demander des informations portant non seulement sur l'acheminement, mais aussi sur la gestion du trafic. Le projet de loi a été voté à l'Assemblée nationale le 26 janvier 2016 et est actuellement discuté au Sénat.

Interconnexion et neutralité du Net. – L'Autorité de la concurrence avait été saisie par la société Cogent de pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom, fournisseur d'accès à Internet, dans le secteur des prestations d'interconnexion (Aut. Conc., 20 sept. 2012, déc n°12-D-18 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité Internet). La Cour de cassation rejette le pourvoi de Cogent et confirme la solution dégagée par l'Autorité de la concurrence relative à l'encadrement des accords d'interconnexion en cas d'apparition de dissymétries de trafic entre les acteurs : l'Autorité n'avait pas considéré comme illégale la facturation de l'ouverture de capacités supplémentaires mais avait exigé une formalisation des conditions de cette interconnexion entre France Télécom et Cogent afin d'améliorer la transparence relative aux activités d'interconnexion **(Cass. Com, 12 mai 2015, Cogent contre France Télécom, n°14-10.792 ; Concurrences 2015, pp.161-162, obs. J-P Tran Thiet, O. Berg, L. Ghebali ; Recueil Dalloz 2015 p.1149 ; Europe 2015, comm. n°281, obs. L. Idot)**.

B. Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron »

Déclaration d'office d'un fournisseur de services de communications électroniques. – Un nouvel alinéa a été inséré à l'article L. 33-1 du CPCE pour permettre à l'Autorité, réunie en formation de règlement de différend, de poursuite et d'instruction, de procéder d'office à la déclaration d'une personne exploitant un réseau d'opérateur public ou fournissant au public un service de communications électroniques sans s'être déclarée. L'objectif de cette disposition est de renforcer l'effectivité du cadre applicable, y compris à l'égard des opérateurs alternatifs ou *over the top* et d'assurer l'égalité des conditions de concurrence (art. 121).

Compétences relatives aux conventions de partage des réseaux mobiles. – La loi introduit un article L. 34-8-1-1 au même code précisant les modalités du partage des réseaux mobiles, qui fait l'objet d'une convention entre les parties déterminant les conditions techniques et financières de fourniture de la prestation. La convention est communiquée à l'ARCEP, qui peut désormais être saisie d'un règlement de différend relatif à sa conclusion ou son exécution. L'ARCEP, après avis de l'Autorité de la concurrence, demande aux parties de modifier les conventions déjà conclues lorsque cela est nécessaire pour réaliser les objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE ou pour respecter les engagements des parties au titre de leur autorisation d'utilisation de fréquences (art. 122).

2015, un an de droit de la régulation des communications électroniques

Financement des mesures relatives à la qualité des services et à la couverture des réseaux par les opérateurs de télécommunications. – Afin de vérifier efficacement le respect par les opérateurs des dispositions contenues dans les programmes d'extension de la couverture mobile (couverture en 2G et 3G des zones blanches identifiées, obligations contractées par les opérateurs dans le cadre de la convention conclue avec l'État et les collectivités pour compléter la couverture d'une zone particulière en dehors des zones identifiées par le programme « zone blanche »), l'ARCEP peut désormais faire peser le financement des enquêtes de qualité et de couverture sur les opérateurs (art. 129, III, 1er créant l'article L. 33-12 du CPCE). Les enquêtes sont réalisées par des organismes indépendants. Le programme existant de couverture des zones blanches en 3G doit être achevé au plus tard avant le 30 juin 2017, ou, le cas échéant, au plus tard 6 mois après la mise à disposition effective des infrastructures nécessaires par les collectivités territoriales.

Compétence temporelle de la formation RDPI. – La décision de l'ARCEP peut produire des effets à une date antérieure à sa saisine dans le cadre de la procédure de règlement de différend. Cependant, cette date ne peut être antérieure à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par l'une des parties pour la première fois, et, en tout état de cause, ne doit pas être antérieure de plus de deux ans à sa saisine (art. 124).

Intervention devant la Cour de cassation. – Le président de l'ARCEP peut présenter des observations devant la Cour de cassation à l'occasion d'un pourvoi en cassation formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris portant sur une décision de l'Autorité (art. 124).

C. Pouvoirs du régulateur

Rétablissement du pouvoir de sanction de l'ARCEP : Retrait des droits d'utilisation de fréquences. – Par une ordonnance rendue en juillet 2015, le Conseil d'État valide la décision de l'ARCEP de retirer les droits d'utilisation de fréquences accordés à trois sociétés en 2008, en raison de la carence des sociétés requérantes qui n'ont jamais exercé l'activité d'exploitant de réseau mobile, ni même commencé à déployer les équipements et installations nécessaires **(Conseil d'État, 8 juillet 2015, Guadeloupe Téléphone Mobile, n°390765, mentionné au recueil Lebon)**. La décision du Conseil d'État est mue par la préoccupation de protection du domaine public et des fréquences hertziennes qui en sont une composante, ce d'autant plus qu'il ressort de la consultation publique menée par le Gouvernement et l'ARCEP que les fréquences en bande 900 MHz, 1800 MHz et 2100 MHz se raréfient dans les départements de la Guyane, de la Guadeloupe et de la Martinique et que, compte-tenu de la demande accrue d'attribution de fréquences, un intérêt général s'attache à la gestion efficace du spectre radioélectrique. Sur ce point, un retard dans la constitution du réseau serait préjudiciable à l'intérêt général. Après que l'ARCEP ait retrouvé son pouvoir de sanction qui avait été déclaré non conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 5 juillet 2013,

déc. n° 2013-331 QPC, Numéricâble et a.), le régulateur met en place une enquête administrative en avril 2014. Le 7 octobre 2014, le régulateur prend une décision de mise en demeure assortie d'obligations vis-à-vis des opérateurs concernés, notamment celle de payer les sommes dues au titre des redevances d'utilisation de fréquences pour la période 2011 à 2014, et celle de respecter les engagements pris en matière de couverture de population et de fourniture de service. Constatant le non-respect de ces obligations intermédiaires fixées dans une mise en demeure, la formation restreinte de l'ARCEP prononce trois décisions du 19 mai 2015 portant retrait des autorisations d'utilisation des fréquences à l'encontre des sociétés Guadeloupe Téléphone Mobile, Guyane Téléphone Mobile et Martinique Téléphone Mobile en vue de l'exploitation d'un réseau 2G ou 3G, qui avaient été accordées en 2008. Dans l'ordonnance rendue le 8 juillet, le Conseil d'État juge que l'ARCEP a respecté la procédure prévue par l'article L. 36-11 du Code des Postes et des Communications Électroniques lui imposant de faire précéder le prononcé d'une telle sanction d'une mise en demeure ainsi que d'une notification des griefs dans le respect du principe du contradictoire. La décision entérine la récupération du pouvoir de sanction de l'ARCEP, réformé par l'ordonnance n°2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique.

Compétences de l'ARCEP relatives à un accord d'itinérance. – Dans l'affaire en cause, Bouygues Télécom avait demandé à l'ARCEP qu'elle définisse les modalités d'extinction de l'itinérance dont bénéficie Free sur le réseau d'Orange en vertu des accords conclus en 2011 entre les deux opérateurs **(Conseil d'État, 9 octobre 2015, Société Bouygues Télécom, n°379579 Lebon Tables ; Droit adm. 2016, comm. 6, note M. Bazex et R. Lanneau ; Concurrences 2016, pp.193-194, obs. J-P Tran Thiet, O. Berg, E. Xueref-Poviac)**. Par une décision du 22 mai 2014, l'ARCEP s'était déclarée incompétente pour se prononcer sur cette question. Si le Conseil d'État confirme que les dispositions du CPCE alors en vigueur ne conféraient pas au régulateur le pouvoir de modifier ou de mettre un terme à une telle convention d'itinérance, il ajoute néanmoins que le régulateur a pour mission générale de contrôler les obligations légales et réglementaires des opérateurs, d'en sanctionner les éventuels manquements, et de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, ainsi qu'une concurrence fondée sur les infrastructures lorsque cela est approprié. Par suite, en refusant de réexaminer, au vu de l'évolution de la concurrence entre les opérateurs, les conditions d'accès à l'itinérance dont bénéficiait la société Free, l'ARCEP a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et a commis une erreur de droit. De plus, l'entrée en vigueur de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 a accru les pouvoirs de l'ARCEP et lui permet à présent de demander aux opérateurs de modifier ou d'accélérer l'extinction des conventions de partage de réseaux mobiles en vertu du nouvel article L. 34-8-1-1, alinéa 3 du CPCE **(v. supra).**

2015, un an de droit de la régulation des communications électroniques

D. Droit de recours des opérateurs

Qualité d'« entreprise affectée ». – La jurisprudence européenne a récemment précisé la notion d'«entreprise affectée » **(CJUE, 22 janvier 2015, T-Mobile Austria, aff. C-282/13 ; Concurrences 2015, pp.168-169, obs. E. Xueref-Poviac, J-P Tran Thiet, O. Berg)**. Suite au refus de la commission autrichienne de contrôle des télécommunications (TCK) de lui reconnaître le statut de partie à la procédure d'autorisation de cessions de droits d'utilisation de radiofréquences, l'entreprise T-Mobile Austria a formulé un recours juridictionnel contre cette décision. La Cour administrative d'appel autrichienne pose une question préjudicielle concernant la possibilité pour T-Mobile Austria de formuler un tel recours en qualité d'entreprise « affectée ». Les juges ont estimé que la procédure d'autorisation de cession des droits d'utilisation de radiofréquences visant à sauvegarder la concurrence, un opérateur fournissant des réseaux ou des services de communications électroniques en concurrence directe avec les parties à la procédure devait nécessairement être considérée comme « affecté » par la décision de l'autorité de régulation, ce d'autant plus que sa position sur le marché est nécessairement modifiée par la nouvelle répartition des fréquences entre les entreprises découlant d'une procédure de cession.

III. La régulation ex-ante

A. Attribution et répartition des fréquences radioélectriques

Réseau 4G : Refarming des fréquences 1800 MHZ. – Traditionnellement utilisée par les réseaux 2G, la bande 1800 MHz a vocation à être réutilisée plus efficacement en 4G. L'ARCEP favorise cette transition en vertu d'un document d'orientation sur l'introduction de la neutralité technologique dans la bande 1800 MHz publié par le régulateur en mars 2013. En 2013, Bouygues Telecom avait fait une demande de levée de la restriction technologique de son autorisation d'utilisation de fréquences, acceptée par l'ARCEP, qui a modifié son autorisation pour lui permettre de déployer des réseaux 4G dans la bande 1800 MHz **(ARCEP, 14 mars 2013, déc. n° 2013-0363 relative à la demande de la société Bouygues Telecom de réexamen des restrictions technologiques de son autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 1800 MHz)**. En contrepartie, Bouygues Telecom a dû restituer une partie de ses fréquences, qui ont par la suite été attribuées à Free Mobile. Orange et SFR bénéficieront à leur tour du *refarming* à partir du 25 mai 2016 et pourront déployer des réseaux 4G dans les bandes 1800 MHz **(ARCEP, 30 juillet 2015, déc. n°2015-0976 modifiant la décision n° 2006-0140 autorisant la Société française du radiotéléphone à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public et déc. n°2015-0975 modifiant la décision n° 2006-0239 autorisant la société Orange à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public)**. Ces deux décisions devraient permettre à Free Mobile de se voir

octroyer 10 MHz dans la bande 1800 MHz d'ici à cette date, puisqu'elles prévoient la restitution par Orange et SFR d'une partie de leurs fréquences en bande 1800 MHz de sorte qu'elles disposent d'une quantité totale de fréquences de 20 MHz duplex dans la bande **(ARCEP, 8 septembre 2015, déc. n°2015-1080 modifiant la décision n°2014-1542 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences dans la bande 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public)**.

Vente aux enchères des fréquences dans la bande 700 MHz. – Un arrêté du Premier ministre en date du 6 janvier a prévu la réaffectation de la bande 700 MHz à l'ARCEP pour des usages haut débit mobiles **(Arrêté du 6 juillet 2015 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 700 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre)**. L'arrêté fixe les principales échéances du calendrier visant à la réaffectation de fréquences, progressivement libérées par le CSA entre le 1er décembre 2015 et le 30 juin 2019, au profit de l'ARCEP. Saisie sur le projet de cet arrêté fin 2014, l'ARCEP avait rendu un avis favorable **(ARCEP, 23 oct. 2014, avis n° 2014-1258 sur le projet d'arrêté portant modification du tableau national de répartition des bandes de fréquences)**. L'appel à candidatures a été lancé le 9 juillet sur le modèle d'une enchère ascendante à plusieurs tours portant sur 6 blocs de 2x5 MHz **(ARCEP, 2 juillet 2015, déc. n° 2015-0825 de l'ARCEP proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 700 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public)**. À la date butoir fixée au 29 septembre 2015, quatre opérateurs avaient déposé leur dossier de candidature : SFR et Bouygues Telecom se voient ainsi attribuer 5 MHZ duplex chacun, Orange et Free Mobile se voient attribuer 10 MHz duplex.

B. Analyse de marché de gros amont des services de diffusion de la TNT

Avis de l'Autorité de la concurrence. – Répondant à une sollicitation de l'ARCEP, l'Autorité de la concurrence rend un avis sur le fonctionnement du marché des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels **(Aut. Conc., 24 juillet 2015, avis n°15-A-10 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP en application de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels ; Concurrences 2015, p. 199, obs L. Binet)**. L'Autorité se déclare favorable au maintien d'une régulation ex ante du marché de gros amont des services de diffusion de la TNT sur la période 2015-2018. Au même titre que l'ARCEP, qui a décidé de poursuivre la régulation de ce marché malgré la suppression de celui-ci par la liste des marchés pertinents de la Commission européenne en 2007, l'Autorité de la concurrence considère que les trois critères cumulatifs justifiant le maintien d'une régulation ex ante de ce marché sont remplis : barrières à l'entrée élevées et non provisoires, absence de perspective d'évolution vers une situation de concurrence effective et insuffisance du droit de la concurrence à remédier seul aux défaillances du marché. L'Autorité de la concurrence partage avec l'ARCEP la volonté d'aboutir à une concurrence totale par les infrastructures sur ce marché, ce qui nécessite une fluidification du marché de gros amont, notamment au moyen d'une modification des conditions de sortie anticipées des diffuseurs alternatifs des contrats conclus avec TDF, opérateur dominant sur ce marché. Le développement de la concurrence totale par les infrastructures dépend également étroitement de la réplication des sites de diffusion de l'opérateur historique.

Adoption de la 4ème décision d'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre. – Après consultation des acteurs du secteur, ainsi que les institutions nationales et européennes, dont l'Autorité de la concurrence (cf. supra), l'ARCEP a procédé à la révision de l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre **(ARCEP, 15 déc. 2015, décision n° 2015-1583 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché)**. L'ARCEP adapte sa régulation à un marché sur le déclin, qui pourrait à terme faire l'objet d'une dérégulation. L'objectif principal du 4ème cycle de régulation est de lever les freins à la concurrence totale par les infrastrucures pour inciter à des investissements mutualisés selon un modèle de « tower company », tout en encourageant les acheteurs à prendre conscience du rôle indispensable qu'ils jouent pour faire vivre la concurrence.

C. Très haut débit et fibre optique : Tarification de l'accès aux réseaux d'initiative publique

Tarification de l'accès aux réseaux d'initiative publique (RIP). – Les réseaux d'initiative publique constituent un des outils stratégiques du Gouvernement favorisant la coopération entre l'État, les collectivités territoriales et les opérateurs privés afin de remplir les objectifs du plan France Très Haut Débit (qui ambitionne une couverture complète du territoire en réseaux 4G d'ici à 2022). La loi n°2015-990 complète l'article L. 1425-1 du CGCT : le législateur français a souhaité confier à l'ARCEP un rôle d'accompagnement des collectivités territoriales. L'ARCEP doit donc guider, grâce à des actes de droit souple, les collectivités territoriales dans la définition de niveaux tarifaires appropriés pour les réseaux d'initiative publique **(ARCEP, 7 déc. 2015, lignes directrices relatives à la tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique déployés par l'initiative publique ; ARCEP, Communiqué du 7 décembre 2015)**. S'il ressort des principes fixés par la loi et le cadre européen que l'apport de financements publics doit avoir la vocation de permettre la reproduction des tarifs constatés en zone d'initiative privée dans

2015, un an de droit de la régulation des communications électroniques

la zone public, l'ARCEP constate néanmoins qu'une convergence tarifaire immédiate entre ces tarifs n'est pas toujours possible ou opportune, d'où l'établissement par le régulateur d'un dispositif en trois temps visant à créer une convergence progressive des tarifs des RIP vers les tarifs de référence de la zone d'initiative privée. Le régulateur précise qu'« *il apparaît à ce stade raisonnable d'indiquer que la phase de stabilisation ne devrait pas excéder sept ans après le lancement de l'exploitation du réseau* ». Après ce délai, les tarifs des RIP devraient donc être similaires à ceux de la zone d'initiative privée.

IV. La régulation ex-post

A. Sanction des pratiques anticoncurrentielles

Sanction des pratiques anticoncurrentielles de la société Orange. – L'Autorité de la concurrence a infligé à Orange une amende d'un montant de 350 millions d'euros, soit la plus forte amende jamais infligée par l'Autorité à une entreprise individuelle ; cette forte amende sanctionne des pratiques abusives perpétuées pendant près de dix ans par l'opérateur historique **(Aut. Conc., 17 déc. 2015, déc. n° 15-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques ; AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution 2016, p.92, obs. C. Paulhac)**. Quatre griefs ont été identifiés par l'Autorité de la concurrence : la discrimination dans l'accès aux informations relatives à la gestion de la boucle locale de cuivre, où l'opérateur Orange Business Services aurait disposé de plus d'informations que les opérateurs tiers ; la mise en œuvre du programme « Changer de mobile » s'apparentant à une pratique anticoncurrentielle de capture de la clientèle pour limiter les résiliations d'abonnement sur le marché des services mobiles à destination des entreprises ; le renchérissement des coûts de sortie par la mise en œuvre de remises fidélisantes à destination de la clientèle non résidentielle via les remises « privilège » et « parc » ; enfin, la mise en place d'une remise d'exclusivité pour les prestations de réseaux privés virtuels, analysée par l'Autorité comme une pratique restrictive de concurrence. Ces pratiques ont abouti au renforcement de la position dominante d'Orange sur le marché français des communications électroniques, à travers des effets d'éviction des concurrents et de verrouillage du marché. À l'occasion de cette décision, l'Autorité de la concurrence fait usage de la nouvelle procédure de transaction introduite à l'article L.464-2, III par la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015. La loi a aménagé l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, critiquée par les entreprises pour son manque de lisibilité relative au montant exact de l'amende allégée, et l'a remplacée par une procédure de transaction plus proche de celle du droit de l'Union européenne. La nouvelle procédure de transaction permet à l'entreprise de négocier une « fourchette » d'amende avec l'Autorité de la concurrence. Cette dernière montre son intention d'exploiter la nouvelle procédure de transaction dans le cas où les entreprises concernées ne contestent pas les griefs, comme au cas d'espèce. L'importance du montant de l'amende, proportionné à la durée des pratiques établies d'abus de position dominante, envoie un signal fort aux entreprises. En quinze ans, l'entreprise avait déjà été sanctionnée à sept reprises. L'Autorité de la concurrence enjoint également Orange de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les pratiques illégales.

Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement des équipements de téléphonie mobile. – Saisie par l'opérateur concurrent FPS Towers, l'Autorité de la concurrence rend une décision sur les pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de l'hébergement sur sites pylônes des opérateurs de téléphonie mobile **(Aut. Conc., 4 juin 2015, déc. n°15-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'hébergement des équipements de téléphonie mobile ; Europe 2016, comm. 75, note L. Idot ; Concurrences 2015, pp. 162-163, obs L. Binet)**. Ces pratiques consistent en la signature de contrats de longue durée, combinés à la rédaction de clauses de résiliation anticipées très restrictives, soupçonnées de rendre plus difficile la signature de contrats d'hébergement entre les concurrents de TDF et les opérateurs mobiles. La réalisation d'un test de marché a effectivement révélé un potentiel effet de verrouillage du marché. À l'issue de la procédure, TDF s'est engagée à limiter la durée des nouveaux contrats d'hébergement à 10 ans. L'entreprise s'engage également à limiter à trois mois de loyer les indemnités exigées des opérateurs en cas de résiliation anticipée du contrat, afin de réduire les coûts de sortie. Enfin, TDF a fixé le quota annuel de résiliations anticipées à 4 % des sites exploités par an ; ce quota étant reportable les années suivantes dans la limite de 10 %. Ayant accepté ces engagements, l'Autorité s'assurera de leur strict respect par TDF.

B. Règlement des différends

Free et Free Mobile contre Orange. – Dans le cadre de la procédure de règlement de différend, l'ARCEP a été amenée à se prononcer sur le principe d'une sur-tarification des offres de gros d'hébergement et de collecte en vue de relier des sites mobiles en fibre optique **(ARCEP, 28 juillet 2015, déc. n°2015-0971-RDPI se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, les sociétés Free et Free Mobile et, d'autre part, Orange ; Concurrences 2015, p.200, obs L. Binet)**. Était en cause l'opposition de restrictions par Orange à Free en cas d'utilisation des prestations fournies au titre du dégroupage pour acheminer les flux mobiles. Orange soumettait son concurrent Free à une tarification supplémentaire pour les prestations aux fins d'acheminement des flux issus des sites mobiles raccordés en fibre optique à une tarification supplémentaire par rapport aux tarifs appliqués pour les autres usages. L'ARCEP a imposé à Orange de lever les restrictions à la mutualisation de ces prestations entre les usages fixes et mobiles. Dans cette décision, qui a vocation à bénéficier également aux autres opérateurs du marché, le régulateur est soucieux de privilégier l'objectif de déploiement des réseaux 4G.

2015, un an de droit de la régulation des communications électroniques

Free Mobile contre SFR. – Dans le cadre d'un règlement de différend opposant Free Mobile à SFR, l'ARCEP a précisé les modalités dans lesquelles les pylônes doivent être partagés entre deux opérateurs de réseaux mobiles. Afin de privilégier un investissement efficace et de concourir à la préservation de l'environnement, les opérateurs sont tenus de répondre aux demandes raisonnables d'accès à leurs sites émanant d'autres opérateurs. En l'espèce, Free Mobile a saisi l'ARCEP pour demander au régulateur de se prononcer sur les conditions dans lesquelles il accède aux pylônes de SFR, se plaignant notamment du ralentissement du rythme de production à compter de la fin de l'année 2014, et du refus de sa dernière commande par son concurrent. Le régulateur a donné raison à Free en considérant que la mise à disposition des pylônes par SFR s'était faite à un rythme insuffisant en 2015, tendant à priver de leur portée les obligations réglementaires de l'opérateur. L'ARCEP a enjoint à la société SFR de proposer à Free un avenant au contrat acceptant la commande de Free Mobile et prévoyant un calendrier de mise à disposition des sites, qui devrait respecter un rythme minimum de production défini par l'Autorité **(ARCEP, 3 novembre 2015, déc. n° 2015-1265-RDPI se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part, la société Free Mobile et, d'autre part, la société SFR ; Concurrences 2016 pp.197-199, obs. E. Guillaume et M. Lenglart)**.

V. Les droits des utilisateurs

Directive « Service Universel » et tarification sociale. – La Cour de Justice est venue préciser la portée de l'obligation de tarification sociale en matière d'abonnement de téléphonie et d'Internet **(CJUE 11 juin 2015, Base Company NV et Mobistar contre Ministerraad, aff. C-1/14 ; AJDA 2015 p.1585 chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; RFDA 2015 p.999 chron. F. Martucci)**. La directive 2002/22/CE dite directive « Service Universel » prévoit que des contributions financières ne peuvent être imposées aux opérateurs qu'au titre des obligations de service universel (Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques). En l'espèce, les opérateurs Mobistar et Base ont contesté des dispositions législatives belges organisant un mécanisme de financement qui prévoyait une contribution des opérateurs au coût net afférent à l'offre de services de communications mobiles et/ou d'abonnements internet. La Cour de Justice a confirmé que l'obligation de service universel introduite par la directive concerne uniquement les services impliquant un raccordement à un réseau de communications public : les services de communications mobiles et les services d'abonnements Internet fournis au moyen des services de communications mobiles en sont ainsi exclus. Si de tels services peuvent relever, si les Etats membres en décident ainsi, des services obligatoires additionnels, on ne peut cependant imposer aux acteurs du marché qu'ils participent au financement de ces services.

Protection des usagers de l'exposition aux ondes électromagnétiques. – Déposée à l'Assemblée nationale en décembre 2013 par la sénatrice L. Abeille, la loi n°2015-136 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques illustre une démarche de précaution face aux risques sanitaires potentiels des radiofréquences, de plus en plus suspectés d'avoir des conséquences sanitaires néfastes **(Loi n°2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques, JORF n°0034 du 10 fév. 2015 ; Comm. Com. Électr. 2015, pp.24-29, obs P. Achilleas et L. Binet)**. Selon S. Tallard, rapporteure pour avis, « *il s'agit d'accompagner le développement des technologies et non de le brider* ». Le texte de loi vise ainsi à définir un cadre législatif précis pour le déploiement des antennes, dans le respect des principes de précaution et de proportionnalité. La loi comporte ainsi deux volets : le premier vise à la modération et à la sobriété de l'exposition au champ électromagnétique et aux ondes (Titre I). Les dispositions renforcent la concertation lors de l'installation d'équipements radioélectriques. Le deuxième insiste sur l'information, la sensibilisation et la protection du public, avec une attention toute particulière accordée aux publics vulnérables, dont les enfants (Titre II). Il prévoit notamment de renforcer les règles relatives à la publicité pour les téléphones portables et tablettes ainsi que de limiter l'exposition des enfants aux ondes électromagnétiques.

2015, un an de droit de la régulation des communications électroniques

Droit de la régulation audiovisuelle

Par Marine VAYSSELIER

Élève de l'Institut d'études politiques de Strasbourg
Etudiante du Master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe

Le secteur de l'audiovisuel a été marqué en 2015 par l'ouverture de réflexions concernant l'évolution de la directive relative aux services de médias audiovisuels en vue d'adapter la régulation audiovisuelle aux mutations, notamment numériques, du secteur. Par ailleurs, le secteur public de l'audiovisuel a vu apparaître en son sein de nouvelles stratégies et méthodes de gestion, suite à la nomination de Delphine Ernotte Cunci à la tête du groupe France Télévisions. La question du financement de ce dernier a également été abordée par le Sénat avec la perspective de modifier le système actuel de redevance. Le secteur privé de l'audiovisuel, également sujet à un changement de personnel à la tête de Canal+ et TF1, a été touché, d'une part, par la fermeture de la chaîne Numéro 23 pour abus de droit et d'autre part, par le passage en TNT gratuite de la chaîne LCI. Le CSA a, en outre, mené une campagne en vue de promouvoir la diversité à la télévision et a, dans un même temps, établi 15 propositions relatives à l'amélioration du pluralisme politique. Enfin, la plate-forme hertzienne est depuis 2015 en cours de modernisation par le biais du déploiement du MPEG-4, dans le cadre de la loi relative au deuxième dividende numérique.

I. Évolution du cadre de la régulation audiovisuelle

A. Réformes de la régulation audiovisuelle européenne

Projet de révision de la directive Services de médias audiovisuels (SMA). - La directive SMA **(Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels)** vise à améliorer la fourniture de services de médias audiovisuels dans des conditions de concurrence loyale grâce au principe du pays d'origine. Pour assurer la performance de la directive dans un paysage audiovisuel européen en pleine mutation, et faisant suite à l'adoption du livret vert « *Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent* » en 2013, la Commission a lancé une consultation auprès des régulateurs nationaux en vue de la révision de la directive SMA prévue en 2016 **(Commission européenne, consultation publique du 06/07/2015 sur la directive SMA, « Un cadre pour les médias au 21ème siècle »)**. Le CSA, en vertu du l'article 9 de la loi du 30/09/1986 **(Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication)** qui lui confère la possibilité d'être consulté sur « *la définition de la position de la France dans les négociations internationales sur la radio et la télévision* », a ainsi participé à la consultation en question, qui met l'accent sur un certain nombre de priorités : protection du consommateur, garantie des conditions de concurrence équitable, interdiction des discours haineux et discriminatoires, promotion du contenu audiovisuel européen, renforcement du marché unique et du pluralisme, et l'accessibilité des contenus pour les personnes handicapées **(Réponse du CSA à la consultation de la Commission européenne sur la directive des Services de médias audiovisuels, 03/11/2015, publiée le 25/11/2015)**.

Élargissement du champ de régulation pour le CSA. - Même si la directive 2010/13/UE dispose que ne relèvent pas du champ de la régulation « *les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale* », la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a néanmoins jugé dans le cadre d'un renvoi préjudiciel qu'une « *section vidéo qui (...) remplirait les conditions pour être qualifiée de service de médias audiovisuels à la demande, ne perd pas cette caractéristique pour la seule raison qu'elle est accessible à partir du site internet d'un journal (...)* ». Cela permet à une autorité tel que le CSA de contrôler les vidéos publiées sur les sites de presse, afin d'éviter toute tentative, par les opérateurs, de soustraction à la législation qui leur serait applicable en ce qui concerne les services de médias audiovisuels **(CJUE, *New Media Online c/. Bundeskommunikationssenat,* 21/10/2015, affaire C-347/14: D. 2015. p. 2251 ; Europe 2015, comm. n° 496, note F. Gazin).**

Adoption de la déclaration sur la liberté d'expression par l'ERGA. - Le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA) a adopté une déclaration sur la liberté d'expression, désireux de réaffirmer l'importance de ce droit suite aux attentats ayant touché la France et le Danemark. Il rappelle en outre le rôle essentiel des médias en matière de pluralisme pour développer la liberté d'expression et exprime par ailleurs le souhait d'assurer des services audiovisuels dépourvus de toute incitation à la haine **(Déclaration des membres de l'ERGA sur la liberté d'expression, 14/04/2015)**.

B. Nouveau régime de contribution à la production d'œuvres audiovisuelles

Décret relatif au régime de contribution à la production d'œuvres audiovisuelles. - Dans le cadre de la mise en œuvre de la loi relative à l'indépendance du service audiovisuel public **(Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, *JORF* du 16/11/2013)**, le gouvernement a adopté un décret relatif au régime de contribution à la production d'œuvres audiovisuelles applicable aux services de télévision. L'une des principales modifications du régime concerne l'assouplissement de l'article 71-1 de la loi du 30/09/1986 qui interdisait à un éditeur toute forme de détention des parts de producteur. Le décret offre désormais la possibilité pour les éditeurs de détenir des parts de coproducteur d'une œuvre, ce qui fera entrée celle-ci dans le quota de

production d'œuvres indépendantes. Cette possibilité reste toutefois très encadrée par le décret, notamment par la condition d'avoir financé une part substantielle (70%) du devis de production de l'œuvre annexée au contrat de coproduction **(Décret n° 2015-483 du 27/04/2015, *JORF* du 29/04/2015)**.

C. Le CSA et l'outre-mer

Coopération entre le CSA et la Polynésie française. - Une nouvelle convention a été signé le 24/11/2015 entre le Président du CSA Olivier Schrameck et le président de la Polynésie française Edouard Fritch. Cette convention permet, en outre, d'associer le gouvernement de Polynésie française à la politique de communication audiovisuelle dans le respect du statut autonome de celui-ci **(article 25 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004)**. Ce partenariat prévoit un échange d'information permanent entre les parties, la réunion d'une convention chargée de se prononcer sur « *de tout projet de décision réglementaire ou individuelle devant faire l'objet de la consultation du gouvernement de la Polynésie française* » en 2016, et la formation par le CSA de stagiaires en Polynésie française **(Convention entre le gouvernement de la Polynésie française et le CSA du 24/11/2015, *JORF* du 11/12/2015)**.

II. Secteur public de l'audiovisuel

A. Sociétés publiques de l'audiovisuel

Société France Télévisions. - Le CSA a nommé à la présidence de France Télévisions Delphine Ernotte Cunci, ancienne directrice exécutive d'Orange France, pour une durée de 5 ans à compter du 22 août 2015 **(CSA, décision n° 2015-159 du 23/04/2015, *JORF* du 25/04/2015)**. La nouvelle présidente se voit nommée dans un contexte marqué par des difficultés financières déjà encadrées par le contrat d'objectifs et de moyens (COM) passé entre la société France Télévisions et l'État en 2013, visant à « *tenir compte de la révision à la baisse des recettes publiques et publicitaires du groupe audiovisuel par rapport au COM conclu en novembre 2011* ». Dans ce cadre, le CSA avait déjà rendu un avis en début d'année relatif à cet avenant. Il constatait que les initiatives menées par le groupe avaient permis la réalisation d'économies. Mais il invitait toutefois France Télévisions à « *poursuivre et amplifier ses efforts* », afin d'espérer un retour à l'équilibre en 2015 **(CSA, avis n° 2015-03 du 28/01/2015, *JORF* du 27/02/2015)**. La nouvelle présidente, dans son projet stratégique « Audace 2020 », fixe au groupe différents objectifs. Le premier vise à restaurer la confiance. Pour ce faire, Delphine Ernotte entend « *sortir d'un mille-feuilles statutaire et managérial* » en adaptant les métiers aux compétences que la révolution numérique impose et en privilégiant le travail collectif, le tout encadré par un management décentralisé. Cette décentralisation se double d'une volonté de responsabilisation de chaque chaîne par l'émission d'objectifs éditoriaux et économiques à chaque direction, mais également de maîtrise des dépenses de siège. Ce dernier point implique une réduction des effectifs. La seconde ligne directrice est la réinvention de l'offre. Il est ainsi prévu de mettre l'accent sur « *l'innovation et la prise de risque* » en vue de viser un public plus jeune, notamment en se lançant dans la création de nouvelles fictions. Il est également question de repositionner les chaînes France 2 et France 3, respectivement chaîne du flux et chaîne du patrimoine et du territoire, tout en renforçant « *l'identité des bouquets complémentaires* » de façon cohérente, avec France 4 centré sur la jeunesse, France 5 sur la connaissance, et France Ô pour l'outre-mer. Enfin, est envisagée la création d'une plateforme numérique de rattrapage afin d'être en meilleure adéquation avec les nouvelles habitudes du public. Cette plateforme permettrait par ailleurs une nouvelle source de financement en monétisant la publicité sur toutes les plateformes numériques. La troisième et dernière ligne directrice concerne la réaffirmation du service public. Ainsi, afin de maintenir une production française compétitive à l'international, la présidente veut entreprendre la mise en place d'un pacte de refondation avec les producteurs, couplé au soutien de création de programmes exportables. Mme. Ernotte propose également la création d'un Comité pour la Diversité des Programmes ayant pour but de lutter contre les stéréotypes et les discriminations à l'écran. Enfin, dans l'esprit d'une « *télévision citoyenne* », la transparence et la participation du public sont prônées. Seront ainsi accessibles les comptes et les dépenses de la société, avec en parallèle la mise en place d'une politique de prévention et de lutte contre les conflits d'intérêts, ainsi que la création d'un Conseil des jeunes composés de téléspectateurs devant aiguiller l'orientation des programmes **(Delphine Ernotte Cunci, *Projet stratégique pour France Télévisions,* mars 2015)**.

Radio France. - Le CSA a rendu un avis concernant le COM de Radio France dont la ligne directrice est de « *moderniser l'entreprise et mettre en œuvre les conditions d'un retour à l'équilibre financier* ». La modernisation implique d'une part l'apport de réponses aux questions que pose la « *cohésion sociale et les valeurs sur le vivre ensemble* » que le CSA estime encore « *faible* ». A ce titre, le CSA recommande par exemple de « *proposer un nombre de partenariats avec des établissements scolaires relevant notamment de la politique de la ville* » dans le cadre de l'éducation aux médias. D'autre part, le CSA soulève la question du numérique : si Radio France prévoit la mise en place d'une plateforme internet « *consacrée à l'écoute en haute définition et en diffusion multicanal* », le Conseil regrette que des « *partenariats en matière de numérique, d'information, de formation ou d'actions internationales* » n'aient pas été prévus par le COM, et invite également le groupe à développer la formation aux métiers du numérique. Enfin, l'avis recommande, en vue de l'augmentation des ressources propres de l'entreprise, de « *mettre en place dès le premier semestre 2016 un suivi des recettes liées aux prestations payantes* » **(CSA, avis n° 2015-22 du 25/11/2015, *JORF* du 9/12/2015)**.

France Médias Monde. - Dans son avis relatif au rapport d'exécution du COM de France Médias Monde, le CSA dresse un bilan plutôt positif. Il salue dans un premier temps les objectifs d'audience, de diffusion et de distribution des chaînes du

2015, un an de droit de la régulation audiovisuelle

groupe France Médias Monde. S'agissant des nouveaux médias, les sages relèvent une hausse de la fréquentation globale des sites et applications, ainsi que des réseaux sociaux. Le rapport montre également des signes encourageant dans lutte contre les discriminations, notamment en matière de diversité et d'égalité hommes-femmes. Le conseil estime, enfin, qu'il « *importe, tout en prenant en compte l'impératif d'assainissement des finances publiques, que la société puisse compter sur un niveau de dotations lui permettant de maintenir son équilibre financier tout en assumant ses missions au service du rayonnement de la France* » **(CSA, avis n° 2015-18 du 30/09/2015, *JORF* du 17/10/2015)**.

B. Institut National de l'Audiovisuel

Renforcement du régime dérogatoire de l'INA pour l'exploitation des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programme. - Selon l'article 49 de la loi du 30 septembre 1986, l'INA, chargée d'exploiter les extraits des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programme, est « *propriétaire des supports et matériels techniques et détenteur des droits d'exploitation des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programme* », ces dernières ayant toutefois « un droit d'utilisation prioritaire de ces archives ». Pour répondre aux missions de conservation et d'exploitation de ces archives, l'INA dispose d'un régime dérogatoire aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du Code de propriété intellectuelle. Ainsi, dans le cadre d'un litige opposant les ayants-droit d'un batteur de jazz décédé à l'INA, auquel il était reproché d'avoir commercialisé sur internet, sans autorisation, des prestations de l'artiste, la Cour de cassation a jugé que la dérogation instituée par l'article 49 dispense l'INA de rapporter la preuve d'une autorisation de l'artiste interprète pour la « *captation et la diffusion de sa prestation* » **(Cass. civ. I, 14 octobre 2015, n° 14-19917, *Bull. civ.* 2015)**.

C. Financement de l'audiovisuel public

Rapport du Sénat sur le Financement de l'audiovisuel public. - Les sénateurs André Gattolin et Jean-Pierre Leleux ont déposé un rapport dans lequel, après avoir rappelé que l'audiovisuel public français était un « *modèle à bout de souffle* », fragilisé par des « ressources propres limitées » et une « *prédominance du financement public* », ils proposent la création de France Médias à l'horizon 2020. Cela impliquerait notamment l'augmentation de la redevance de 2€ pendant 2 ans, conjuguée à une réduction des dépenses en parallèle. Ce système de redevance transitoire serait ensuite remplacé par une « *contribution forfaitaire universelle inspirée de la réforme allemande* », taxe dont l'assiette s'élargirait aux nouvelles technologies que sont les tablettes et les smartphones. Le rapport fait ensuite référence à une « *publicité raisonnée* » qui se décline en deux propositions. D'une part, mieux répartir la sphère publicitaire sur les chaînes publiques en la réduisant, tout en rétablissant la diffusion de publicité en soirée. D'autre part, bannir toute publicité des programmes dédiés à la jeunesse. Enfin, les deux sénateurs prônent la suppression de l'obligation faite à France Télévisions de diversité des producteurs pour la remplacer par une diversité des œuvres. Le rapport ambitionne ainsi, face au « *dérapage des dépenses* », la mise en place d'un « *nouveau modèle qui permettra de garantir des ressources dans la durée, de clarifier le rôle de l'État et de renforcer la cohérence de l'audiovisuel public* » **(Sénat, Commission de la culture, de l'éducation et de la communication et Commission des finances, Rapport n° 709 : *Financement de l'audiovisuel public*, présenté par MM. André Gattolin et Jean-Pierre Leleux, le 29/09/2015)**.

III. Secteur privé de l'audiovisuel

A. Contrôle de l'équilibre concurrentiel

Passage de LCI(TF1) en TNT gratuite. - La directive 2002/20/CE **(Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques)** dispose que « *les droits d'utilisation de radiofréquences et de numéros sont octroyées par le biais de procédures ouvertes, objectives, transparentes, non-discriminatoire et proportionnées* ». L'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 ajoute que « *le CSA peut (...) donner son agrément à une modification des modalités de financement lorsqu'elle porte sur le recours ou non à une rémunération de la part des usagers* ». Suite à l'annulation par le Conseil d'État de deux décisions de refus d'autoriser LCI et Paris première de passer en TNT gratuite pour vice de procédure **(CE, Ass., 17 juin 2015, n° 384826, Sté LCI et Sté Paris Première: Rec. CE 2015 ; CE, Ass., 17 juin 2015, n°385474, Sté Métropole Télévision et Sté Paris Première: Rec. CE 2015 ; *Dr. adm.* 2015 ; obs. 59, note T. Rambaud)** le CSA a eu à se prononcer à nouveau sur la question. Ainsi, après avoir mené trois études d'impact sur le passage en TNT gratuite des chaînes Paris première, Planète + et LCI, il a accordé la diffusion en gratuit à LCI uniquement. Les sages font valoir que la chaîne LCI se trouvait démunie de toute perspectives sur la TNT payante, constatant en ce sens « *la fin des contrats de distribution, des performances d'audience et de recettes publicitaires en recul* » de la chaîne en question. La décision est également motivée par les résultats de l'étude d'impact qui indiquent que l'arrivée de LCI sur la TNT gratuite n'affectera pas la viabilité des chaînes BMF TV et l'Équipe 21, et permettrait par ailleurs de répondre à un intérêt public par le renforcement du « *pluralisme des courants d'expression socio-culturels* » **(CSA, décision n° 2015-526 du 17/12/2015, *JORF* du 30/12/2015)**. L''Autorité de la concurrence, si elle ne désapprouve pas la décision du CSA, recommande toutefois aux chaînes LCI et TF1 de ne pas pratiquer de couplage publicitaire, de promotion croisée, et propose enfin une clause de rendez-vous dans les 18 mois à 2 ans, en vue de réévaluer ces mesures en fonction de l'évolution du paysage de la TNT gratuite **(AC, avis n° 15-A-14 du 21/10/2015)**.

Abrogation de l'autorisation d'exploitation de la chaîne Numéro 23. - Suite à l'audition de Pascal Houzelot dans le cadre d'une demande d'agrément ayant pour objet la modification de contrôle de la société Diversité TV France à RadioNext, le CSA a qualifié l'opération en question d'« *abus de droit à caractère frauduleux* ». Le CSA, chargé par la loi du 30/09/1986 d'attribuer les fréquences hertziennes relevant du

2015, un an de droit de la régulation audiovisuelle

domaine public « *au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la diversification des opérateurs, et la nécessité d'éviter (...) les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence* », a pu ainsi relever un comportement doublement fautif. D'une part, le pacte d'actionnaire liant la société *Diversité TV France* à la société *United TV Holding Russia*, détentrice à 15% de la première, projetait une cession totale après deux ans et demi d'exploitation de la chaîne Numéro 23. Cela laisse sous-entendre que Pascal Houzelot avait l'intention de céder son autorisation d'exploitation au plus offrant et donc, d'abuser d'un bien public à des fins frauduleuses. D'autre part, l'obligation faite à la chaîne d'offrir un « *service reflétant la diversité de la société française dans toutes ses composantes* » contenue dans la convention passée entre le CSA et la société *Diversité TV France* n'était, selon le CSA, pas respectée par la chaîne **(CSA, décision n° 2012-474 du 03/07/2012, *JORF* du 19/07/2012)**. Le CSA a dès lors décidé d'abroger la décision autorisant la société Diversité TV France à exploiter un service de télévision à caractère national, et ce à compter du 30 juin 2016 **(CSA, décision n° 2015-367 du 14/10/2015, *JORF* du 20/10/2015)**.

B. Nouveaux présidents à la tête de TF1 et de Canal Plus

TF1. - Gilles Pélisson a été nommé par le conseil administratif de TF1 à la tête du groupe de télévision. Cette nomination d'un expert en télécoms s'inscrit dans le cadre d'un besoin d'adaptation du groupe aux mutations notamment numériques du secteur audiovisuel **(Bouygues, communiqué de presse du 13/11/2015)**.

Canal Plus. - Auditionné par le CSA, le président des Conseils de surveillance de Canal Plus et Vivendi, Vincent Bolloré, a affirmé son intention de procéder à des changements « *dans la structure capitalistique du groupe et dans ses équipes dirigeantes* » qui nécessitent l'autorisation des sages. M. Bolloré s'engage également à développer la diversité et le pluralisme au sein du groupe, à renforcer l'indépendance éditoriale, et à créer un comité d'éthique **(CSA, communiqué du 24/09/2015)**.

IV. Régulation des contenus audiovisuels

A. Promotion de la diversité

Résultats du baromètre de la diversité. - Selon une étude menée par le CSA, seulement 14% des personnes à la télévision sont perçues comme « *non-blanches* », avec des rôles à connotations souvent négatives. Le CSA note également une « *faible évolution dans la représentation des origines à l'antenne* », une sous-représentation des femmes quel que soit leur origine, ainsi qu'une sous-représentation des deux extrémités de la pyramide des âges. Enfin, le Conseil souligne une représentation encore très faible des handicapés à l'antenne **(CSA, « Les résultats de la vague 2015 du baromètre de la diversité à la télévision », publié le 12/10/2015)**.

Colloque « Audiovisuel : comment mieux représenter la diversité de notre société ? ». - Un colloque, organisé par le CSA s'est tenu le 6/10/2015. Déplorant une « *image encore déformée* » de la société, Olivier Schrameck a tenu à rappeler l'importance de la diversité dans les médias afin d'être au plus près d'une nation « *sans distinction d'origine ou de religion* ». La présidente de France Télévisions s'est à ce titre exprimée sur son projet de réactiver le Comité de la Diversité, avant que la question de l'incitation financière ne soit soulevée comme solution vers plus de diversité. Les radios, lieu privilégié qui « *efface les différences physiques* », ont également fait part de leurs actions en matière d'intégration. Europe 1 a ainsi mis en place un système de discrimination positive dans son recrutement pour les postes clés. Enfin, le débat s'est porté sur la lutte contre les stéréotypes et les amalgames par le renforcement d'une représentation positive des minorités, ou encore en classant les médias les plus discriminants **(CSA, *Compte-rendu du colloque : « Audiovisuel : comment mieux représenter la diversité de notre société ? »*, 6/10/2015)**.

Respect des droits des femmes. - Dans le cadre de la loi relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes **(Loi n° 2014-873 du 04 août 2014 relative à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* du 05/08/2014)** qui lui confie la mission de veiller à « *une juste représentation des femmes et des hommes dans les programmes de services de communication audiovisuelle et, (...) à l'image des femmes (...) en luttant contre les stéréotypes, les préjugés sexistes, les images dégradantes, les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple* », le CSA a rendu une délibération quant au respect des droits des femmes par les sociétés nationales de programme mentionnées à l'article 44 de la loi du 1986, les services de télévision à caractère national et les services de radios appartenant à un réseau de diffusion à caractère national. La délibération définit dans un premier temps les programmes relatifs à la lutte contre les préjugés sexistes et violences faites aux femmes comme: « *(...) tout programme, quels que soient sa forme (...) et son genre (...) qui s'attache à la lutte contre les préjugés sexistes et les violences faites aux femmes, notamment les programmes(...) portant spécifiquement sur la problématique de l'égalité femmes/hommes(...)* ». Le CSA précise dans un second temps quels sont les indicateurs quantitatifs et qualitatifs relatifs à l'image des femmes dans les programmes et à la juste représentation des femmes et des hommes. Sont ainsi mentionnés comme indicateurs, entre autres, « *le nombre de présentateurs et/ou animateurs repartis par sexe et leur proportion respective* », ou encore « *le nombre d'experts des émissions de plateaux* ». Les éditeurs de service de radio ou de télévision sont également soumis à un système d'auto-évaluation basé sur une grille de lecture reflétant le caractère stéréotypé ou non des programmes. Enfin, un certain nombre d'« *engagements optionnels* » peuvent être pris, tels que l'engagement sur « *la diffusion d'œuvres audiovisuelles ou cinématographiques réalisées par des femmes aux heures de grande écoute* », mais aussi sur « *la mixité dans l'exercice des postes d'encadrement à*

pourvoir » **(CSA, délibération n° 2015-2 du 04/02/2015, *JORF* du 06/03/2015).**

B. Contrôle du pluralisme politique

Traitement du temps de parole relatifs aux élections régionales. - Conformément au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision en période électorale, et en vertu des missions que lui confère l'article 16 de la loi du 30/09/1986, le CSA veille à ce que « *les candidats ou listes de candidats, les personnalités ou les partis et groupements politiques qui les soutiennent bénéficient d'une présentation et d'un accès équitables à l'antenne* » **(CSA, délibération n° 2011-1 du 04/01/2011, *JORF* du 01/02/2011)**. Le CSA souligne à ce titre que « *quand des personnalités fortement impliquées dans la compétition électorale sont invitées à prendre la parole sur les antennes, faisant valoir directement ou indirectement une candidature, la possibilité d'une expression contradictoire devrait être rapidement offerte aux concurrents* » **(CSA, communiqué du 21/10/2015)**. Les sages ont ainsi établi le bilan du traitement par les radios et les télévisions des élections régionales. S'il constate pour le premier tour des « *déséquilibres importants* » et une couverture parfois insuffisante chez certaines chaînes nationales **(CSA, communiqué du 09/12/2015)**, le Conseil note que les médias ont respecté « *de manière satisfaisante le principe d'équité* ». Il déplore toutefois la faible couverture des résultats électoraux dans les départements d'outre-mer, ainsi que la faible diversité politique dans les débats sur certaines télévisions et radios généralistes privées **(CSA, communiqué de presse du 16/12/2015)**.

Les 15 propositions du CSA. - Le CSA souhaite assouplir, au moyen de 15 propositions, les règles du pluralisme et du temps de parole en période électorale. Il propose de privilégier le principe d'équité pour les temps de parole pendant la période dite « *intermédiaire* » des élections, afin d'assurer aux candidats « *un accès aux antennes dans des conditions de programmation comparables* ». Une autre proposition phare concerne la période de réserve pour laquelle il serait souhaitable d'être mise en œuvre non plus le vendredi à minuit mais le samedi à la même heure. Le Conseil affiche également une volonté de fixer une heure unique de fermeture des bureaux de vote. Sur le plan européen enfin, le CSA envisage d'intégrer les interventions relatives à la désignation des nouvelles institutions européennes dans le décompte des temps de parole **(CSA, *Propositions du CSA relatives à l'application du principe de pluralisme politique dans les médias audiovisuels en période électorale,* 09/2015).**

L'illégalité d'une disposition de convention obligeant une radio au respect du pluralisme. - Suite à une mise en demeure par le CSA en 2013 de Radio Courtoisie pour la méconnaissance de 3 articles de sa convention, le Conseil d'État (CE) s'est prononcé sur la légalité de ces dernières. Il ressort tout d'abord de sa décision que l'article 2-4, prévoyant que « *le titulaire de l'autorisation veille à ne pas encourager des comportements discriminatoires* », et l'article 2-10 imposant à la radio « *la maîtrise de l'antenne* », ne peuvent faire l'objet d'une contestation de la part de Radio Courtoisie. En revanche, le CE indique que l'article 2-3, disposant que « *le titulaire de l'autorisation veille au respect du pluralisme des courants de pensée et d'opinion* », et contestable en ce que de telles prescriptions « *ne peuvent être légalement imposées à l'exploitant d'un service radiophonique qui se donne pour vocation d'assurer l'expression d'un courant particulier d'opinion* » **(CE, 5ème/ 4ème SRR, 27 novembre 2015, n°374373, *Association Comité de défense des auditeurs de Radio Solidarité*, Rec. CE 2015 ; AJDA 2015, p. 2297)**.

C. Protection des téléspectateurs

Campagne de protection du jeune public. - Le CSA a lancé le 20/11/2015, date anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant, une campagne sur la signalétique jeunesse. Celle-ci invite au dialogue avec le slogan : « *Les images violentes on doit les éviter, sinon il faut en parler* ». A cet effet, il est prévu que les chaînes de télévisions et les radios se mobilisent, les premières devant diffuser aux heures de grande écoute la campagne de sensibilité produite par le CSA en 2014, et les secondes en rappelant aux parents « *la nécessité de superviser les programmes regardés par les mineurs* » **(CSA, Communiqué de presse du 20/11/2015)**.

Charte de qualité pour l'usage de la Langue des signes Française dans les programmes télévisés. - Une charte réunissant le CSA, le ministère des affaires sociales, le Conseil national consultatif des personnes handicapées ainsi que les principales chaînes de télévision, a été signée. Elle engage ses signataires à « *veiller à la qualité de l'interprétation en langue des signes* », ces derniers devant respecter la langue française, le sens du discours, ou encore indiquer par sous-titrage les modifications apportées à une émission accessible en langue des signes française (LSF) **(*Charte de qualité pour l'usage de la LSF dans les programmes télévisés*, signée le 15/01/2015)**.

Interdiction de l'alcool à l'antenne. - Depuis une délibération du 17/06/2008 **(Délibération n° 2008-51 du 17/06/2008 relative à l'exposition des produits du tabac, des boissons alcooliques et des drogues illicites à l'antenne, *JORF* du 28/08/2008)**, le CSA veille à la préservation de la santé publique. Il s'assure pour ce faire que les services de télévision et de radiodiffusion n'incitent pas à des pratiques connexes à ces produits. Le Conseil est ainsi intervenu auprès de Canal+ pour un rappel à l'ordre suite à la diffusion d'une séquence durant laquelle le présentateur de l'émission offre du vin à ses invités en tenant des propos « *qui tendaient à renforcer l'aspect complaisant de cette séquence* » **(CSA, décision du 03/06/2015, « Présence d'alcool sur le plateau du *Grand Journal* : intervention auprès de Canal + »)**.

D. Respect des droits fondamentaux

Couverture médiatique et maintien de l'ordre public. - La mission de déontologie du CSA couvre, entre autres, les obligations de respect de la dignité de la personne humaine et de l'ordre public **(Art. 1er de la loi du 30/09/1986)**. Le CSA a émis dans ce

cadre 21 mises en demeure et 15 mises en garde à l'encontre de nombreuses radios et chaînes de télévision ayant couvert les attentats du 11/01/2015, notamment de grands groupes tels que TF1 **(CSA, décision n° 2015-52 du 11/02/2015, *JORF* du 17/02/2015)** ou Radio France **(CSA, décision n°2015-42 du 11/02/2015, *JORF* du 17/02/2015)**. Le régulateur audiovisuel a notamment reproché aux médias concernés la diffusion d'information concernant la présence de personnes cachées dans le lieu de retranchement des terroristes. Suite aux avertissements de janvier, et au communiqué du CSA à l'attention des rédactions rappelant sur ce point « *la nécessité de ne donner aucune indication susceptible de mettre en cause le bon déroulement des enquêtes en cours* » **(CSA, communiqué du 14/11/2015, « Note aux rédactions du CSA »)**, les chaînes d'information ont fait preuve d'un comportement plus responsable lors des événements du 13/11/2015. Le CSA relève toutefois une signalétique jeunesse encore insuffisante **(CSA, communiqué du 25/11/2015, « Traitement par les médias audiovisuels des attentats de Paris et de Saint-Denis »)**.

Respect de la dignité humaine, de l'enfance et de l'adolescence. - Parmi les missions d'ordre déontologique qui lui sont conférées, le CSA veille également à « *la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité des personnes dans les programmes* » **(Art. 15 de la loi du 30/09/1986)**. Il doit ainsi s'assurer que « *toute participation d'un mineur à une émission de télévision [soit] subordonnée à l'autorisation préalable de tous les titulaires de l'autorité parentale, ainsi qu'à l'accord du mineur lui-même* » **(CSA, délibération du 17/04/2007, *JORF* du 20/05/2007)**. Suite au constat de comportements moqueurs à l'égard d'un élève danseur de l'Opéra de Paris de la part de l'animateur et de certains chroniqueurs de l'émission *Touche pas à mon poste*, diffusée sur D8, le CSA a mis en garde la chaîne en question. Le cahier des charges de la chaîne prévoyait en effet, en son article 2-3-4, que « *l'éditeur respecte les droits de la personne relatifs à sa vie privée, son image, son honneur et sa réputation tels qu'ils sont définis par la loi et la jurisprudence* ». Le CSA constate également que ce manquement se double d'un défaut d'autorisation pour la diffusion de cette image, dont la captation et la diffusion étaient détenues par Canal+ **(CSA, décision du 21/10/2015)**. La chaîne D8 avait, par ailleurs, déjà été mise en demeure en juillet 2015 pour les propos qu'aurait tenu un humoriste, dans la même émission, à l'égard d'un groupe candidat à l'Eurovision, dont les membres étaient atteints de trisomie et d'autisme. Ceci constitue, à l'appui de la convention passée avec D8, un manquement de la chaîne dans la lutte contre les discriminations **(CSA, décision n° 2015-274 du 01/07/2015, *JORF* du 17/09/2015)**.

V. Transformation du domaine public hertzien

A. Modernisation de la plate-forme hertzienne

Loi relative au deuxième dividende numérique et à la poursuite de la modernisation de la télévision numérique terrestre (TNT). - Avec en perspective un gain de 2,1 milliards €, le Gouvernement projette de transférer la bande des 700 MHz aux opérateurs de télécommunications entre le 01/10/2017 et le 30/06/2019. D'ici là, il est prévu que la norme MPEG-4 pour la diffusion de la TNT soit généralisée en avril 2016. Sont prévus à ce titre un accompagnement financier pour les téléspectateurs devant s'équiper de récepteurs compatibles avec la nouvelle norme, mais également une assistance technique afin d'éviter l'écran noir durant la période de transition **(CSA, audition d'Olivier Schrameck devant la Commission de la Culture, de l'Éducation et de la Communication du Sénat, sur le transfert de la bande des 700 MHz et sur l'avenir de France Télévision, le 05/02/2015, publiée le 10/02/2015)**. Dans ce cadre, la loi relative au deuxième dividende numérique confère au gouvernement la possibilité d'utiliser son pouvoir réglementaire pour faire évoluer le paysage audiovisuel, lorsqu'une évolution technique le nécessite, en modifiant les normes de diffusion des autorisations en cours. Le texte prévoit également l'élargissement du pouvoir du CSA en matière de recomposition des multiplex afin « *d'assurer une gestion optimale des fréquences radioélectriques ou de favoriser la modernisation de la diffusion de la TNT* ». Le CSA voit aussi ses pouvoirs renforcés par la possibilité de lancer des appels à candidature pour tout standard de diffusion innovant pour la TNT, ainsi que l'élargissement des possibilités de retrait des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique délivrée aux opérateurs de multiplex, aux collectivités territoriales, propriétaires de constructions, syndicats de copropriétaires et constructeurs. Enfin, les coûts résultant des opérations liées au transfert de la bande 700 MHz sont à la charge des opérateurs de communications électroniques. Le transfert est prévu pour la nuit du 5 au 6 avril 2016 **(Loi n° 2015-1267 du 14 octobre 2015 relative au deuxième dividende numérique et à la poursuite de la modernisation de la télévision numérique terrestre, *JORF* du 15/10/2015)**.

Préconisations relatives au passage au tout MPEG-4. - Dans le cadre du passage au tout MPEG-4, le CSA a arrêté la nouvelle composition des multiplex nationaux de la TNT. La norme MPEG-4 devrait permettre « *d'accueillir la nouvelle offre issue de l'appel aux candidatures pour l'édition de services en haute définition tout en prévoyant l'arrêt des multiplex R5 et R8, dont le maintien ne peut être assuré du fait du dégagement de la bande 700 MHz au profit du secteur des communications électroniques* » **(CSA, communiqué du 19/10/2015, « Préparation du passage au tout MPEG-4 : nouvelle composition des multiplex »)**. Bien qu'ayant émis un avis favorable quant au décret portant modification du code des postes et des communications électroniques relatif à la libération du deuxième dividende numérique et au déploiement de la bande 700 MHz pour lequel il a été saisi, le CSA fait tout de même part de quelques réserves. Il rappelle tout d'abord qu'en vue de transférer la bande 700 MHz aux opérateurs de télécoms, les éditeurs et receveurs devront éteindre certains de leurs équipements. La norme MPEG-2 sera en effet arrêtée pour permettre à la norme MPEG-4 d'être généralisée sur la plate-forme métropolitaine de la TNT. Le CSA préconise également un soutien financier

2015, un an de droit de la régulation audiovisuelle

de la part du gouvernement concernant les coûts que ces opérations vont engendrer pour les opérateurs et les collectivités territoriales. Enfin, le Conseil souligne l'importance de « *fiabiliser avec un haut degré de sécurité le changement de codage vidéo et la recomposition des multiplex avant de débuter les réaménagements* ». Il recommande en ce sens de disjoindre les opérations sur deux nuits : s'assurer de la réussite de la recomposition de codage dans un premier temps, pour enfin commencer les opérations nécessaires au dégagement de la bande des 700 MHz **(CSA, avis n° 2015-20 du 04/11/2015, *JORF* du 18/11/2015)**.

B. Déploiement de la Radio numérique terrestre (RNT)

Synthèse de la consultation publique relative à la RNT. - Lancée en France le 20/06/2014, la RNT a pour but d'offrir une meilleure qualité des radios par l'affranchissement de la bande FM. Le CSA a adopté la synthèse de la consultation publique en vue de la poursuite du déploiement de la RNT préalable au lancement d'appels aux candidatures locaux en métropole. En effet, suite à la consultation publique relative au choix des zones de déploiement futur de la RNT lancée le 10/06/2015, le Conseil a publié la synthèse des contributions des acteurs concernés par le déploiement RNT relatives au nombre de multiplex devant être mis en appel dans chaque zone, la définition de ces zones et l'opportunité d'un appel aux candidatures portant sur une ressource nationale. L'accent est notamment mis sur le modèle d'appel aux candidatures par zone géographique afin de soutenir et de d'étendre la transition numérique des éditeurs de radio **(CSA, publication du 10/11/2015, Ass. plén. du 22/10/2015)**.

Droit de la régulation des données à caractère personnel

Par Ephrem HADORN

Licence en droit et sciences politiques de l'Université de Bordeaux
Étudiant du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2015 a été une année charnière pour le droit européen des données à caractère personnel. Dans la continuité de l'année 2014, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) a affirmé un modèle européen de protection des données personnelles en rendant son arrêt « *Schrems* » du 6 octobre. La CJUE a également donné des précisions importantes sur la compétence des autorités nationales des Etats membres dans un arrêt « *Weltimmo* » du 1er octobre, en interprétant très largement la notion d'établissement afin d'assurer une protection effective des données à caractère personnel. D'autre part, les Institutions européennes sont finalement parvenues à un accord en trilogue le 15 décembre 2015 sur la proposition de règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données 2012/0011 (COD) (ci-après projet de règlement européen), qui devra encore être formellement adopté par le Parlement européen en séance plénière ainsi que le Conseil de l'Union européenne Justice et Affaires intérieures. Sur le plan interne, s'il convient de relever le projet de loi pour une République numérique, l'année 2015 a surtout donné lieu à des précisions importantes du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation à trois égards : sur la notion de traitement de données à caractère personnel, sur le caractère spécifique du consentement à la collecte des données personnelles, ainsi que sur le droit d'opposition.

I. Les précisions sur les notions et le droit applicable

A. Notion de donnée à caractère personnel

L'adresse IP dans la jurisprudence judiciaire. – A l'occasion d'un arrêt d'avril 2015, la Cour d'appel de Rennes s'est prononcée sur la nature de l'adresse IP **(CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 1405708, *SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft* : Comm. com. électr. 2015, comm. 64, Eric A. Caprioli)**. Des salariés d'une entreprise s'étaient connectés sur le réseau interne d'une entreprise concurrente. Celle-ci avait alors déposé une requête devant le tribunal de commerce afin d'obtenir les identités des titulaires des adresses IP. La Cour d'appel a considéré que l'adresse IP ne constituait pas une donnée à caractère personnel, au motif qu'elle « *n'est pas une donnée même indirectement nominative alors qu'elle ne se rapporte*

qu'à un ordinateur et non à l'utilisateur ». La Cour a également motivé sa décision en relevant que les adresses IP peuvent être attribuées à des personnes morales, ce qui ne permet pas de rentrer dans le champ d'application de la loi informatique et libertés qui ne vise que les personnes physiques. Ce faisant, la Cour d'appel de Rennes a repris une solution dégagée par la Cour d'appel de Paris dans le cadre d'une affaire de collectes d'adresse IP à des fins de démonstration d'actes de contrefaçon, qui avait jugé qu'une adresse IP identifiait une machine et non une personne (CA Paris, 13e ch. corr., 15 mai 2007, n° 06-01954 : Comm. com. électr. 2007, comm. 144, obs. Ch. Caron). Cependant, cette décision va à l'encontre de la position traditionnelle de la CNIL qui estime que l'adresse IP devrait être qualifiée de donnée à caractère personnel (CNIL, Délib. n° 01-018, 3 mai 2001 portant avis sur le projet de loi sur la société de l'information), ainsi que de la position du G29 qui considère que les adresses IP sont des données permettant d'identifier des personnes physiques (G29, Avis n° 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, 20 juin 2007 : WP 136) et qu'elles devraient par conséquent être qualifiées de données à caractère personnel (Opinion n° 08/2012, providing further input on the data protection reform discussions : WP 199).

L'adresse IP dans le projet de règlement européen. – Le considérant 24 du projet de règlement européen énonce clairement que les personnes peuvent être identifiées par un ensemble d'identifiants en ligne, dont l'adresse IP. Par conséquent, la formulation de ce considérant invite à concevoir l'adresse IP comme une donnée à caractère personnel indirectement identifiante **(Comm. com. électr. 2015, comm. 64, Eric A. Caprioli)**.

B. Notion de traitement de données à caractère personnel

Absence de seuil de données traitées. – La haute juridiction a précisé que la loi informatique et libertés s'applique à un fichier comportant des informations sur une seule personne, la notion de traitement de données à caractère personnel n'étant pas quantitative. C'est ainsi que, lors d'un arrêt où il était question de courtes notes rédigées par un responsable de direction de l'ENA qui reportait des appréciations personnelles sur l'un de ses subordonnés hiérarchiques, et auxquelles toutes les personnes du service pouvaient avoir accès, la Cour a indiqué dès le premier considérant que « *la loi du 6 janvier 1978 s'applique à la création d'un seul fichier de données personnelles accessible à des tiers même si ce fichier ne concerne qu'une seule personne, sans qu'il soit besoin d'atteindre un certain seuil de données traitées (...)* » **(Cass. crim., 8 sept. 2015, n°13-85587, Publié au bulletin : Dr. pén. 2015, chron. 10, A. Lepage ; Comm. com. électr. 2016, comm. 18, A. Debet)**.

Absence de traitement. – La Cour d'appel de Rennes ayant jugé que l'adresse IP n'est pas une donnée à caractère personnel (voir point « L'adresse IP dans la jurisprudence judiciaire »), elle en tire toutes les conséquences logiques, à savoir que ni « *le simple relevé d'une adresse IP aux fins de localiser un fournisseur d'accès* », ni la conservation d'une adresse IP « *en vue de la découverte ultérieure des auteurs de pénétrations non autorisées [...] sur un réseau informatique d'entreprise* » ne constituent des traitements de données à caractère personnel **(CA Rennes, ch. com., 28 avr. 2015, n° 1405708, *SARL Cabinet Peterson c/ SARL Groupe Logisneuf, SARL C-Invest, SARL European Soft* : Comm. com. électr. 2015, comm. 64, Eric A. Caprioli)**.

Présence de traitement. – Lors d'un litige opposant un réalisateur de films pornographiques et une requérante qui s'opposait à la diffusion d'un tel film où elle apparaissait, le TGI de Paris a précisé que la diffusion en ligne d'une vidéo à caractère pornographique constitue bien un traitement de données à caractère personnel, et qu'il exige en conséquence un consentement spécifique **(TGI Paris, ch. 17, 21 oct. 2015, *Mme X. c/ BXX et M.Y.* <www.legalis.net> : RLDI 2015, comm. 3885, obs. L. Costes)**. Le réalisateur se prévalait d'un document intitulé « Autorisation du modèle » que la requérante avait signé. Mais le TGI a souligné le fait que ce document ne faisant pas référence au traitement automatisé des données personnelles, il « *ne saurait caractériser ni l'information ni le consentement de la demanderesse exigés par les dispositions des articles 6 et 7 de la loi du 6 janvier 1978* ».

Champ d'application de l'article 9 de loi informatique et libertés. – Le champ d'application de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 relatif aux traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté ne comprend pas seulement les données relatives à des faits qui ont reçu la qualification d'infraction. En effet, il suffit que les faits en cause soient susceptibles de recevoir une telle qualification pour que soit constitué un traitement de données à caractère personnel relatives aux infractions **(CE, 10e et 9e SSR, 11 mai 2015, n° 375669, *Sté Renault Trucks c/ CNIL*, Publié au recueil : Comm. com. électr. 2015, comm. 84, obs. A. Debet ; RLDI 2015, comm. 3774, obs. L. Costes)**. En conséquence, ces traitements relèvent de l'article 9, qui habilitent seulement certaines catégories de personnes à effectuer de tels traitements. En l'espèce, la société Renault Trucks avait voulu installer un logiciel sur les ordinateurs de ses salariés afin de détecter ceux d'entre eux se livrant à de la pédopornographie. Mais, la société ne faisant pas partie des personnes autorisées par l'article 9 à effectuer ce type de traitement, le Conseil d'Etat a confirmé le refus de la CNIL d'autoriser le fichage des salariés se livrant à de la pédopornographie.

A. Droit national applicable et autorité de contrôle compétente

Détermination du droit national applicable. – La détermination du droit national applicable dans un litige opposant des particuliers et une entreprise responsable de traitement de données à caractère personnel s'effectue au regard de deux éléments : d'une part, il ne suffit pas de savoir dans quel Etat membre l'entreprise est immatriculée, il faut encore vérifier si elle dispose d'un établissement au sens de l'article 4 de la directive 95/46/CE (directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative

à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) dans l'Etat membre où le traitement a eu lieu ; d'autre part, en vertu de cet article 4 il convient de vérifier si le traitement litigieux a eu lieu dans le cadre des activités de cet établissement **(CJUE, 3e ch., 1er oct. 2015, aff. C-230/14, *Weltimmo s.r.o. c/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság* : Europe 2015, comm. n° 470, obs. Elise Daniel ; Comm. com. électr. 2015, comm. 101, obs. A. Debet ; 2015, comm. 3861, obs. L. Costes)**. En l'espèce, la société Weltimmo était immatriculée en Slovaquie, et exploitait un site d'annonces immobilières en Hongrois, relatif à des biens qui se situaient en Hongrie. Cette société a eu un litige avec des ressortissants Hongrois qui souhaitaient que leurs données soient effacées du site. La Cour a jugé que la société avait bien un établissement en Hongrie dans la mesure où « *Weltimmo dispose d'un représentant en Hongrie* », qu'elle « *a ouvert un compte bancaire en Hongrie, destiné au recouvrement des créances* », et qu'elle « *utilise une boîte aux lettres sur le territoire de cet État membre pour la gestion de ses affaires courantes* » (point 33). Ce faisant, la Cour semble adopter une conception encore plus large de la notion d'établissement qu'au point 60 de son arrêt Google Spain (CJUE, gde ch., 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González : AJDA 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; D. 2014, p. 1476, obs. V.-L. Benabou et J. Rochfeld et p. 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld. ; Comm. com. électr. 2014, étude 13, A. Debet). La détermination du droit national applicable est encore appelée à évoluer avec le projet de règlement européen. En effet, **l'article 51 du projet de règlement européen** pose comme principe que chaque autorité nationale est compétente sur le territoire de son Etat membre. Par dérogation à cet article, **l'article 51a** dispose que, en cas de traitement transfrontalier, l'autorité de contrôle compétente est déterminée par l'établissement principal (ou le seul établissement) du responsable du traitement (mécanisme auquel il est souvent fait référence via l'expression de « guichet unique »).

Pouvoirs d'une autorité nationale de contrôle et droit applicable. – En répondant à la seconde question de la Cour suprême hongroise dans le cadre de l'affaire Weltimmo, la CJUE a également précisé quelles actions l'autorité hongroise de protection des données pouvait engager dans le cas où le droit national hongrois n'aurait pas été applicable au traitement **(CJUE, aff. C-230/14, *op. cit.*)**. En pareil cas, l'autorité de contrôle saisie d'une plainte « *peut exercer ses pouvoirs d'investigation indépendamment du droit applicable (...). Cependant, si elle parvient à la conclusion que le droit d'un autre État membre est applicable, elle ne saurait imposer des sanctions en dehors du territoire de l'État membre dont elle relève* » (point 57). Dans ce cas, elle doit saisir l'autorité de contrôle de l'Etat membre dont le droit national s'applique pour que cette autorité constate l'infraction, et impose des sanctions.

2015, un an de droit de la régulation des données à caractère personnel

II. Les conditions de régularité des traitements

A. Consentement

1. Consentement à la prospection commerciale

Acceptation de conditions générales et prospection commerciale. – Statuant sur une mise en demeure de la CNIL à l'encontre d'une société proposant des logiciels gratuits en ligne dont l'acceptation par l'utilisateur entrainait l'envoi de publicités récurrentes, le Conseil d'Etat a jugé que l'acceptation des conditions générales ne saurait se confondre avec le consentement spécifique exigé en matière de prospection commerciale **(CE, 10e et 9e SSR, 11 Mars 2015, n° 368624, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : Comm. com. électr. 2015, comm. 46, A. Debet ; AJDA 2015, p. 1112, concl. Aurélie Bretonneau)**. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé que même si les conditions générales d'utilisation étaient claires et explicites, « *le consentement donné à ces dernières pour l'ensemble des finalités d'un traitement, dont l'usage des données personnelles de l'utilisateur, ne saurait être regardé comme valant consentement spécifique, au sens et pour l'application de l'article L. 34-5 précité* » (cons. 4).

Réception de newsletters et prospection commerciale. – Tandis que l'arrêt du 11 mars 2015 du Conseil d'Etat concernait le consentement donné aux conditions générales d'utilisation, la délibération de la CNIL du 1er juin 2015 concerne le consentement d'une personne physique à l'utilisation de ses coordonnées à des fins de prospection directe par des moyens automatisés. La CNIL a estimé que si une lettre d'information a un contenu informatif et promotionnel (et ce même à titre accessoire), alors cette lettre relève du régime de la prospection directe de l'article L. 34-5 CPCE. Dès lors, il faut donner les moyens à la personne de manifester le consentement spécifique requis par cet article **(CNIL, formation restreinte, Délib. n° 2015-155, 1er juin 2015, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Prisma Media : Comm. com. électr., comm. 62, obs. A. Debet)**. En l'occurrence, la CNIL a estimé qu'un consentement donné par le biais d'une case à cocher avec la mention « oui, je souhaite recevoir des newsletters du groupe Prisma media » n'est pas satisfaisant au sens de l'article L. 34-5. Elle a donc mis en demeure la société de faire apparaître une liste générale exhaustive des informations auxquelles l'internaute souscrivait lorsqu'il cochait cette case.

Opposition au démarchage téléphonique. – Le décret n°2015-556 du 19 mai 2015 relatif à la liste d'opposition au démarchage téléphonique (Comm. com. électr. 2015, comm. 63, obs. A. Debet) définit les modalités de la nouvelle protection offerte par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 ayant créé l'article L. 121-34 du Code de la consommation, et donnant le droit à tout consommateur qui ne souhaite pas faire l'objet de prospection commerciale par voie téléphonique de s'inscrire gratuitement sur une liste d'opposition au démarchage téléphonique. Ce décret vient notamment préciser que l'inscription

sur la liste sera valable pour une période de 3 ans renouvelable, avec la possibilité pour le consommateur de se désinscrire s'il le souhaite **(C. consom., art. R. 121-7-2 nouveau)**. D'autre part, les professionnels qui ont recours au démarchage téléphonique auront désormais l'obligation de saisir cet organisme de leurs fichiers de prospection commerciale afin qu'il en supprime les numéros de téléphone enregistrés sur la liste d'opposition **(C. consom., art. R. 121-7-5 nouveau)**.

2. Consentement à la collecte de données sensibles

Données sensibles et consentement spécifique. – A la suite de huit mises en demeure adressées à des sites de rencontres pour de multiples manquements à la loi informatique et libertés, la CNIL a publié un communiqué pour rappeler que la collecte des données sensibles définit à l'article 8 de la loi exige un consentement exprès des personnes concernées **(CNIL, communiqué, 28 Juillet 2015, Données traitées par les sites de rencontre : 8 mises en demeure : Comm. com. électr. 2015, comm. 93, obs. A. Debet)**. La CNIL a estimé que le consentement exprès pouvait être recueilli par ces sites de rencontre au moyen d'une simple case à cocher, à la condition qu'elle soit accompagnée d'un descriptif comportant les informations sur l'usage de ces données. L'autorité de protection des données a fourni un modèle de case à cocher dans son communiqué.

Santé publique et exception au consentement. – La Cour de cassation a confirmé qu'il pouvait être fait exception à l'exigence du consentement des personnes à la conservation des données sur leur orientation sexuelle, dans le cas spécifique du don de sang (**Cass. crim, 8 juill. 2015, n°13-86267, Publié au bulletin : RLDI 2015, comm. 3842, obs. J. de Romanet)**. En l'espèce, plusieurs établissements de santé parisiens avaient refusé le don de sang d'une personne en raison de son homosexualité, dont ils avaient connaissance grâce à un fichier sur l'orientation sexuelle des donneurs. Par cet arrêt, la Cour de cassation a pris en compte la réponse du Conseil constitutionnel à la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était adressée relative à l'article 226-19 du Code pénal, qui prévoit jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 300 000€ d'amende le fait de conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel relatives à l'identité sexuelle sans le consentement expresse de l'intéressé, en dehors des cas prévus par la loi. Le Conseil avait jugé que l'article 8, II de la loi informatique et libertés relatif aux « *traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé* » constituait une telle exception (Cons. const., 14 sept. 2014, QPC n° 2014-412). Suivant la décision du Conseil, la Cour a estimé que « *l'exception à l'exigence d'un consentement de la personne à l'enregistrement et à la conservation de données personnelles relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle, qui découle des dispositions combinées des articles 226-19 du code pénal et 8 de la loi du 6 janvier 1978, constitue une mesure légitime, nécessaire à la protection de la santé* ».

2015, un an de droit de la régulation des données à caractère personnel

B. Durée de conservation des données

Durée de conservation des empreintes digitales. – Dans un arrêt de novembre 2015, le Conseil d'Etat a répondu à une question ancienne relative à un vide juridique. La durée de conservation des empreintes digitales n'était pas définie par le décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité. La haute juridiction administrative a ainsi jugé que « *faute de dispositions expresses la régissant, la durée de conservation des empreintes digitales relevées sur le fondement de l'article 5 du décret du 22 octobre 1955 est illimitée ; qu'une telle durée de conservation ne peut être regardée comme nécessaire aux finalités du fichier* » **(CE, 10e et 9e SSR, 18 nov. 2015, n° 372111, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : AJDA 2015, p. 2239, chron. D. Poupeau)**. En conséquence, le Conseil d'Etat a enjoint le premier ministre de mettre l'article 5 du décret n°55-1397 en conformité avec l'article 6 de la loi informatique et libertés.

Durée de conservation des données de connexion par les FAI. – A la suite d'un recours d'un éditeur de presse qui tentait d'obtenir auprès de FAI les informations liées aux adresses IP d'un internaute qui mettait gratuitement en ligne des numéros de sa revue, la Cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Tribunal de première instance en jugeant que « *les operateurs de communications électroniques sont astreints à une obligation légale d'effacement immédiat des données relatives aux connexions Internet, laquelle ne souffre que d'une seule exception leur permettant de différer d'une année à compter de la date de leur enregistrement ces opérations d'effacement et à condition que les données soit communiquées sur injonction d'une autorité judiciaire* » **(CA Paris, 3e ch., 15 déc. 2015, *ETAI c/SFR, Manche Telecom*, <www.legalis.net> : RLDI 2015, comm. 3906)**.

III. Les droits des personnes

A. Protection des données et protection des droits de propriété intellectuelle

Limite au droit au respect des données personnelles du contrefacteur. – Dans le cadre d'un litige opposant un titulaire de droits de propriété intellectuelle victime de contrefaçon et un contrefacteur cherchant à protéger son identité en vertu du secret bancaire, la CJUE a requalifié ce conflit en conflit de droits fondamentaux entre le droit à l'information du titulaire de droits de propriété intellectuelle et le droit de toute personne à la protection de ses données à caractère personnel **(CJUE, 4e ch., 16 juill. 2015, aff. C-580/13, *Coty Germany GmbH c/ Stadtsparkasse Magdeburg* : RLDI 2015, comm. 3807, obs. G. Busseuil ; Europe 2015, comm. 389, obs. L. Idot)**. La Cour a jugé que l'objectif de protection des données personnelles d'un contrefacteur, prévu à l'article 8, paragraphe 3, sous e) de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, n'autorise pas un établissement de crédit à exciper du secret bancaire afin d'écarter le droit à l'information d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle (prévu par la même directive) souhaitant obtenir le

nom et l'adresse d'un titulaire de compte contrefacteur.

B. Droit d'opposition

Exigence d'effectivité et de gratuité du droit d'opposition. – Le Conseil d'Etat a estimé que le droit d'opposition des personnes à ce que leurs données à caractère personnel fasse l'objet d'un traitement n'était pas respecté dans le cas où il n'est possible de s'opposer à un démarchage commercial qu'en envoyant un SMS ou en appelant un numéro payant **(CE, 10e et 9e SSR, 23 mars 2015, n° 357556, *Groupe DSE c/ CNIL*, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : RLDI 2015, comm. 3776, J. de Romanet)**. C'est pourquoi le juge administratif a considéré que « *la CNIL a pu estimer, à bon droit, que le droit d'opposition ne respectait pas les exigences de gratuité et d'effectivité fixées par l'article 38 de la loi du 6 janvier 1978* » (considérant 14).

Limite au droit d'opposition. – Le fait qu'une personne ait obtenu un non-lieu dans une affaire de viol ne permet pas d'obtenir, sur le fondement du droit d'opposition institué par l'article 38 de la loi informatique et libertés, l'effacement d'un article de presse relatant cette affaire antérieurement au jugement, dès lors que « *le traitement de données litigieuses est manifestement nécessaire à la réalisation d'un intérêt légitime de l'éditeur de l'organe de presse et {*qu'*}aucun abus à la liberté de la presse telle que réglementée par la loi du 29 Juillet 1881 qui en fixe les limites n'est établi* » **(TGI de Paris, ord. Réf., 23 Mars 2015, *P. c/ 20 Minutes Frances*, <www.legalis.net> : Comm. com. électr. 2015, comm. 45, obs. A. Debet ; RLDI 2015, comm. 3723, obs. L. Costes).**

Bases de données de jurisprudence non totalement anonymisées. – Le responsable de la mise en ligne d'une base de jurisprudence non anonymisée a l'obligation de respecter l'exercice du droit d'opposition des personnes concernées **(CE, 10e et 9e SSR, 23 mars 2015, n° 353717, *Assoc. Lexeek pour l'accès au droit c/ CNIL*, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : Comm. com. électr. 2015, comm. 52, A. Debet ; RLDI 2015, comm. 3777, obs. J. de Romanet)**. Par ailleurs, le Conseil d'Etat précise que, dans le cas où il est impossible pour les demandeurs de contacter les gestionnaires du site en raison du fait qu'aucune adresse postale n'y est mentionnée, la CNIL peut fonder ses décisions sur des plaintes de particuliers invoquant la méconnaissance de leur droit d'opposition sans avoir à vérifier les conditions de l'article 92 du Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, selon lequel les demandes mettant en œuvre le droit d'opposition des articles 38 à 40 de la loi informatique et libertés doivent en principe être présentées par écrit au responsable du traitement (considérant 11).

C. Droit à l'oubli et au déréférencement

1. Pratique actuelle de la CNIL

Portée du droit au déréférencement et extensions des moteurs de recherche. – L'arrêt Google Spain (CJUE, C-131/12, op. cit.) a notamment laissé ouverte la question de la portée du droit au déréférencement, et la CNIL, saisie de plusieurs demandes de déréférencement auxquelles Google n'avait pas donné suite, a clairement pris position sur ce sujet en mettant en demeure la société américaine d'étendre les déréférencements à l'extension .com, et non aux seules extensions européennes comme .fr ou .uk **(CNIL, Déc. n° 2015-047, 21 mai 2015, mettant en demeure la société Google Inc ; CNIL, Délib. n° 2015-170, 8 juin 2015, décidant de rendre publique la mise en demeure n° 2015-047 du 21 mai 2015 prise à l'encontre de la société Google Inc. : Comm. com. électr. 2015, comm. 61, obs. A. Debet)**.

2. Réformes en matière de droit à l'oubli et au déréférencement

Droit à l'oubli dans le projet de règlement européen. – Le projet de règlement européen, dans sa rédaction telle qu'elle résulte du trilogue du 15 décembre 2015, prévoit un article 17 intitulé « *Right to erasure (« Right to be forgotten »)* » que l'on peut traduire par droit à l'oubli numérique. Il s'agit du droit pour toute personne à demander à l'autorité de contrôle nationale la suppression de données à caractère personnel la concernant. L'article 17 prévoit néanmoins six conditions non cumulatives à l'exercice de ce droit **(RLDI 2015, comm. 3891, obs. R. Gola)**.

Droit à l'oubli dans le projet de loi pour une République numérique. – Parallèlement au projet de règlement européen, le gouvernement Français a présenté un **projet de loi pour une République numérique (EINI1524250L)** le 26 septembre 2015, que l'Assemblée nationale a voté en première lecture le 26 janvier 2016. Ce texte prévoit un droit à l'effacement des données à caractère personnel pour les personnes mineures au moment de la collecte de ces données **(article 32, 2°, II).** Dans son avis du 3 décembre 2015 sur le projet de loi **(CE, avis, 3 déc. 2015, Projet de loi pour une République numérique, n°390741)**, le Conseil d'Etat qualifiait cette disposition de « *transposition anticipée, partielle et approximative* » du projet de règlement européen (point 40).

D. Réformes du droit des données personnelles et droit des personnes

1. Droit à la portabilité

Droit à la portabilité dans le projet de règlement européen. – **L'Article 18 du projet de règlement européen** prévoit un droit à la portabilité des données *(« Right to data portability »)*. Cet article dispose que « *The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her (…) and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the data have been provided* ».

Droit à la portabilité dans le projet de loi pour une République numérique. – Comme en matière de droit à l'oubli numérique, le projet de loi pour une République numérique contient une disposition relative au droit à la portabilité des données en parallèle du projet de règlement européen **(article 21 du projet de loi pour une République numérique)**. Elle diffère également en partie de celui-ci, tant du

point de vue de son objet, l'article 21, I, 1° usant du terme très général de « données » du consommateur quand le projet de règlement européen vise spécifiquement les données à caractère personnel, que du point de vue des dérogations et exceptions à ce droit que l'article 21, I, Sous-section 2, 2° prévoit **(RLDI 2016, comm. 3911, obs. L. Maisnier-Boché et N. Botchorichvili)**.

2. Droit d'organiser sa mort numérique

Droit à l'organisation de sa mort numérique. – L'Article 32, 4°, II du projet de loi pour une République numérique prévoit un droit à l'organisation de sa mort numérique : « *Toute personne peut définir des directives relatives à la conservation et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès* ». En l'absence de telles directives, les héritiers peuvent exercer les droits du défunt sur ses données à caractère personnel **(RLDI 2016, comm. 3911, obs. L. Maisnier-Boché et N. Botchorichvili)**, mécanisme à propos duquel la CNIL a émis des réserves **(Cnil, délib. n° 2015-414, 19 nov. 2015)**.

IV. Les transferts de données à caractère personnel

A. Transferts de données entre entreprises américaines et européennes

Invalidation du programme *Safe Harbor*. – Par un arrêt du 6 octobre 2015, la CJUE a invalidé la décision 520/2000/CE de la Commission européenne relative au programme Safe Harbor **(CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, aff. C-362/14, *Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner* : Europe 2015, comm. n°468, obs. Denys Simon ; Comm. com. électr. 2015, étude 21, R. Perray et J. Uzan-Naulin ; *idem*, comm. 94, A. Debet ; RLDI 2015, comm. 3845, obs. E. Derieux ; *idem*, comm. 3867, obs. Y. Padova)**. Ce faisant, la CJUE a rendu un troisième arrêt majeur en moins d'un an pour le droit des données à caractère personnel, après les arrêts Google Spain (CJUE, aff. C-131/12, op. cit.) et Digital Rights (CJUE, 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd : E. Wery, Données de connexion : la directive est déclarée illégale par la Cour de justice, 8 avr. 2014 : www.droit-technologies.org ; Gaz. Pal. 17 avr. 2014, n° 107, obs. C. Kleitz ; RDLI 2014, n° 104, n° 3426, note E. Derieux et n° 3464, obs. L. Costes ; AJDA 2014, p. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère). La Cour a considéré que le programme américain PRISM permettait un accès trop important des autorités américaines aux données à caractère personnel des Européens (points 22 et 127), et que le programme *Safe Harbor* n'offrait pas une protection adéquate des droits fondamentaux figurants aux articles 7, 8 et 47 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (points 66, 91 et 127). L'arrêt de la CJUE a pour conséquence de rendre illégal les transferts de données à caractère personnel vers les Etats-Unis sur le fondement de ce dispositif, mais il n'empêche pas de recourir aux autres instruments juridiques prévus par l'article 69 de la loi informatique et libertés, à commencer par le consentement exprès des personnes concernées.

2015, un an de droit de la régulation des données à caractère personnel

Rôle de la Commission européenne en matière de transfert de données. – Dans le cadre de l'arrêt Schrems **(CJUE, aff. C-362/14, *op. cit.*)**, la CJUE a précisé le rôle de la Commission quant au contrôle du « *niveau de protection adéquat* » des données à caractère personnel offert par la législation d'un Etat tiers que celle-ci est tenue d'effectuer en vertu de l'article 25 de la directive 95/46/CE (points 73 à 78). En l'occurrence, « *il ne saurait être exigé qu'un pays tiers assure un niveau de protection identique à celui garanti dans l'ordre juridique de l'Union. Toutefois, (...) l'expression «niveau de protection adéquat» doit être comprise comme exigeant que ce pays tiers assure effectivement, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection des libertés et droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union en vertu de la directive 95/46, lue à la lumière de la Charte* » (point 73). Ainsi, la Commission ne doit pas limiter son contrôle au contenu des règles, mais apprécier « *la pratique visant à assurer le respect de ces règles* » (point 75), et ce « *de manière périodique » dès lors que « des indices font naître un doute à cet égard* » (point 76).

Rôle des autorités nationales de contrôle en matière de transfert de données. – La CJUE a enfin profité de l'arrêt Schrems **(CJUE, aff. C-362/14, *op. cit.*)** pour rappeler le rôle des autorités nationales de contrôle. En réponse à la question préjudicielle de la *High court of Ireland*, la CJUE a confirmé qu'une décision de la Commission a bien un caractère contraignant pour les autorités nationales de contrôle (point 51), et qu'elle seule est compétente pour invalider une telle décision (point 52). Les autorités nationales de contrôle, quant à elles, se voient investies « *de la compétence de vérifier si un transfert de données à caractère personnel depuis l'État membre dont elle relève vers un pays tiers respecte les exigences posées par la directive 95/46* » (point 47). En vertu de cette compétence, le fait que la législation d'un Etat tiers ait fait l'objet d'une décision de la Commission constatant un niveau de protection adéquat « *ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre (...) examine la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat* » (point 66). Dans un tel cas, si l'autorité nationale de contrôle estime que les griefs de la personne l'ayant saisie sont fondés, alors celle-ci doit pouvoir ester en justice (point 65).

B. Négociation des accords internationaux relatifs aux transferts de données

« Umbrella agreement ». – Depuis le 3 décembre 2010, la Commission européenne dispose d'un mandat attribué par le Conseil **(IP/10/1661)** pour négocier un accord-cadre sur les principes à respecter dans l'utilisation des données pour la lutte contre le terrorisme ou la criminalité (appelé « *Umbrella agreement* »). Les négociations ont officiellement commencé le 29 mars

2011 **(MEMO/11/203)**, et un premier accord a finalement été atteint lors des 8 et 9 septembre 2015 **(European Commission – Fact Sheet, « Questions and Answers on the EU-US data protection «Umbrella agreement», 8 sept. 2015)**. Le texte de cet accord n'était pas censé être connu, mais il a été divulgué sur internet, et commenté en détails par le professeur Douwe Korff, professeur émérite danois à l'Université métropolitaine de Londres (<http://free-group.eu/2015/10/14/eu-us-umbrella-data-protection-agreement-detailed-analysis-by-douwe-korff/>). En substance, il est relevé que si ce texte fait place à des principes traditionnels du droit européen comme celui de non discrimination à son article 4, et même à des principes modernes de protection des données personnelles comme celui d'accountability à son article 14, deux problèmes majeurs demeurent. D'une part, le texte tel qu'il a été dévoilé permettrait un accès trop large des autorités américaines aux données à caractère personnel pour que soient respectés plusieurs des droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux. D'autre part, il existerait toujours une asymétrie de droits entre ressortissants Européens et Américains, notamment en ce qui concerne les possibilités de recours devant les juridictions américaines.

V. Les réformes du droit des données à caractère personnel

A. Obligations des responsables de traitement de données

Obligation générale de responsabilité renforcée (« *accountability* »). – **L'article 22 du projet de règlement européen (RLDI 2015, comm. 3891, obs. R. Gola)** pose le principe d'accountability. Il s'agit d'une obligation renforcée du responsable du traitement de mise en conformité permanente, le but étant de diminuer les formalités de déclaration. Cette obligation du responsable de traitement consiste à adopter toutes les mesures nécessaires pour s'assurer en continu du respect du droit des données à caractère personnel, et surtout à être en capacité de le démontrer à tout instant à l'autorité de contrôle nationale : « *the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and be able to demonstrate that the processing of personal data is performed in compliance with this Regulation. These measures shall be reviewed and updated where necessary* ».

Obligation générale de respect de la vie privée dès la conception d'un projet (« *privacy by design* »). – **L'article 23 du projet de règlement européen (RLDI 2015, comm. 3891, obs. R. Gola)** pose le principe de privacy by design. Complémentaire à celui d'accountability, il vise à assurer *ex ante* la conformité des traitements de données à caractère personnel avec les droits et obligations prévus par le projet de règlement, au stade même de la conception des traitements, ainsi que lors de leur réalisation: « *the controller shall, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organisational measures (...)* ».

Extension de l'obligation de notifier une violation de données à caractère personnel. – **L'article 31 du projet de règlement européen** introduit une obligation générale pour tout responsable de traitement de données à caractère personnel de notifier à l'autorité nationale de contrôle une violation de données à caractère personnel, dans le cas où il est probable que cette violation entraine un risque pour les droits et libertés des personnes concernées. Pour le moment, une telle obligation n'existe que pour les FAI, en vertu de l'article 2 de la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009. **L'article 32 du projet de règlement européen** prévoit que le responsable du traitement doit également notifier une telle violation à la personne concernée.

Extension de l'obligation de notifier des failles de sécurité des intrusions dans les systèmes d'information. – Le 7 décembre 2015, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne sont parvenus à un accord politique en première lecture sur la **proposition de directive concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé de sécurité des réseaux et de l'information dans l'Union (2013/0027 (COD)**. La Commission propose que les entreprises du numérique aient l'obligation de communiquer le fait qu'elles ont subi des intrusions dans leur système d'information.

B. Pouvoirs des autorités nationales de contrôle

1. Apport majeur du projet de règlement européen

Révolution des pouvoirs de sanction. – Actuellement limitées à 300 000€ en cas de récidive, les amendes que peut infliger la CNIL pourraient augmenter de beaucoup, **l'article 79 du projet de règlement européen** prévoyant que les autorités de contrôle nationales puissent infliger des amendes administrative allant jusqu'à 10 000 000€ ou 2% du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise dans une première liste de cas, ou bien jusqu'à 20 000 000€ ou 4% du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise dans une seconde liste de cas.

2. Apports du projet de loi pour une République numérique à la CNIL

Association plus étroite de la CNIL au processus législatif. – **L'article 29 du projet de loi pour une République numérique** prévoit que la CNIL soit saisie pour tout projet de loi ou décret comportant des dispositions relatives aux données personnelles. Son rôle de conseil du gouvernement serait ainsi plus large, l'actuel article 11-4 de la loi informatique et libertés modifié par l'article 104 de la loi n°2009-526 disposant que la CNIL est consultée pour les projets de loi ou de décret « *relatifs à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés* ».

Rapprochement de la Cada. – L'éventualité originelle d'une fusion entre la Cada et la CNIL n'a pas été retenue, et le projet de loi pour une République numérique retient finalement des hypothèses de coopération plus restreintes. Il est ainsi prévu que les présidents des deux institutions siègent respectivement dans l'une et l'autre commission **(articles 13 et 15)**, et que les deux commissions puissent se réunir en un collège unique sur les sujets d'intérêt commun à l'initiative de leurs présidents (article 14).

2015, un an de droit de la régulation des données à caractère personnel

Droit de la régulation de l'énergie

Par Astrid PAPET

Licence en Droit et sciences politiques à l'Université de Bordeaux
Etudiante du Master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe

L'année 2015 a été marquée, sur le plan européen, par l'affaire « République de Pologne » du 10 septembre, par laquelle la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) consacre les conditions de l'intervention de l'État dans la fixation des tarifs énergétiques dégagées dans sa jurisprudence de 2010 « Federutility ». Sur le plan interne, l'année 2015 a été marquée par l'adoption de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 pour la transition énergétique et la croissance verte (ci-après LTECV). Cette loi apporte un certain nombre de nouveautés : de la réforme des modes de soutien aux énergies renouvelables au renforcement de la possibilité d'intervention publique dans le secteur de l'énergie, la LTECV a fait de l'efficacité énergétique l'une de ses priorités. Puis, l'année 2015 s'est également caractérisée par d'importants apports en matière de distribution et gestion des réseaux d'énergie, ainsi que par les premières suites de la réforme des tarifs règlementés menée en 2014.

I. La Loi pour la transition énergétique et la croissance verte

A. Réforme des outils de soutien économique aux énergies renouvelables

Complément de rémunération. – Introduit par **l'article 104 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015** (JORF 18 août 2015) et prévu aux **articles 314-18 et suivants du Code de l'énergie**, le complément de rémunération vise l'intégration des énergies renouvelables (ci-après EnR) au marché, en assurant la vente de cette électricité renouvelable sur le marché et en octroyant aux producteurs une prime *ex post* proportionnelle à l'électricité produite, et calculée comme la différence entre un tarif de référence et un prix de marché de référence. Ce nouveau dispositif doit répondre aux critiques formulées à l'égard de l'obligation d'achat avec tarif garanti (qualifiée d'aide d'État pour le secteur éolien par le Conseil d'État dans un arrêt « Vent de colère ! » du 28 mai 2014, n°324852). Ce dispositif de soutien à la production d'EnR était en vigueur depuis l'adoption de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

B. Renforcement des possibilités d'intervention publique

Evolution des modalités de l'investissement public au niveau local. – Cette évolution est visible à deux niveaux. D'abord, **l'article 109 de la LTECV** élargit l'investissement participatif des collectivités locales au capital de sociétés de production d'EnR, en étendant cette possibilité aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées dont l'objet social est la production d'EnR. Jusqu'à présent, seules les sociétés d'économie mixte locales et les sociétés coopératives d'intérêt collectif étaient concernées par cette possibilité **(CGCT, art. L. 2253-1 modifié, art. L. 3231-6 modifié, art. L. 4211-11 modifié et C. énergie, art. L. 314-27-I nouveau)**. L'article 110 de cette même loi reconnaît également la possibilité, pour les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, de créer ou d'entrer au capital de sociétés commerciales dont l'objet social est la production de gaz ou d'électricité et non plus seulement des entreprises de production d'EnR **(C. Energie, art. L. 334-2 nouveau)**. Puis, la LTECV reconnaît la possibilité d'une participation publique au capital de sociétés d'économie mixte (ci-après SEM) hydroélectriques **(art. L. 528-18 à L. 521-10 et L. 524-1 C. énergie ; art. L. 551-1 CJA)**. Cette possibilité de participation publique au capital de SEM hydroélectriques intervient dans un contexte particulier, puisque se pose actuellement la question du renouvellement des concessions hydroélectriques **(Energie – Environnement – Infrastructures 2015, dossier 8, obs. B. Le-Baut-Ferrarese)**.

Renforcement du contrôle de l'État sur les investissements de production d'EDF. – Ce renforcement vise à soumettre l'entreprise EDF à une tutelle de l'État, en lui imposant d'élaborer un plan stratégique devant nécessairement être compatible avec la programmation pluriannuelle de l'énergie, et en donnant au commissaire du gouvernement placé auprès de son conseil d'administration un pouvoir d'opposition en cas de non respect de cette programmation. Cette nouveauté apparaît avec **l'article 187 de la LTECV, qui introduit l'article L. 311-5-7 du Code de l'énergie.**

II. Le raccordement, le transport et la distribution d'énergie

A. Travaux des réseaux d'énergie

Redevance pour occupation provisoire du domaine public. – Un décret du 25 mars 2015 fixe le régime des redevances pour l'occupation provisoire du domaine public des communes et départements par les chantiers de travaux sur les ouvrages des réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz, et détermine les modalités de fixation du montant de cette redevance, qui doit être proportionnelle à la longueur des canalisations implantées sur le territoire de la collectivité **(décret n°2015-334 du 25 mars 2015 fixant le régime des redevances dues aux communes et aux départements pour l'occupation provisoire de leur domaine public par les chantiers de travaux sur des ouvrages des réseaux de transport et de distribution d'électricité et de gaz, JORF 27 mars 2015).**

Compétence judiciaire pour les travaux effectués par ERDF. - Tirant les conséquences du statut de société anonyme (ci-après SA) de ERDF, la Cour administrative d'appel de Marseille a affirmé la compétence judiciaire pour connaître des litiges relatifs aux travaux effectués pour la société ERDF.

En effet, en application de l'article 15 de la directive 2003/54/CE, transposé par la loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, la société ERDF, filiale de la société EDF, a été créée au 1er janvier 2008 sous la forme d'une SA afin d'assurer la gestion des réseaux publics de distribution d'électricité dans sa zone de desserte exclusive. En conséquence, c'est bien pour le compte d'une entreprise privée qu'étaient réalisés les travaux en cause dans l'affaire. La Cour précise que le fait que ces travaux portent sur un ouvrage public est classiquement jugé indifférent pour leur qualification, tel qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État du 11 mai 1962, Dame Ymain et du 30 mars 1987, Sté civile pour l'équipement du Littoral de Saint-Cyprien **(CAA Marseille, 9 avril 2015, Landry, n°13MA03565 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. 69, obs. J.-S. Boda)**.

Juge des référés « mesures utiles » et sécurisation des travaux d'électrification. – La Haute juridiction administrative a précisé que le juge des référés « mesures utiles » (art. L.521-3 CJA) est compétent pour enjoindre les mesures nécessaires à la sécurisation des travaux d'électrification ou des ouvrages de réseaux publics. En revanche, dès lors que l'Administration a déclaré d'utilité publique le tracé d'une ligne, il n'est pas possible de prescrire le déplacement de celle-ci **(CE, 7 oct. 2015, Courrèges, n° 391347 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. 91, obs. J.-S. Boda)**.

B. Raccordement au réseau d'électricité

Faute du gestionnaire dans le secteur photovoltaïque. – Dans un arrêt du 9 juin 2015, la Cour de Cassation a reconnu la faute du gestionnaire de réseau ERDF pour le non-respect du délai de 3 mois de traitement des demandes de raccordement au réseau d'un producteur d'énergie photovoltaïque. Cette décision est d'autant plus attendue que les producteurs d'énergie photovoltaïque pouvaient se voir retirer le bénéfice de l'obligation d'achat en raison de la carence d'ERDF depuis le moratoire issu du décret n°2010-1510 du 9 décembre 2010 **(Cass. com., 9 juin 2015, Stés ERDF et Axa, n° 14-15.074, n° 14-15.123, n° 14-15.592, Publié au bulletin : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°78, obs. M. Guerin)**.

Compétence de la CRE pour les conditions de raccordement. – Dans un arrêt du 9 octobre 2015, le Conseil d'État a consacré la compétence de la CRE pour définir le délai dans lequel le gestionnaire de réseau doit répondre à une demande de raccordement, ainsi que les règles concernant les conditions de raccordement indirect des installations de production au réseau public de distribution d'électricité (**CE, 9e/10e SS, 9 oct. 2015, Union nationale des entreprises d'électricité et de gaz, n° 370057 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°89, obs. J.-S. Boda ; Concurrences n°1-2016, p. 185, obs. F. Martucci)**.

2015, un an de droit de la régulation de l'énergie

Transfert unilatéral au réseau. – Dans un arrêt du 17 février 2015, le Tribunal administratif d'Amiens apporte une contribution décisive aux questionnements relatifs au statut des colonnes montantes électriques, en reconnaissant la légalité, pour les propriétaires d'immeubles concernés, du transfert unilatéral au réseau des colonnes montantes électriques qui y figurent. Ce transfert unilatéral ne requiert aucune condition de fonds, et a pour effet l'intégration de ces colonnes montantes au réseau public de distribution d'électricité, et donc, au régime de la concession **(TA Amiens, 17 février 2015, ERDF, n°1301146 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°38, obs. J.-S. Boda)**.

Raccordement indirect. - Après avoir souligné qu'aucun texte n'impose de raccordement direct au réseau public de distribution, le CoRDiS a énoncé qu'il n'existait aucun obstacle juridique au raccordement indirect d'une installation de consommation au réseau public de distribution. Ce faisant, la décision du CoRDiS pose la question de l'existence des réseaux privés ou des réseaux fermés, et par extension, celle de la délimitation des réseaux publics de distribution d'électricité. Pour rappel, la notion de « réseaux fermés », prévue à l'article 28 de la directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE mais non transposée en droit interne, n'est, pour l'heure, consacrée par aucun texte de droit positif **(Décision du CoRDIS du 6 mai 2015, Sté Valsophia c/ ERDF, JORF 19 juill. 2015, texte n°49)**.

C. Sécurité de l'approvisionnement

Mécanisme de capacité. - Pris en application de l'article 2 du décret n°2012-1405 du 14 décembre 2012 relatif à la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité et portant création d'un mécanisme d'obligation de capacité dans le secteur de l'électricité, ce mécanisme doit garantir la sécurité de l'approvisionnement, en particulier lors de pics de consommation. Ce dispositif prévoit par ailleurs une rémunération complémentaire pour la mise en service de capacités d'effacement ou de production supplémentaires lorsque nécessaire **(Arrêté du 22 janvier 2015 définissant les règles du mécanisme de capacité et pris en application de l'article 2 du décret n°2012-1405 du 14 décembre 2012 relatif à la contribution des fournisseurs à la sécurité d'approvisionnement en électricité et portant création d'un mécanisme d'obligation de capacité dans le secteur de l'électricité)**. Il importe de relever que la Commission européenne a ouvert une enquête approfondie le 13 novembre 2015 contre la France, en application de l'article 108, paragraphe 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), portant sur le mécanisme de capacité (décision SA.39621). Cette enquête fait suite à l'ouverture par la Commission le 29 avril 2015 d'une enquête sectorielle sur les mécanismes de capacité dans l'électricité dans onze États-membres, dont la France. La Commission considère que le mécanisme de capacité constitue une aide au sens de l'article 107 du TFUE. Cette aide serait par ailleurs illégale selon la Commission, car elle ne lui aurait pas été

notifiée par les autorités françaises, pas plus qu'autorisée avant sa mise en œuvre. En conséquence, la Commission invite les autorités françaises à présenter leurs observations et leur rappelle par là même l'effet suspensif de l'article 108, paragraphe 3 du TFUE **(Concurrences n°1-2016, p. 190, obs. L. Binet)**.

Prime de disponibilité. – Dans un arrêt du 16 avril 2015, le Conseil d'État a partiellement annulé l'arrêté du 19 décembre 2013 rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW et ayant bénéficié d'un contrat d'obligation d'achat. Désormais, la conclusion préalable d'un contrat d'obligation d'achat n'est plus nécessaire pour bénéficier d'un contrat rémunérant la disponibilité annuelle de la capacité de production d'une installation de cogénération **(CE, 9e SSJS, 16 avril 2015, n°375784).** Par ailleurs, **un arrêté du 1er juillet 2015** fixe les conditions d'octroi de la prime de disponibilité pour les installations de cogénération supérieures à 12 MW. Il y est notamment indiqué que le contrat est conclu entre les installations de cogénération et l'entreprise EDF, et qu'une même installation ne peut bénéficier simultanément d'un contrat au titre du présent arrêté et d'un contrat d'achat au titre des dispositions prévues aux articles L. 121-27, L. 311-12 ou L. 314-1 du Code de l'énergie **(Arrêté du 1er juillet 2015 pris en application de l'article L. 314-1-1 du Code de l'énergie relatif à la prime rémunérant la disponibilité des installations de cogénération supérieures à 12 MW)**.

Interconnexion des réseaux électriques européens. - Par sa délibération du 26 mars 2015, la CRE a approuvé le projet de couplage des marchés par les flux, ce qui devrait permettre une meilleure intégration des marchés de l'électricité du Centre-Ouest de l'Europe (comprenant la France, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas), par une meilleure allocation des échanges et un calcul plus performant de la capacité maximale d'interconnexion. Dans le système existant avant l'approbation de ce projet, les gestionnaires définissaient *a priori* une répartition fixe des marges du réseau entre les différentes frontières de l'État. Cette approche ne permettait pas une utilisation efficiente des marges, dans la mesure où les marges réservées à un échange sur une frontière à un moment donné et qui n'étaient pas utilisées, ne pouvaient être affectées à une autre frontière au même moment **(CRE, Délib. 26 mars 2015 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°58, obs. A. Fourmon)**. Notons également que la Commission européenne a lancé sur ce sujet le premier appel à propositions dans le cadre du mécanisme pour l'interconnexion en Europe (MIE) le 5 mars 2015, qui doit aider à financer de grands projets d'infrastructures énergétiques transeuropéennes. Il est prévu que cent millions d'euros soient débloqués afin de financer les projets nécessaires à l'achèvement du marché européen de l'énergie.

2015, un an de droit de la régulation de l'énergie

III. La tarification de l'énergie

A. Tarif d'achat

1. Obligation d'achat

Légalité. – Attaqué dans une affaire du 20 mai 2015, le Conseil d'État a précisé que le décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité n'a pas excédé l'habilitation donnée par la loi en réservant aux installations utilisant à titre principal l'énergie dégagée par la combustion ou l'explosion de matières non fossiles le bénéfice de l'obligation d'achat. En premier lieu, le Conseil d'État a confirmé que, pour déterminer les limites de puissance installée pouvant bénéficier de l'obligation d'achat comme la loi l'y invitait, le pouvoir réglementaire pouvait préciser les caractéristiques des installations concernées. En second lieu, le Conseil a précisé que, si le dispositif de l'obligation d'achat a pour objectif de promouvoir les énergies respectueuses de l'environnement, cela n'implique pas que ce dispositif doive s'appliquer automatiquement, ni à toute installation utilisant des EnR **(CE, 9e/10e SSR, 20 mai 2015, Pneutech, n°380726 et n°380727, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°71, obs. J.-S. Boda)**.

Non remboursement de la CSPE. – Dans un avis du 22 juillet 2015, le Conseil d'État a jugé que la contribution au service public de l'électricité (ci-après CSPE), qui finance en partie l'obligation de rachat de l'énergie éolienne à un tarif supérieur à la valeur de marché incombant à l'entreprise EDF ou aux entreprises locales de distribution (ci-après ELD) selon leur zone de desserte, ne fait pas partie intégrante de cette aide d'Etat et n'a donc pas à être remboursée à ceux qui l'ont acquittée **(CE, 22 juill. 2015, Praxair, n° 388853, JORF 29 juill. 2015 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°80, obs. P.-F. Racine)**. Cet avis fait suite à l'arrêt « Vent de colère ! » du 28 mai 2014 du Conseil d'État, par lequel la Haute juridiction a annulé l'arrêté du 17 novembre 2008, modifié par l'arrêté du 23 décembre 2008, fixant le tarif d'achat de l'électricité éolienne.

Responsabilité de l'État à l'égard du secteur photovoltaïque. – Dans un arrêt du 25 septembre, le Conseil d'État a affirmé que la suspension de l'obligation d'achat de l'électricité solaire photovoltaïque incombant à EDF ou aux ELD n'était pas susceptible d'engager la responsabilité de l'État. En effet, l'État n'a ni violé le principe général du droit de l'Union européenne de protection de la confiance légitime, ni de principe général de droit interne, contrairement à ce qui était allégué dans cette affaire. Il a par ailleurs respecté les principes de sécurité juridique, d'égalité et de liberté du commerce et de l'industrie. Cette affaire fait suite à l'arrêt Stés ERDF et Axa du 9 juin 2015 (*op. cit.*), par lequel la Cour de Cassation a reconnu la faute du gestionnaire de réseau ERDF pour le non-respect du délai de 3 mois de traitement des demandes de raccordement au réseau d'un producteur d'énergie photovoltaïque **(CE, 9e/10e SSR, 25 sept. 2015, Sté Planet Bloo, n° 376431 : Energie – Environnement – Infrastructures**

2015, comm. n°88, obs. B. Le Baut-Ferrarese ; AJDA 2016, p. 450, obs. A. Minet-Leleu).

2. Conditions d'achat

Photovoltaïque, lutte contre le fractionnement des projets. – L'arrêté du 26 juin 2015 modifiant l'arrêté du 4 mars 2011 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil vient renforcer la lutte contre le fractionnement (dans le temps ou dans l'espace) des projets photovoltaïques appartenant à un même producteur, par une multiplication des contrôles. Ce faisant, le pouvoir règlementaire cherche à éviter la multiplication des demandes de contrat d'achat d'électricité séparées, qui confèrent une rémunération plus avantageuse au producteur. Désormais, un producteur doit indiquer la somme des puissances de l'ensemble des autres installations raccordées ou en projet sur le même bâtiment ou la même parcelle cadastrale, et doit également fournir un extrait de plan cadastral mis à jour à la date de la demande.

B. Réforme des tarifs réglementés de vente

Rejet de la demande de suspension. – Dans une ordonnance de référé du 7 janvier 2015, le Conseil d'Etat a confirmé que jusqu'au 31 décembre 2015, la méthode d'empilement des coûts (soit la fixation des tarifs règlementés en tenant compte des conditions du marché) et le principe de couverture des coûts complets des opérateurs historiques doivent être appliqués de manière cumulative. Constatant que le niveau des tarifs « verts » prévus dans l'arrêté du 30 octobre 2014 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité ne respectait pas la règle du « rattrapage » d'une surévaluation ou d'une sous-évaluation des tarifs précédents, il a néanmoins refusé de suspendre l'arrêté litigieux en estimant que les risques éventuels d'une annulation contentieuse au fond ne pouvaient suffire à constituer l'urgence (L. 521-1 du Code de justice administrative), et ce malgré un doute sur la légalité de ces tarifs « verts ». Le juge a en effet rappelé que dans l'état du droit désormais applicable, les tarifs règlementés ne doivent plus nécessairement couvrir les coûts d'EDF, le décret en cause prévoyant seulement l'obligation de prise en compte des coûts d'EDF **(CE, ord. Référé, 7 janv. 2015, ANODE : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°31, obs. J.-S Boda et C. Fontaine).**

Délibérations de la CRE. – Les deux **arrêtés du 30 juillet 2015 relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux ELD et relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité**, qui font suite à la contestation de la légalité des tarifs verts issus d'un précédent arrêté du 30 octobre 2014, ont fait l'objet de délibérations de la part de la CRE. Le décret relatif aux tarifs de cession aux ELD a fait l'objet d'une délibération favorable de la CRE **(délibération du 28 juillet 2015 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux ELD, JORF 31 juill. 2015 : Concurrences n°4-2015, p. 195, obs. H. Delzangles et S. Martin)**, considérant que ces nouveaux tarifs permettent de couvrir les coûts de production de l'énergie correspondante d'EDF hors rémunération, tout en « *préservant la marge brute d'une ELD théorique qui disposerait d'une clientèle représentative de la clientèle nationale* ». A l'inverse, la CRE a émis une délibération défavorable à l'égard des tarifs réglementés « jaunes » et « verts », considérant que les hausses envisagées au 1er août 2015 étaient encore insuffisantes pour réaliser l'intégralité du rattrapage d'ici le 1er janvier 2016. Elle a par ailleurs souligné qu'il était regrettable que les tarifs « jaunes » et « verts » n'incitent pas suffisamment les consommateurs à choisir une offre de marché d'ici au 31 décembre 2015, préférable selon elle aux tarifs réglementés aux vues de la conjoncture favorable actuelle **(délibération du 28 juillet 2015 portant avis sur le projet d'arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité, JORF 31 juill. 2015 : Concurrences n°4-2015, p. 195, obs. H. Delzangles et S. Martin).**

C. Tarification de l'utilisation des réseaux et de la fourniture d'énergie

Tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel. – Par un arrêt du 25 septembre 2015, le Conseil d'État a consacré la compétence de la CRE pour moduler la structure des tarifs d'utilisation des réseaux de transport de gaz naturel, tout en affirmant que cette compétence de fixation des tarifs est soumise à encadrement du juge administratif. Le Conseil d'Etat énonce que la CRE doit notamment tenir compte des orientations de politique énergétique fixées par les ministres de l'économie et de l'énergie dans la fixation de ces tarifs, et informer régulièrement ces derniers lors de la phase d'élaboration de ces tarifs **(CE, 9e/10e SSR, 25 sept. 2015, Sté Storengy, n° 369055, Mentionné dans les tables du recueil Lebon : Energie – Environnement – Infrastructures 2016, comm. n°3, obs. J.-S. Boda).**

Intervention de l'État. – Dans une affaire rendue le 10 septembre 2015, qui fait suite à un recours en manquement introduit contre la Pologne le 24 janvier 2014 au titre de l'article 258 du TFUE, la Cour de justice a précisé sa jurisprudence en matière de tarification du prix de la fourniture d'énergie, dont les principes ont été posés dans l'arrêt de Grande Chambre « *Federutility* » en date du 20 avril 2010 (CJUE, 20 avr. 2010, aff. C-265/08). Elle y pose en conditions génériques à l'acceptabilité de l'exception tarifaire, par laquelle les États peuvent intervenir pour fixer les prix de l'énergie, et par exception au principe de concurrence, les 3 principes de démonstration suivants : un intérêt économique général au maintien de prix administrés de la fourniture, la proportionnalité des mesures mises en œuvre au regard de l'atteinte à la libre fixation des prix, ainsi que le caractère transparent, limité et non discriminatoire de ces mesures, devant garantir à l'ensemble des fournisseurs un égal accès au consommateur final. Ce faisant, la CJUE confirme que l'arrêt Federutility doit être considéré comme un arrêt de principe applicable à l'ensemble des situations se rapportant à la mise en œuvre par un État membre de politique de réglementation des prix de l'énergie, et précisant par la même occasion, le caractère exceptionnel d'une telle intervention **(CJUE, 6e ch., 10 sept. 2015, Rép. de Pologne, C-36/14 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°90, obs. R. Coin ; Europe 2015, comm. n°453, obs.**

S. Roset).

IV. L'efficacité énergétique

A. Certificats d'économie d'énergie

Conditions d'un refus par l'administration. – Dans sa décision du 12 mai 2015, la Cour d'appel de Paris a précisé que la décision de l'administration de refuser la délivrance de certificats d'économie d'énergie du fait du caractère incomplet du dossier de demande, sans pour autant informer le demandeur sur les pièces complémentaires à fournir pour l'examen de son dossier est contraire aux articles 1 et 2 du décret n°2001-492 du 6 juin 2001 pris pour l'application du chapitre II du titre II de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives (art. L.114-5 et L.114-6 CRPA). En outre, la Cour d'appel a précisé que l'omission de fixer un délai de réception de ces pièces complémentaires était contraire à la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (art. L.114-5 CRPA) **(CAA Paris, 12 mai 2015, n°13PA03478 et n°13PA03445 : Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°68, obs. A. Fourmon)**.

Certificats d'économie d'énergie de la troisième période. – Un **arrêté du 20 mars 2015 définissant les opérations standardisées d'économie d'énergie** vient compléter et modifier les précédents arrêtés relatifs au dispositif des certificats d'énergie des articles 221-1 et suivants du Code de l'énergie et du décret n°2014-1668 du 20 décembre 2014 relatif aux obligations de la troisième période du dispositif des certificats d'économie d'énergie (ci-après CEE). La révision des fiches CEE vise à les adapter au nouveau cadre juridique de la troisième période d'obligations d'économie d'énergie qui a débutée au 1er janvier 2015 (et qui se poursuit jusqu'au 31 décembre 2017), avec pour objectif d'économiser 220 TWh cumac d'énergie par an et 700 TWh pour l'ensemble de la période. Cela correspond donc quasiment à un doublement de l'ambition de la deuxième période. Cet arrêté prévoit 19 fiches révisées et une nouvelle, soit 20 fiches d'opérations standardisées supplémentaires applicables aux opérations engagées à partir du 1er janvier 2015 **(Energie – Environnement – Infrastructures 2015, comm. n°36, obs. A. Fourmon).** Puis, **un arrêté du 22 décembre 2015 modifiant l'arrêté du 22 décembre 2014 définissant les opérations standardisées d'économies d'énergie** a été publié. Enfin, un **décret n°2015-1825 du 30 décembre 2015 relatif aux certificats d'économie d'énergie** a été publié. Ce texte définit les modalités de répartition des obligations d'économies d'énergie imposées aux fournisseurs d'énergie dont les ventes annuelles sont supérieures à un certain seuil pour la troisième période d'obligations (2015-2017) et précise les modalités de réalisation des obligations d'économies d'énergie spécifiques au bénéfice des ménages en situation de précarité énergétique.

2015, un an de droit de la régulation de l'énergie

B. Evaluation du potentiel d'efficacité énergétique

Renforcement de l'évaluation du potentiel d'efficacité énergétique. – L'adoption du **décret n°2015-1442 du 6 novembre 2015, relatif à l'évaluation du potentiel d'efficacité énergétique des réseaux d'électricité et des infrastructures de gaz** permet de se conformer à la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique. En effet, l'article 15 de cette directive intitulé « *Transformation, transport et distribution de l'énergie* » requiert des États membres, au plus tard le 30 juin 2015, qu'ils réalisent une évaluation en ce qui concerne le potentiel d'efficacité énergétique de leurs infrastructures de gaz et d'électricité. Les États membres doivent veiller à ce que des mesures concrètes et des investissements soient identifiés en vue d'introduire des améliorations rentables de l'efficacité énergétique dans les infrastructures de réseau, avec un calendrier pour leur introduction. Ainsi, le décret adopté exige que les gestionnaires de réseaux d'électricité et d'infrastructures de gaz réalisent une évaluation du potentiel d'efficacité énergétique des infrastructures qu'ils exploitent, en particulier sur le plan du transport, de la distribution, de la gestion de la charge et de l'interopérabilité, ainsi que du raccordement des installations de production d'électricité, y compris les possibilités d'accès pour les micro-installations de production d'énergie. À l'issue de l'évaluation, le gestionnaire d'infrastructures doit définir des mesures concrètes et des investissements en vue d'introduire des améliorations rentables de l'efficacité énergétique de ses infrastructures. À cette fin, il établit un calendrier prévisionnel de mise en œuvre de ces mesures. Notons que ce décret a été abrogé par le **décret n°2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du Code de l'énergie**, et que l'exigence d'évaluation du potentiel d'efficacité énergétique a été reportée à l'article D233-10 du Code de l'énergie.

V. Le contentieux en matière de régulation énergétique

Modification de la procédure devant le CoRDiS. - Le décret n°2015-206 du 24 février 2015 relatif au comité de règlement des différends et des sanctions de la CRE procède à une distinction devant le CoRDIS entre les procédures relevant des différends (Titre I du décret) et les procédures relevant de la sanction (Titre IV du décret). Notons également que ce décret a été abrogé par le **décret n°2015-1823 du 30 décembre 2015 relatif à la codification de la partie réglementaire du Code de l'énergie**, et a été reporté aux articles R134-7 et suivants du Code de l'énergie **(Concurrences n°2-2015, p. 171, obs. E. Guillaume et S. Daboussy)**.

Droit au recours contre les décisions de l'autorité de régulation. - Par cette affaire, la Cour de justice recherche la garantie d'une protection effective des droits de l'opérateur de réseau. Pour ce faire, elle interprète la directive 2003/55 du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 relative aux règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel à la lumière de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi que de l'article 5 du Règlement 1775/2005 du Parlement et du Conseil du 28 septembre 2005 relatif aux conditions

d'accès au réseau de transport de gaz naturel et de l'annexe de ce règlement. Il ressort de cet arrêt que la CJUE s'oppose à une réglementation nationale qui porterait sur l'exercice des recours devant la juridiction compétente pour effectuer le contrôle de la légalité des actes d'une autorité de régulation, et qui ne permettrait pas à un opérateur de former un recours contre une décision de cette autorité relative au code de réseau. Autrement dit, en l'absence de disposition européenne, le droit au juge relève du droit national, mais celui-ci doit être encadré par les principes d'effectivité et d'équivalence ainsi que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux **(CJUE, 4e ch., 19 mars 2015, E.ON Fôldgáz Trade Zrt, aff. C-510/13 : Concurrences, n°2-2015, p. 172, obs. H. Delzangles et S. Martin ; Europe 2015, comm. n°178, obs. V. Michel)**.

Droit de la régulation ferroviaire et routière

Par Jennifer CORRADI

Elève de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe

Le droit de la régulation du transport ferroviaire et routier a connu deux évènements majeurs au cours de l'année 2015. Tout d'abord, l'année a été marquée par l'achèvement de la réforme du secteur ferroviaire en France, avec la publication d'une ordonnance et de décrets pris en application de la loi du 4 août 2014. Second texte notable, la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 a introduit la libéralisation des transports routiers par autocar. A cette occasion, le régulateur a vu son champ de compétences élargi à certaines activités routières (transport par autocar et autoroutes), devenant ainsi l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières (ARAFER). Au surplus, la construction d'un espace unique ferroviaire européen se poursuit après l'accord au sein du Conseil de l'Union sur le pilier technique du quatrième paquet ferroviaire.

I. L'évolution du droit de la régulation du transport ferroviaire

A. Achèvement de la réforme du secteur ferroviaire en France

1. Définition des missions et du statut des trois établissements composant le groupe public ferroviaire (GPF)

Critiques émises lors des consultations préalables. - L'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires (ARAF) s'est prononcée sur les quatre projets de décrets d'application de la loi n°2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire. L'ARAF a émis trois avis négatifs sur les projets de décrets relatifs aux statuts des trois établissements publics et a formulé des recommandations principalement destinées à clarifier le périmètre et les missions de la SNCF, assurer l'indépendance des EPIC et renforcer le contrôle du régulateur **(ARAF, avis n°2014-023, n°2014-024, n°2014-025, 27 nov. 2014 : Concurrences 2015, n°1, p.198, obs. E. Guillaume).** D'autre part, l'ARAF a subordonné son avis favorable sur le projet de décret relatif à l'indépendance des fonctions essentielles à des conditions de confidentialité des informations circulantes ainsi qu'une amélioration du fonctionnement de la commission de déontologie du système de transport ferroviaire. **(ARAF, avis n°2014-026, 27 nov. 2014), Concurrences 2015, n°1, p.198, obs. E. Guillaume)**. L'Autorité de la Concurrence, saisie par le gouvernement sur le fondement de l'art. L.462-1, a émis un avis réservé sur ces projets et formule des recommandations semblables à celles de l'ARAF **(Aut. conc., avis n° 15-A-**

2015, un an de droit de la régulation du transport ferroviaire et routier

01, 6 janv. 2015 : Concurrences 2015, n°2, p.179, obs. E. Guillaume ; Contrats, conc., consom. 2015, comm.67, D. Bosco).

Indépendance du gestionnaire d'infrastructure SNCF Réseau. - RFF, SNCF Infrastructures et la direction de la circulation ferroviaire sont rassemblés au sein de l'établissement public SNCF Réseau, administré par un conseil d'administration composé de 24 membres, dont 4 représentants de l'État et 7 personnalités choisies par la SNCF. SNCF Réseau exerce les missions dévolues à l'art. L.2111-9 du Code des transports : accès à l'infrastructure, gestion des circulations, développement du réseau national et gestion de ses installations de services. Les services responsables de l'accès à l'infrastructure du réseau ferré national bénéficient de conditions matérielles garantissant l'indépendance de l'exercice de leurs missions, notamment vis-à-vis de SNCF Mobilités **(D. n° 2015-140, 10 févr. 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau, art.41-2)**. Du fait de son appartenance au Groupe Public Ferroviaire (GPF), SNCF Réseau est soumis à des règles d'impartialité, dont la consultation d'une commission de déontologie du système de transport lorsque le président du conseil d'administration ou un membre du personnel en charge de fonctions de répartition des capacités ou de tarification de l'infrastructure souhaite exercer des activités pour le compte d'une entreprise ferroviaire avant l'expiration d'un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions **(D. n° 2015-139, 10 févr. 2015 relatif à la confidentialité des données détenues par le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire et à la commission de déontologie du système de transport ferroviaire, art.8).**

Encadrement des missions d'exploitation des services de transport ferroviaire et de gestion des gares de voyageurs de SNCF Mobilités. - La réforme ferroviaire a créé l'EPIC SNCF Mobilités et lui a confié des missions d'exploitation des services de transport ferroviaire et de gestion des gares de voyageurs (art L.2141-1 C. des transports). Le pouvoir réglementaire a précisé les conditions dans lesquelles s'exercent ces missions: satisfaction des besoins des usagers dans les « *conditions les plus avantageuses pour la collectivité* », conditions de sécurité, continuité et qualité du service public **(D. n° 2015-138, 10 fév. 2015 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, art.2)**. Le décret vise également à assurer le respect des principes de transparence et de non-discrimination pour l'accès aux gares. Ainsi, le directeur des gares est nommé après avis de l'ARAFER (art.25), il est seul responsable de la gestion administrative et budgétaire de sa direction, ne peut recevoir d'instruction remettant en cause l'indépendance de cette dernière (art.26) et il publie un rapport d'activité détaillant « *les mesures d'organisation interne prises pour prévenir les risques de pratiques discriminatoires* » (art.30). Le décret précise également l'organisation administrative et les règles de fonctionnement de l'EPIC.

Précision des missions de la SNCF, EPIC de tête. - L'art. L.2102-1 du Code des transports distingue quatre séries de compétences précisées par le pouvoir règlementaire **(D. n° 2015-137, 10 févr. 2015 relatif aux missions et aux statuts de la SNCF et à la mission de contrôle économique et financier des transports)**. Au titre de ses missions stratégiques, financières et industrielles, la SNCF élabore notamment les priorités du groupe, sa trajectoire financière et les comptes consolidés de l'ensemble du groupe et des filiales (art.2). Elle exerce également des missions transversales « *de façon transparente au bénéfice de l'ensemble des acteurs du système* » : il s'agit de missions de sécurité, de développement d'une filière industrielle ferroviaire et d'amélioration des normes techniques (art.3). L'EPIC de tête doit également veiller à l'unité et la cohésion du GPF par la définition de politiques sociales (art.4). Enfin, il assure pour le groupe des fonctions mutualisées telles que la gestion des ressources humaines ou celle du parc immobilier du groupe (art.5).

2. Précision des règles d'accès aux infrastructures

Accès au réseau. - L'article 38 de la loi portant réforme ferroviaire a habilité le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance toutes les mesures propres à mettre en cohérence les dispositions législatives existantes avec les modifications apportées par la loi et à achever la transposition de la directive 2012/34/UE (PE et Cons. CE, dir. n°2014/34/UE, 21 nov. 2012, JOUE n° L343/32, 14 déc. 2012). En application de cette disposition, le législateur délégué a pris une ordonnance et a clarifié les règles d'accès au réseau **(ord. n° 2015-855 du 15 juil. 2015 prise en application de l'art. 38 de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire)**. Ainsi, l'ordonnance prévoit un principe d'indépendance des fonctions de gestion de l'infrastructure relatives à la répartition et à la tarification de l'utilisation du réseau **(art. L.2122-4-3 C. transports)**. Les gestionnaires d'infrastructures doivent également coopérer avec les gestionnaires des autres États membres par la participation à des guichets uniques auxquels sont présentées les demandes de capacité pour les services internationaux **(art. L.2122-4-6)**. Par ailleurs, les conditions d'accès au réseau ferroviaire ont été précisées par voie réglementaire. Tout gestionnaire d'infrastructure doit fournir aux entreprises ferroviaires un accès non discriminatoire, transparent et équitable à son réseau ainsi que certaines prestations minimales : traitement des demandes de capacité, droit d'utiliser les capacités attribuées, utilisation de l'infrastructure, gestion opérationnelle des circulations et fourniture d'informations particulières. La fourniture de ces prestations donne lieu à la perception de redevances, calculées d'après le degré d'utilisation réel **(D. n° 2015-1040 du 20 août 2015 relatif à l'accès au réseau ferroviaire)**.

Accès aux installations de services. - L'ordonnance du 15 juillet 2015 précise également les modalités d'accès aux installations de services. L'utilisation d'une installation de service est soumise à la passation d'un contrat entre l'entreprise ferroviaire et l'exploitant de l'installation **(art. L.2123-2)**. Les demandes d'accès sont traitées selon les principes d'équité et de non-discrimination et ne peuvent être refusées par l'exploitant que « *s'il existe une alternative viable permettant à l'entreprise ferroviaire d'exploiter le service de transport ferroviaire concerné sur le même trajet ou sur un itinéraire de substitution dans des conditions économi-*

quement acceptables. » **(art. L.2123-3-1)**. Tout comme l'accès au réseau, la redevance perçue par l'exploitant en contrepartie de l'utilisation du réseau est calculée selon des principes fixés par voie réglementaire **(art. L.2123-3-5)**.

Organisation et missions de l'ARAFER. - L'ordonnance du 15 juillet 2015 détaille l'organisation et le fonctionnement du régulateur. L'Autorité définit avec les organismes des autres États membres les règles de coopération en matière de contrôle de l'accès au réseau, d'organisation des enquêtes et de règlement des différends **(art. L. 2131-6-1)**. L'ordonnance consacre également la pratique de consultation des acteurs du secteur ferroviaire **(art. L.2133-1-1)** et encadre le délai de réponse des opérateurs ferroviaires à un mois dans le cadre des missions de contrôle administratif de l'Autorité **(art. L.2135-2)**.

B. Ouverture progressive à la concurrence du transport ferroviaire de passagers

1. Proposition d'ouverture à la concurrence de certaines dessertes intérieures

Avenir des trains Intercités. - Présidé par le député P. Duron, une commission parlementaire commandée par le gouvernement a rendu ses conclusions sur les trains d'équilibre du territoire (TET). La commission constate l'inadéquation de l'offre TET ainsi que la situation financière dégradée du système. Elle propose de redynamiser l'offre, en renforçant l'offre TET sur les lignes à « *fort potentiel* » et, à l'inverse, de diminuer ou supprimer la desserte de certains tronçons, aujourd'hui surdimensionnée au regard de la demande. Par ailleurs, les parlementaires étudient la situation des trains de nuit et recommandent de ne maintenir que les lignes ne disposant pas « *d'une offre alternative suffisante* ». Enfin, le rapport suggère d'introduire la concurrence sur les lignes de nuit et sur certaines lignes de jour « *à titre expérimental* », afin d'anticiper l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs sur les liaisons intérieures prévue par le quatrième paquet ferroviaire. Il s'agirait alors de remettre en cause le monopole dont bénéficie SNCF Mobilités sur ces lignes, en attribuant des contrats de service public à de nouveaux opérateurs, après une mise en concurrence selon les règles définies dans le règlement OSP (PE et Cons., règl. (UE) n°1370/2007, 23 oct. 2007, JOUE L 315 du 3 déc. 2007) **(Commission « TET d'avenir », TET: Agir pour l'avenir, 25 mai 2015, Documentation française)**.

2. Avancées dans la procédure d'adoption du 4ème paquet ferroviaire

Accord sur le pilier technique au sein du Conseil de l'UE. - La Commission a présenté début 2013 six propositions composant le 4e paquet ferroviaire et qui sont depuis alternativement examinées et négociées par le Parlement et le Conseil, colégislateurs dans le cadre de la procédure législative ordinaire (v. Un an de droit la régulation ferroviaire, 2014, J.-B. Douchy). Le Parlement et le Conseil sont parvenus à un accord en juin 2015 sur les trois textes formant le pilier technique du 4e paquet ferroviaire. Les institutions se sont tout d'abord entendues sur la proposition de règlement relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer. Actuellement limité à des missions relatives à la sécurité ferroviaire, les modifications étendraient le rôle de l'AFE à la délivrance des autorisations pour les véhicules destinés à une utilisation transfrontière, au contrôle des règles nationales et à la participation au développement du système européen de gestion du trafic ferroviaire (ERTMS). Le Conseil a également adopté sa position en première lecture sur les deux propositions de directives relatives à l'interopérabilité du système et à la sécurité ferroviaire, visant à l'harmonisation des normes et la coopération en matière de sécurité. (***Interopérabilité et sécurité ferroviaires: le Coreper donne son feu vert aux nouveaux systèmes d'autorisation***, **Conseil de l'UE, Comm. Presse 548/15, 30/06/2015 ; Positions du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil relative à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer et abrogeant le règlement (CE) n° 881/2004, à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne et à la sécurité ferroviaire (26/11/2015))**

Débats sur le pilier politique au sein du Conseil de l'UE. - Les propositions relatives à la gouvernance et à l'ouverture du marché formant le pilier politique ont été examinées successivement par le Conseil. Après avoir arrêté sa position sur la normalisation des comptes fin 2014 (Conseil, Orientation générale, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil abrogeant le règlement (CEE) n° 1192/69 du Conseil relatif aux règles communes pour la normalisation des comptes des entreprises de chemin de fer, 27/11/2014), le Conseil a examiné la proposition de règlement concernant l'ouverture du marché des services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer et la proposition de directive établissant un espace ferroviaire unique européen. Les ministres ont ralenti l'ouverture à la concurrence des services nationaux de transport de voyageurs en prévoyant des exceptions aux procédures d'appel d'offre et en allongeant les délais de départ de mise en concurrence des contrats. En outre, le Conseil s'aligne sur la position du Parlement de limiter les règles relatives à l'indépendance des gestionnaires de l'infrastructure à la séparation des fonctions essentielles **(Council, General Approach on Fourth Railway Package (1/10/2015))**.

II. L'introduction d'un nouveau droit de la régulation du transport routier

A. Libéralisation des transports routiers de passagers par autocars

Enjeux de la libéralisation. - L'exploitation d'une ligne interrégionale de transport par autocar par une entreprise de transport routier de passagers était permise dans le cadre de cabotage depuis 2011 mais réglementée et notamment subordonnée à l'obtention d'une autorisation de cabotage national, dont les modalités de délivrance ont été critiquées par l'Autorité de la Concurrence. (Aut. Conc., avis n° 14-A-05 du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar : Concurrences 2014, n°2, p.184, obs. H. Delzangles et S. Martin). La loi dite « *Macron*» soumet

l'activité du transport de passagers par autocar à un régime plus libéral **(Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, Titre I, Chapitre Ier : Mobilité)**. Le cabotage reste autorisé pour les entreprises de transport routier de personnes non établies en France **(art. L.3421-2 C. Transports)** et les entreprises établies sur le territoire national peuvent désormais assurer librement des services réguliers interurbains **(art. L.3111-17)**.

Périmètre de l'ouverture du marché. - Le marché est ouvert aux services interurbains, c'est-à-dire les « *services qui ne sont pas intégralement inclus dans le ressort territorial d'une autorité organisatrice de la mobilité* » **(art L.3111-21 1°)** et, en Ile-de-France, les services exécutés sur une distance supérieure à « *40 km effectivement parcourus* » **(art L.3111-21 2°, D. n°2015-1266 du 13 oct. 2015 - art. 1)**.

Ouverture des lignes de transport de passagers pour les distances supérieures à 100 km. - Le législateur a prévu une libéralisation totale des lignes de transport de passagers pour les distances de plus de 100 km **(art. L3111-17)**, alors que l'Autorité de la Concurrence et les sénateurs s'étaient prononcés pour un seuil de 200 km.

Subordination à une déclaration préalable pour les lignes de transport d'une distance inférieure à 100 km. - En-deçà de 100 km, la liberté d'ouverture d'une ligne de transport de passagers est subordonnée à une déclaration préalable auprès de l'ARAFER, qui la publie sans délai **(art. L3111-18, al.1)**. L'autorité organisatrice de transport (AOT) concernée par la ligne a alors deux mois pour saisir l'ARAFER d'un projet d'interdiction ou de limitation des services de transport en cause lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part, « *les services sont exécutés entre des arrêts dont la liaison est assurée sans correspondance par un service régulier de transport qu'elle organise* » et, d'autre part, les services « *portent, seuls ou dans leur ensemble, une atteinte substantielle à l'équilibre économique de la ligne ou des lignes de service public de transport susceptibles d'être concurrencées ou à l'équilibre économique du contrat de service public de transport concerné* » **(art. L3111-18, al.2)**. L'ARAFER se prononce sur ce projet dans un délai de principe de deux mois à compter de la réception de la saisine **(art. L3111-19, al.2)**. L'avis de l'ARAFER a un caractère impératif et lie l'AOT **(art. L3111-18, al.2)**. Le régulateur a publié la méthodologie suivie pour l'analyse du risque d'atteinte substantielle à l'équilibre économique du service public dans des lignes directrices **(ARAFER, déc. n° 2015-039, 21 oct. 2015)**. Enfin, les modalités des dossiers de déclaration de services et de décisions d'interdiction ou de limitation ont été précisées par voie réglementaire **(D. n° 2015-1266 du 13 oct. 2015 relatif aux services réguliers interurbains de transport public routier de personnes librement organisé)**.

Publicité des données des services de transport régulier. - Le législateur a consacré un certain nombre des recommandations du rapport sur l'ouverture des données de transport **(Ouverture des données de transport, F. Jutand, Mars 2015)**. Ainsi, les exploitants des services de transport et

2015, un an de droit de la régulation du transport ferroviaire et routier

les AOT sont tenus de diffuser les données des services de transport régulier (horaires, tarifs, accessibilité, disponibilité des services…) « *librement, immédiatement et gratuitement* » **(art L.1115-1 C. al.1)**. Pour cela, les opérateurs peuvent préalablement adhérer à des codes de conduites, des protocoles ou des lignes directrices homologués par les ministres chargés des transports et du numérique et comprenant les données prévues par la loi **(art L.1115-1 C. al.6)**.

B. Nouvelle régulation des concessions autoroutières

Réaction aux critiques exprimées à l'encontre du secteur autoroutier. - Fin 2014, l'Autorité de la Concurrence a publié un rapport critique à l'égard des sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA) historiques, dénonçant leur rentabilité exceptionnelle et recommandant une certaine régulation du secteur (Aut. Conc., avis n°14-A-13, 17 sept. 2014, Concurrences 2014, n°4, p.230, obs. H. Delzangles et S. Martin ; Concurrences 2015 n°1, p.222, obs. J.-P. Kovar). La loi dite « *Macron* » met en œuvre certaines des recommandations de l'Autorité en confiant la « *régulation des tarifs de péage* » ainsi que la « *régulation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé* » à l'ARAFER **(Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art.13)**.

Contrôle des tarifs de péage autoroutier. - L'ARAFER est chargée de veiller « *au bon fonctionnement du régime des tarifs de péage autoroutier* » **(art. L.122-7 C. de la voirie)**. Elle est consultée sur les projets d'avenants aux contrats de concession existants ayant une incidence sur les tarifs ou sur la durée de la concession ainsi que sur tout nouveau projet de contrat, et doit notamment vérifier les conditions de rémunération du délégataire **(art. L.122-8)**. Le législateur précise que l'augmentation des tarifs de péages compensant le financement des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges ne peut donner lieu qu'à « *une rémunération raisonnable et conforme aux conditions de marché* » **(art. L.122-10)**. L'ARAFER publie chaque année une synthèse des comptes des concessionnaires ainsi qu'un rapport sur l'économie générale des contrats au moins tous les cinq ans **(art. L.122-9)**.

Nouvelles règles de passation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé. - L'ARAFER doit également veiller « *à l'exercice d'une concurrence effective et loyale lors de la passation des marchés* » **(art. L.122-14)**. A partir du 1er février 2016, les marchés passés par les SCA d'un montant supérieur à 500 000 euros doivent respecter les règles de publicité et de mise en concurrence de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics **(art. L.122-16)**. La composition des commissions de marchés, se prononçant sur l'attribution des marchés, doit être soumise pour avis conforme à l'ARAFER, tout comme les règles de procédures que celles-ci définissent **(art. L. 122-17)**. En outre, les commissions doivent informer l'ARAFER des éventuels manquements à ces procédures qui peut elle-même engager des recours **(art. L.122-20)**. Enfin, l'ARAFER est chargée d'établir un rapport annuel sur les marchés

(art. L.122-21).

Conditions de passation des marchés de commerces autoroutiers. - La loi encadre également la passation des contrats conclus par les SCA « *en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé* » **(art. L.122-23)**, avec l'instauration d'obligations de publicité et de mises en concurrence définies par voie réglementaire **(art. L.122-24)**. La conclusion de ces contrats est subordonnée à l'agrément de l'attributaire par l'autorité administrative, après avis de l'ARAFER **(art. L.122-27)**.

III. Le développement des pouvoirs d'un régulateur devenu multimodal : de l'ARAF à l'ARAFER

A. Évolution des pouvoirs du régulateur

Organisation et fonctionnement. - En application des dispositions de la loi de réforme ferroviaire, le gouvernement a soumis à l'ARAF un projet de modification du décret n° 2010-1023 du 1er septembre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité. L'ARAF a émis un avis défavorable sur le projet de décret et a formulé des recommandations afin de garder son indépendance vis-à-vis du gouvernement. Le projet prévoyait notamment les modalités de consultation du gouvernement avant la publication de certains avis, recommandations ou décisions. L'ARAF a recommandé de ne transmettre au gouvernement que le dossier dont elle est saisie **(ARAF, avis n° 2015-016, 13 mai 2015 : Concurrences 2015, n°3, p.167, obs. H. Delzangles et S. Martin)**. Le gouvernement a partiellement tenu compte de ces remarques : si toutes les informations complémentaires versées au dossier dans le cadre de l'instruction ou de la saisine d'office doivent toujours être communiquées, le décret exclut expressément « *les éléments d'analyse interne établis par l'Autorité* ». Par ailleurs, le ministre des Transports peut, au moins cinq jours avant la séance au cours de laquelle le collège délibère sur le dossier, présenter des observations orales mais, il ne peut, conformément aux recommandations de l'ARAFER, participer au délibéré. **(D. n°2015-843 du 10 juillet 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires)**. Au niveau interne, l'Autorité a précisé à travers l'adoption d'un règlement intérieur les règles afférentes aux membres et au fonctionnement du collège, ainsi que ses modalités de procédure et méthodes de travail **(ARAFER, déc. n° 2015-037, 20 oct. 2015)**. Le collège a également décidé, en vertu de l'art. L.2132-2 du Code des transports, de fixer les services de l'Autorité à Paris **(ARAFER, déc. n° 2015-036, 20 oct. 2015)**.

Extension du champ d'intervention au secteur routier. - La nouvelle Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières (ARAFER) s'est substituée à l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires (ARAF) le 15 octobre 2015. En effet, la loi « *Macron* » a étendu le champ d'intervention du régulateur au secteur des transports routiers de personnes **(art. L.1262-2 C. transports)** ainsi qu'au secteur des autoroutes **(art L. 1262-3)**.

2015, un an de droit de la régulation du transport ferroviaire et routier

Corégulation du tunnel sous la Manche. - Depuis le 1er juin 2015, date d'entrée en application de la directive européenne « refonte » qui prévoyait en son article 55 des organismes de contrôles nationaux uniques (PE et Cons. CE, dir. n°2014/34/UE, 21 nov. 2012, JOUE n° L343/32, 14 déc. 2012), la régulation économique du tunnel de la Manche est assurée par l'ARAFER du côté français et par l'Office of Rail and Road (ORR) du côté britannique. La directive invitait également en son article 57 les organismes de contrôle à coopérer étroitement, notamment en fixant les modalités de collaboration qu'ils estimaient nécessaires. Dans ce cadre, les deux régulateurs ont signé un accord de coopération afin d'aligner leur avis et décisions. L'accord prévoit notamment l'instauration d'un service permanent franco-britannique destiné à instruire en commun des procédures de règlement de différend, les projets d'avis et les décisions **(Accord de coopération entre l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et l'Office of rail regulation en matière de régulation économique de la Liaison Fixe transmanche, 16 mars 2016)**.

B. Contrôle juridictionnel des pouvoirs du régulateur

Portée de l'avis par lequel l'ARAF se prononce sur l'équilibre économique d'un contrat de service public. - Le juge administratif a eu l'occasion de contrôler l'avis par lequel l'ARAF se prononce sur l'équilibre économique d'un contrat de service public à l'occasion de la première procédure en recours pour excès de pouvoir intentée par une AOT. L'entreprise Thello avait été autorisée par le ministre des transports, après avis de l'ARAF, à exploiter un service de transport international de voyageurs de Milan à Marseille, tout en assurant des dessertes intérieures. La région PACA qui avait conclu un contrat de service public avec la SNCF, a saisi l'ARAF afin d'examiner si le service international envisagé par Thello portait atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public liant la région à la SNCF. L'ARAF a considéré dans son avis n°2013-22 du 8 octobre 2013 qu'il n'y avait pas d'atteinte à l'équilibre économique. La région PACA demande alors au Conseil d'État d'annuler cet avis pour excès de pouvoir. En acceptant d'examiner la requête de la région, le juge admet implicitement le caractère décisoire de l'avis de l'ARAF, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État effectue dans cet arrêt un contrôle normal sur l'appréciation de l'ARAF qu'il confirme. Enfin, le juge effectue une appréciation concrète du caractère suffisant de la motivation, au regard de l'exigence du secret des affaires et considère que l'ARAF expose de façon suffisamment précise « *les considérations de droit et de fait* » fondant l'avis **(CE Sous-sections 2 et 7 réunies, 30 janv. 2015, SNCF, n°374022, Dr. adm. 2015, comm. 36, note M. Bazex et R. Lanneau ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 94, note G. Eckert ; AJDA 2015, p. 672, obs. E. Glaser ; Concurrences, 2015, n°2, p.177, obs. E. Guillaume et S. Daboussy)**.

Confortation du pouvoir d'enjoindre au gestionnaire du réseau ferré de mettre en place un système incitatif à la délivrance de sillons fermes. - La Cour d'appel de Paris a confirmé dans quatre arrêts des décisions de règlements de différend adoptées

par l'ARAF entre 2013 et 2014 dans le cadre de contentieux entre des entreprises ferroviaires et SNCF Réseau. Dans ces contentieux, la SCNF prétendait que l'ARAF avait méconnu les dispositions de l'art. L.2134-2 du code du transport en adoptant, par la voie du règlement des différends, des mesures d'ordre règlementaire ayant la nature de sanction. La Cour, interprétant la disposition à la lumière des débats parlementaires et des directives européennes, conclut à la possibilité offerte à l'ARAF, dans le cadre des règlements de différend dont elle est saisie, de fixer les modalités d'accès et conditions d'utilisation, en imposant au gestionnaire de réseau ces conditions d'accès, dès lors qu'elles sont nécessaires pour le règlement des différends. La Cour considère que « *les mesures prononcées peuvent être purement individuelles, mais peuvent également avoir une portée générale [...]. Toute injonction faite au gestionnaire de réseau de modifier une clause de ces documents a nécessairement un effet erga omnes à l'égard de tous ses partenaires.* ». Ainsi, la Cour d'appel de Paris confirme le pouvoir réglementaire dont dispose l'ARAF dans le cadre d'une procédure de règlement des différends **(Cour d'appel de Paris, 17 déc. 2015 n° 2014/17695, n° 2014/17688, n° 2014/17680, n° 2014/17660 : Concurrences 2016, n°1, p.206, obs. E. Guillaume et P.-E. Pivois)**.

C. Mise en œuvre des pouvoirs du régulateur

1. Régulation *ex-ante*

Refus de l'approbation des règles de séparation comptable de Fret SNCF. - L'EPIC SNCF est tenu, en vertu de l'art. L.2144-1 du Code des transports, d'établir des comptes séparés pour les activités relatives à la fourniture des services de transport ferroviaire de fret exploitées au sein du groupe et de les soumettre à l'ARAF pour approbation (art. L.2133-4). Saisie sur cette base légale, le régulateur a refusé d'approuver le référentiel de séparation comptable de Fret SNCF. Outre des considérations sur la forme du référentiel, l'ARAF exprime deux critiques principales. En premier lieu, le régulateur constate un fort déséquilibre du passif du bilan de Fret SNCF et « *s'interroge sur la viabilité et l'indépendance financière de l'activité* ». Le maintien de l'activité de Fret SNCF, malgré une situation financière très fragile induit, pour l'ARAF, la question de l'existence de subventions croisées au sein de l'EPIC SNCF. D'autre part, l'ARAF examine les règles de gestion régissant la rémunération de la dette de Fret SNCF vis-à-vis de l'EPIC et constate un traitement particulier de Fret SNCF pour au moins une partie de sa dette. La faiblesse des frais financiers facturés par l'EPIC et Fret SNCF pose la question de l'existence d'une éventuelle aide d'État. Pour ces raisons, l'ARAF refuse d'approuver le référentiel et demande à SNCF Mobilités de lui soumettre un référentiel actualisé avant fin 2015 **(ARAF, déc. n° 2015-010, 22 avril 2015, Concurrences 2015, n°3, p.169, obs. H. Delzangles et S. Martin)**.

2015, un an de droit de la régulation du transport ferroviaire et routier

Tarifs des péages de fret pour 2016. - L'article L.2122-5 du Code des transports prévoit que le gestionnaire d'infrastructure prévoit chaque année un document de référence du réseau (DRR). L'ARAF émet un avis motivé sur ce document (art. L. 2133-6) mais également un avis conforme sur les redevances d'utilisation du réseau (art. L2133-5) qui y sont contenues. Le point du DRR de 2016 le plus discuté a été la proposition d'augmentation des péages de fret formulée par SNCF Réseau, point ayant fait l'objet de trois avis successifs. En effet, la réforme tarifaire de 2010 prévoyait le principe de couverture du coût directement imputable : la somme des redevances de réservation et circulation doit être égale au coût marginal du fret. L'État a mis en place une mesure visant à limiter l'augmentation des redevances payées par les trains fret en versant une subvention couvrant le complément nécessaire à la couverture du coût direct des circulations fret. Cette mesure prenait fin en 2015, mais l'État a décidé de reconduire son soutien, en versant une compensation, de moindre mesure, pour l'année 2016. Par conséquent, SNCF Réseau projetait d'appliquer une hausse de 6,27% sur les redevances acquittées par les opérateurs. Or, l'Autorité remarque que l'État ne s'acquittait pas du versement de cette compensation due. Dès lors, la « *proposition d'augmentation des redevances pour le fret repose, à ce stade, sur l'hypothèse d'un engagement financier qui n'est pas confirmé* ». L'Autorité subordonne dès lors la mesure à un engagement dûment formalisé de l'État communiqué par SNCF Réseau sous un délai de 3 mois **(ARAF, avis n°2015-004, 3 fév. 2015, Concurrences 2015, n°3, p.168, obs. H. Delzangles et S. Martin)**. SNCF Réseau ayant indiqué en mai 2015 qu'elle ne bénéficiait toujours pas d'un tel engagement, l'ARAF a maintenu sa réserve **(ARAF, avis n°2015-020, 10 juin 2015, Concurrences 2015, n°3, p.169, obs. H. Delzangles et S. Martin)**. Enfin, SNCF Réseau a transmis à l'Autorité une lettre que lui avait adressée le commissaire du Gouvernement prévoyant un mécanisme de compensation afin d'assurer la couverture du coût marginal ce qui a conduit l'ARAF à lever la réserve relative à la tarification des activités de fret. **(ARAF, avis n°2015-034, 1er oct. 2015)**.

Absence de contrat de performance État-SNCF Réseau. - Dans son avis du 1er octobre 2015, l'ARAF avait rappelé que les engagements pluriannuels de l'État de la SNCF devraient être définis dans le contrat de performance prévu à l'art. L.2111-10 du code des transports avant fin 2015. Amenée à se prononcer sur le budget de SNCF Réseau conformément à l'art. L.2133-5 du code, l'Autorité constate l'absence de ce contrat qui doit notamment définir une trajectoire financière pour SNCF Réseau et ne peut donc émettre de recommandations relatives à cet objet. Selon l'Autorité, « *le cercle « vertueux » que le législateur a souhaité dans la construction d'une trajectoire financière pluriannuelle, puis le suivi annuel [...] du contrat par SNCF Réseau, est ainsi compromis.* » **(ARAFER, avis n°2015-042,18 nov. 2015)**.

Tarification du document de référence des gares (DRG). - Alors que l'ARAF ne pouvait auparavant émettre qu'un avis sur le DRG, annexe du DRR, la réforme ferroviaire de 2014 a introduit un alinéa 2 à l'article

L.2133-5 du Code des transports qui dote le régulateur d'un pouvoir d'avis conforme à ce sujet (v. Un an de droit la régulation ferroviaire, 2014, J.-B. Douchy). Saisie du DRG pour l'horaire de service de 2016 par Gare & Connexions et SNCF Réseau, l'Autorité reprend les critiques qu'elle avait antérieurement émises dans ses avis motivés. En effet, le régulateur examine le DRG et remet en cause la conformité des modalités du calcul des redevances au regard du cadre juridique applicable. **(ARAF, avis n° 2015-005, 17 fév. 2015, avis n° 2015-029, 15 juill. 2015, Dr. adm. 2015, chron. 8, obs. A. Soloschchenkov)**. L'avis étant devenu contraignant, les opérateurs doivent désormais saisir le juge s'ils n'entendent pas respecter les conclusions de l'Autorité. C'est chose faite pour Gare & Connexions qui a formé un recours contre l'avis devant le Conseil d'État. Par ailleurs, Gare & Connexions a apporté des modifications au DRG 2016 suite à l'avis de l'Autorité, qui admet ces engagements à l'exception de la redevance relative à la mise à disposition d'espaces ou de locaux en gare au seul usage de l'entreprise ferroviaire **(ARAFER, avis n°2015-044, 2 déc.2015)**.

Adoption de lignes directrices à destination des opérateurs du secteur ferroviaire et routier. - Le régulateur a fait usage de son pouvoir d'édicter de la *soft law*. En effet, l'Autorité a publié des lignes directrices relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des liaisons régulières par autocar de moins de 100 km **(ARAFER, déc. n° 2015-039, 21 oct. 2015)** ainsi que des lignes directrices relatives aux règles de séparation comptable, détaillant les informations devant être intégrées dans le dossier qui lui sera soumis pour approbation **(ARAF, déc. n° 2015-035, 13 oct. 2015)**.

2. Règlement des différends entre opérateurs

Transparence et modalités de calcul des redevances par SNCF Mobilités. - L'ARAF a été amenée à se prononcer sur la transparence et les modalités de calcul des redevances par SNCF Mobilités dans deux règlements de litiges distincts opposant ce dernier à des AOT : le Syndicat des transports d'Ile de France (STIF) et la Région du Pays de Loire. L'ARAF examine successivement les moyens invoqués au fond par les requérants et adopte deux décisions comparables en deux points. En premier lieu, sur le grief du non-respect des obligations de transparence, l'ARAF s'aligne sur la position des requérants et enjoint Gare & Connexions à transmettre tous les ans au STIF et à la Région un fichier de données contenant des éléments de comptabilité analytique ainsi que les plans de surface des gares franciliennes d'intérêt national. En deuxième lieu, concernant le niveau de rémunération des capitaux investis en gare par SNCF Mobilités, l'ARAF rejette l'argument du STIF et de la Région sur l'inexistence d'une prime de risque spécifique et sur la prise en compte de l'impôt sur les sociétés mais considère que SNCF Mobilités surestimait tout de même les risques qu'elle supportait. Elle enjoint alors SNCF Mobilités à baisser le niveau des taux des capitaux investis. En troisième lieu, la politique de péréquation de Gares & Connexions dans l'utilisation de sa capacité d'autofinancement

2015, un an de droit de la régulation du transport ferroviaire et routier

contestée par les requérants est admise par l'Autorité car une telle politique n'est interdite par aucun texte.

Application ratione temporis de la décision. - Dans les deux mêmes décisions, les requérants demandaient à l'Autorité de rendre sa décision sur la demande visant le taux de rémunération des capitaux avec effet rétroactif à compter de l'horaire de service 2012. Ces affaires donnent alors l'occasion à l'ARAF de préciser l'application ratione temporis de ses décisions. Les requérants invoquaient la jurisprudence de la Cour de cassation qui, dans un arrêt de 2010, a jugé que « *le pouvoir conféré à l'ARCEP [...], au titre de la procédure de règlement des différends, [...], s'étend à l'ensemble de la période couverte par le différend dont elle se trouve saisie, peu important la date de son émergence envers les parties* » (Cass. com. 14 déc. 2010, n°1320). L'ARAF a fait sienne cette jurisprudence mais précise que « *l'Autorité ne saurait, en tout état de cause, prendre en compte une période durant laquelle l'opérateur demandeur n'aurait formellement élevé aucune contestation sur ses droits et obligations à l'encontre du défendeur* ». L'ARAF vérifie alors aux cas d'espèce la date de l'expression valable des contestations par les requérantes auprès de Gares & Connexions. Elle considère que les contestations émises lors des consultations sur un projet de décret ne constituent qu'une critique générale et ne peuvent être valablement considérées comme l'expression d'un désaccord. L'Autorité refuse alors d'étendre les effets de sa décision à la période de 2012 et 2013. Au surplus, l'ARAF précise que le premier texte à encadrer la tarification des gares de voyageurs est le décret n°2012-70 du 20 janvier 2012, qui ne s'applique qu'à compter de l'horaire de service 2014. Dès lors, les requérantes ne peuvent se prévaloir d'un cadre juridique antérieur aux mesures contestées. **(ARAF, déc. n° 2015-002, 3 févr. 2015, Contrats, conc., consom. 2015, chron.3, obs. L. Ayache ; Dr. adm. 2015, chron. 8, comm. A. Soloschchenkov ; ARAF, déc. n°2015-017, 13 mai 2015 : Concurrences, 2015, n°4, art. n°75955, obs. U. Berkani et S. Justier)**.

Droit de la passation des marchés publics

Par Jean ERKEL

Maîtrise en Droit Public de l'Université de Strasbourg
Etudiant du Master Droit de l'Economie et de la Régulation en Europe

La période envisagée (1er jan. 2015-31 déc. 2015) a principalement été marquée par la trans-position des directives européennes 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des mar-chés publics et 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics pris en application de l'ordonnance. Au plan jurisprudentiel, plusieurs solutions peuvent cependant être signalées d'emblée comme la précision, des modalités de recours à la négociation en procédure adaptée *(CE, 18 sept. 2015, n° 380821, Société Axcess)*, de l'information sur les critères de sélection des candidats par une entité adjudicatrice (CE, 10 avr. 2015, n° 387128, *CCI territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud*), ou encore de la notion d'intérêt lésé du tiers dans le contentieux de la validité du contrat (CE, 7e et 2e sous-sect., 14 oct. 2015, n° 391183, *Région Réunion*).

I. Les préalables à la procédure de mise en concurrence des marchés publics

A. Définition des besoins par le pouvoir adjudicateur

Confirmation de la nécessité de définir préalablement les besoins. - Avant le lancement de toute procédure de passation, l'acheteur public a traditionnellement l'obligation de définir ses besoins, puis d'identifier, au moyen de spécifications techniques, les prestations susceptibles d'y répondre. L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics maintient ces deux obligations. D'une part, elle précise que « *la nature et l'étendue du besoin à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » **(Ord. n° 2015-899, art. 30)**. D'autre part, elle poursuit en mentionnant que « *les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques* ». Apparaît également l'obligation faite aux acheteurs de véhicules de tenir compte des incidences énergétiques et environnementales de l'achat de véhicule sur toute leur durée de vie **(Ord. n° 2015-899, art. 31)**.

B. Allotissement et marchés publics globaux

Renforcement du principe d'allotissement. - Sous réserve des marchés publics globaux, les mar-chés publics autres que de défense ou de sécurité seront passés en lots séparés, « *sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ». Les acheteurs pourront décider de ne pas allotir un marché public si « *la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des presta-tions* ». Par ailleurs, lorsqu'un acheteur décidera de ne pas allotir un marché public, il devra motiver son choix « *selon des modalités fixées par voie réglementaire* » **(Ord. n° 2015-899, art. 32)**.

Consécration de la possibilité de limiter le nombre de lots attribués au même opérateur. - Les acheteurs pourront désormais « *limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique* » **(Ord. n° 2015-899, art. 32, I, al. 3)**. Cette disposition correspond à une pratique profes-sionnelle non prévue par la réglementation mais que le Conseil d'Etat a admis dès lors qu'elle vise « *à susciter l'émergence d'une plus grande concurrence dans le secteur (...) et à assurer la sécurité des approvisionnements du ministère de la Justice dans ce domaine, en permettant à plusieurs en-treprises de disposer d'une compétence dans ce secteur afin que l'État puisse durablement être con-fronté à plusieurs opérateurs* » (CE, 20 févr. 2013, n° 363656, Laboratoire Biomnis : *Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 102, note P. Devillers*).

Degré de contrôle du juge sur la décision de recours à un marché global. - L'article 10 du Code des marchés publics prévoit, afin de faciliter l'accès des PME à la commande publique, que, si l'objet du marché permet l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur doit le passer en lots séparés. Le deuxième alinéa du même article atténue la rigueur de cette obligation, puisque le pouvoir adjudicateur peut passer un marché global, « *s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ». Le Conseil d'Etat exerce un contrôle normal sur la décision de recourir à un marché global (*CE, 29 déc. 2009, Dpt de l'Eure : Rec. CE 2009, p. 832 - CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt des Bouches-du-Rhône : JurisData n° 2011-023218 ; Rec. CE 2011, p. 100 9 ; JCP A 2011, act. 706*). Dans ce cadre, le juge doit rechercher « *si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justi-fications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées men-tionnent, entachées d'appréciations erronées* » **(CE, 26 juin 2015, n° 389682, Société Extérion Média France et Derichebourg SNC : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; BJCL 2015, p. 489, obs. S.**

Ferrari ; AJDA 2015, p. 1295 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 232, note J.-P. Pietri ; JCP A 2015, act. 599 ; JCP A 2015, p. 2330, obs. F. Linditch).

Groupement de commandes et obligation d'allotissement. - Si le pouvoir adjudicateur peut, afin de susciter une plus large concurrence, décider de restreindre le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même opérateur (*CE, 20 févr. 2013, n° 363656, Sté Laboratoire Biomnis : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 102, note P. Devillers*), aucune règle ni aucun principe ne s'oppose à ce que, à l'issue de la mise en concurrence, plusieurs lots voire tous les lots soient attribués à un même opérateur si celui-ci a présenté à chaque fois l'offre économiquement la plus avantageuse (*CE, 9 déc. 1994, n° 144269, Préfet des Vosges : JurisData n° 1994-048514 ; Rec. CE 1994, p. 546*). Toutefois, dans une procédure de passation d'un marché pour un groupement de commandes, il n'est pas possible d'imposer que les trois marchés distincts pour lesquels est lancée la procédure soient attri-bués à un même opérateur. En effet, le fait que, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur ait procédé à une division du marché en trois relève que l'allotissement était possible techniquement et constituait l'option retenue par le groupement de commandes **(CE, 7e et 2e sous-sect., 18 sept. 2015, n° 389740, Syndicat intercommunal des eaux du bas Roubion (SIEBR) : AJDA 2015, p. 1724 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 259, note M. Ubaud-Bergeron ; JCP A 2015, act. 787)**.

C. Evaluation préalable du mode de réalisation du projet

Une nouvelle exigence. - L'ordonnance introduit une obligation d'évaluation préalable du mode de réalisation d'un projet portant sur des investissements dont le montant hors taxe serait égal ou supé-rieur à un seuil fixé par voie réglementaire. Ce seuil est fixé à 100 millions d'euros HT par l'article 24 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics **(Décret n° 2016-360, art. 24)**. S'appliquant uniquement aux projets de grande envergure, cette évaluation préalable a pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation d'un projet. Par cette étude, il convien-drait d'éclairer le choix de la personne publique sur le mode opératoire le plus avantageux notam-ment en termes de maîtrise du coût complet de l'investissement **(Ord. n° 2015-899, art. 40)**.

D. Identification de la procédure de passation applicable

Réaménagement des procédures de mise en concurrence. - Il n'est prévu que trois procédures formalisées pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices dans l'ordonnance **(Ord. n°2015-899, art. 42)**. Si les procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint et de dialogue compéti-tif sont communes aux deux catégories d'acheteurs, la procédure concurrentielle avec négociation est propre aux pouvoirs adjudicateurs, tandis que la procédure négociée avec mise en concurrence préalable est réservée aux entités adjudicatrices. Ces procédures issues des directives (*Dir. 2014/24/UE, art. 29 ; dir. 2014/25/UE, art. 47*) remplacent la procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence. Le choix de la procédure est libre pour les entités adjudicatrices **(Décret n° 2016-360, art. 26)**, alors qu'il est réglementé pour les pouvoirs adjudicateurs, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif n'étant admis que dans six hypothèses, pour les marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens. En deçà des seuils européens, les acheteurs peuvent toujours recourir à une procédure adaptée dont la définition est conservée. La procédure adaptée est également utilisable en deçà, comme au-delà des seuils européens, pour les marchés de services sociaux et services spécifiques, ainsi que pour les marchés de services juridiques de représentation. Indépendamment de la question du seuil de passation, les acheteurs peuvent également passer leur marché selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque certains motifs, devant rester exceptionnels pour respecter le droit de l'Union européenne, seront réunis (*Dir. 2014/24/UE, préc. note (1), art. 32.2*). Ces procédures ne constituent que le droit commun des marchés. Pour ceux revêtant un caractère particulier, des procédures spécifiques sont prévues. Par exemple, les marchés de conception-réalisation font l'objet d'une procédure de passation spécifique, qui n'est applicable qu'aux acheteurs soumis à la loi MOP, et ce quel que soit leur montant **(Décret n° 2016-360, art. 91)**. La procédure du concours est apparemment librement utilisable, en dehors des marchés de maîtrise d'oeuvre, pour tout contrat impliquant la présentation d'un « *plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données* », ceci quel que soit le montant du contrat **(Ord. n°2015-899, art. 8)**.

II. Les règles de publicité et de mise en concurrence

A. Publicité

Rehaussement des seuils de publicité de 15 000 euros à 25 000 euros. - Depuis le 1er octobre 2015 **(Décret n° 2015-1163, 17 sept. 2015)**, la forme écrite pour la passation des marchés publics n'est imposée que pour les marchés dont le montant est supérieur à 25 000 euros HT (*CMP, art. 11, 141 et 190 modifiés*). Le décret du 17 septembre 2015 relève de 15 000 à 25 000 euros hors taxes le seuil en deçà duquel un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut passer un marché ou un accord-cadre sans publicité ou mise en concurrence préalable, tout en garantissant, en dessous de ce seuil, le respect des principes fondamentaux de la commande publique. A cette fin, il modifie le Code des marchés publics et l'article 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Cette modification par un texte réglementaire d'une disposition contenue dans une loi a été rendue possible par le «*déclassement*» préalable de cette disposition par le Conseil constitutionnel (**Décision n° 2015-257 L du 13 août 2015**), c'est-à-dire la reconnaissance de son caractère réglementaire (ce caractère ne valant que pour le premier alinéa de cet article de loi).

B. Procédures de passation

1. Appel d'offres

Exigence d'essais. - Le Conseil d'Etat a jugé que dans la mesure où ni le Code des marchés publics, ni aucun des principes de la commande publique ne l'interdisent, l'autorité publique est en droit d'exiger des soumissionnaires la réalisation d'essais lors de la présentation de leur offre. La Haute juridiction a également précisé le régime de ces essais, qui peuvent être exigés même lorsque les entreprises candidates disposent d'un agrément professionnel. En cas d'appel d'offres, la réalisation des essais ne doit pas conduire à une négociation entre les soumissionnaires et le pouvoir adju-dicateur, et surtout, à une modification des offres initiales **(CE, 26 juin 2015, n° 389124, Assis-tance publique - Hôpitaux de Paris : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 1294 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 234, note G.Eckert ; JCP A, act. 601 ; JCP A 2015, p. 2334, obs. F. Linditch)**. Cette solution rejoint celle adoptée par les juges du fond qui, dans le silence des textes, avaient admis la réalisation d'essais dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif **(CAA Douai, 29 janv. 2015, n° 13DA01529, Me A...C...)**.

2. Procédure négociée

Conditions de déroulement. - En l'espèce, la commune d'Arcueil avait organisé un appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public portant sur des prestations de médiation de nuit sur son territoire. Ayant jugé les deux offres reçues inacceptables, elle a décidé de lancer une pro-cédure négociée avec les deux candidats sur le fondement de l'article 35, I du Code des marchés publics, au terme de laquelle l'association Optima a été retenue. La société concurrente ayant obtenu du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun l'annulation de la procédure, l'association Optima s'est alors pourvue en cassation contre l'ordonnance rendue en première ins-tance. La société concurrente se plaignait notamment du déroulement même de la négociation, le pouvoir adjudicateur s'étant limité à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse. Le Conseil d'Etat, écartant le moyen, a jugé que dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur, qui détermine librement les modalités de la négociation, peut n'engager la discussion avec les concurrents que sur la baisse du prix des offres initiales **(CE, 7e et 2e sous-sect., 27 mars 2015, n° 386862, Assoc. Optima : BJCL 2015, p. 489, obs. S. Ferrari ; Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 115, note M. Ubaud-Bergeron)**.

3. Procédures adaptées

Recours à la négociation en procédure adaptée. - Le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel « *si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure* ». Toutefois, « *il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats* ». Il suffit que le règlement de la consultation ait indiqué la possibilité du lancement d'une négociation. La Haute juridiction a également précisé que « *la décision du pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ne saurait être utilement critiquée devant le juge* ». En revanche, si le pouvoir adjudicateur « *choisit, comme il lui est loisible de le faire, de ne négocier qu'avec certains des candidats qui ont présenté une offre, il appartient au juge, saisi d'un moyen sur ce point, de s'assurer qu'il n'a méconnu aucune des règles qui s'imposent à lui, notamment le principe d'égalité de traitement des candidats* » **(CE, 18 sept. 2015, n° 380821, Société Axcess : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; BJCL 2015, p. 816, obs. S. Ferrari ; AJDA 2015, p. 1720 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 260, note P. Devillers ; JCP A 2015, act. , 789)**.

C. Mise en concurrence

1. Sélection des candidatures

Examen des candidatures. - L'acheteur doit dans un premier temps vérifier que les candidatures ne sont pas frappées par un motif d'exclusion. La nouvelle ordonnance distingue, à cet égard, deux types d'exclusions, obligatoires et facultatives, alors que l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ne prévoyait que des exclusions imposées.

Interdictions de soumissionner obligatoires. - Si les dispositions concernant les exclusions obli-gatoires ne sont affectées qu'à la marge, l'ordonnance modifie la liste des exclusions concernant, pendant une durée de cinq ans, dorénavant modulable par le juge pénal **(Ord. n° 2015-899, art. 45, 1°, al. 3)**, les entreprises qui ont été condamnées ou dont les représentants ont été condamnés défi-nitivement à raison de certaines infractions. Apparaissent ainsi de nouvelles infractions, comme celles commises dans le cadre de l'exercice de fonctions publiques (*C. pén., art. 432-10 à art. 432-16*). En face de tels motifs d'exclusion, l'acheteur doit rejeter la candidature ou exiger le remplace-ment de l'opérateur lorsque la candidature est présentée sous la forme d'un groupement ou lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant, « *par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande* » **(Ord. n° 2015-899, art. 50)**. Ce-pendant, et ce pour la première fois, les acheteurs peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opéra-teur économique frappé d'une interdiction de soumissionner prévue aux articles 45 et 46 de l'ordonnance, à participer à la procédure de passation d'un marché public, « *à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés publics* » **(Ord. n° 2015-899, art. 47)**.

Interdictions de soumissionner facultatives. - A côté des motifs d'exclusion obligatoires, il existe dans la nouvelle ordonnance une liste de motifs pouvant, à la discrétion de l'acheteur public, justi-fier l'exclusion de l'entreprise candidate **(Ord. n° 2015-**

899, art. 48). Ainsi, les acheteurs pourront notamment exclure les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un précédent marché public ou contrat de concession. Les entreprises dont la participa-tion à la procédure est incompatible avec le principe d'égalité de traitement en raison de leur volonté d'influer sur le processus décisionnel, de leur connaissance d'informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence, de la conclusion d'une entente, ou de l'existence d'une situation de conflit d'intérêts, pourront également être exclues.

Sélection des candidats. - Après avoir vérifié que les candidatures ne sont pas frappées d'un motif d'exclusion, l'acheteur doit, de manière classique, les analyser pour vérifier qu'elles répondent aux autres conditions de participation qu'il aura préalablement fixées. Ces conditions, propres à garantir que les candidats disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité écono-mique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public, « *devront être liées et proportionnées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* » (**Ord. n° 2015-899, art. 51**). Ce principe est néanmoins doublement tempéré. D'une part, des marchés publics passés dans des domaines spécifiques ou certains lots de ces marchés pourront être réservés à certaines entreprises, appartenant notamment au secteur de l'économie so-ciale et solidaire **(Ord. n° 2015-899, art. 37)**. D'autre part, des restrictions à la participation des opérateurs économiques ayant la nationalité d'un État tiers non partie à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC pourront être posées **(Ord. n° 2015-899, art. 2, I)**.

Capacité professionnelle des candidats: appréciation du pouvoir adjudicateur. - Si le pouvoir adjudicateur peut apprécier la capacité professionnelle des candidats au vu de leur expérience sur des marchés antérieurs analogues, l'article 52 du Code des marchés publics lui interdit de rejeter une candidature pour ce seul motif, et lui impose d'examiner la capacité professionnelle de l'entreprise à la lumière des autres pièces du dossier de candidature. En revanche, la procédure ne sera pas viciée si le pouvoir adjudicateur a réellement procédé à une analyse objective de la capacité du candidat, nonobstant la motivation irrégulière de son rejet **(CE, 7e et 2e sous-sect., 17 juin 2015, n° 388596, Sté Philip Frères : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 200, note M. Ubaud-Bergeron ; JCP A 2015, act. , 566)**.

Information sur les critères de sélection des candidats par une entité adjudicatrice. - Le Conseil d'Etat juge que l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection des candidatures ne signifie pas que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit indiquer les conditions de mise en oeuvre de ces critères et notamment leur pondération éventuelle (*CE, 27 févr. 2013, n° 364172, Cne Nîmes : JurisData n° 2013-003821 ; CP-ACCP 131/2013, p. 8, obs. J.-P. Jouguelet*). En l'espèce, la Haute juridiction a précisé que l'information sur les modalités de mise en oeuvre des critères de sélection des candidatures n'est pas nécessaire, « *sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats* » (*consid. 12*). Tel n'était pas le cas d'une « *pondération équilibrée des quatre critères relatifs à la capacité économique et financière, aux références, aux moyens en per-sonnel et aux moyens techniques* » (*consid. 13*) **(CE, 10 avr. 2015, n° 387128, CCI territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; BJCL 2015, p. 488, obs. S. Ferrari ; AJDA 2015, p. 726 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 140, note G. Eckert ; JCP A 2015, p. 2221 et 2252, obs. F. Linditch et note J. Martin)**.

2. Sélection des offres

Analyse des offres. - L'examen de la recevabilité des offres dans la nouvelle ordonnance ne com-porte pas de changement radical par rapport au droit actuel. L'autorité compétente doit identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de plusieurs critères ou d'un critère unique, critères qui doivent être objectifs, précis et liés à l'objet du marché public. Un certain assouplisse-ment de ce lien se fait néanmoins sentir puisque celui-ci sera désormais apprécié de la même manière que le lien entre les clauses du marché et son objet **(Ord. n° 2015-899, art. 38, I.)** ou à ses conditions d'exécution. Il n'est pas précisé qu'il doit s'agir du critère du prix, ce qui est nouveau. Il est mentionné que « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence* » **(Ord. n° 2015-899, art. 52)**. L'ordonnance ne fournit pas de liste de critères utilisables, comme cela existe dans l'article 53 du Code des marchés publics 2006. En outre, « *lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures passé par une entité adjudicatrice contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays tiers* », cette offre pourra être rejetée lorsque les produits originaires de ces pays tiers représentent la part majoritaire de l'achat réalisé **(Ord. n° 2015-899, art. 54)**.

Offres anormalement basses. - Est maintenu le dispositif du rejet, après l'étape d'analyse des jus-tifications et précisions fournies par l'opérateur économique, d'une offre anormalement basse **(Ord. n° 2015-899, art. 53)**. Toutefois, ce dispositif est étendu au cas où le montant des prestations sous-traitées est lui-même anormalement bas **(Ord. n° 2015-899, art. 62)**.

Information des candidats et soumissionnaires évincés. - Une fois l'offre sélectionnée, l'acheteur devra informer de son choix les concurrents évincés **(Ord. n° 2015-899, art. 55)**. Cette obligation est étendue aux marchés à procédure adaptée, en l'absence de prescriptions contraires. L'acheteur devra publier, en plus, un avis d'attribution et

2015, un an de droit de la passation des marchés publics

rendre accessible les données essentielles du marché public sous un format ouvert et librement réutilisable **(Ord. n° 2015-899, art. 56)**, ce qui constitue une nouveauté.

Qualification du personnel et critère de choix de l'offre. - Selon une jurisprudence constante, l'expérience d'une entreprise sur un marché antérieur ne peut être retenue que comme un critère de sélection des candidatures, destiné à vérifier la capacité professionnelle du candidat, ceci étant jugé aussi bien par la Cour de justice de l'Union européenne (*CJUE, 9 oct. 2014, aff. C-641/13, Royaume d'Espagne c/ Commission européenne*), que par le Conseil d'Etat (*CE, 29 déc. 2006, n° 273783, Sté Bertele SNC : JurisData n° 2006-071223*). La Cour de justice a considéré que dans le cas d'un marché de prestations de services de formation et de conseil pour la réalisation d'un projet, le re-cours à l'expérience et à l'équipe n'est pas une donnée générale que doit fournir le soumissionnaire, mais concerne précisément et concrètement l'équipe qui doit spécifiquement exécuter le marché. Dans ce cas, il s'agit pour le pouvoir adjudicateur d'apprécier la qualité de la prestation qui sera fournie, ce qui dans un marché de prestations de service intellectuelles peut reposer sur la qualifica-tion de l'équipe affectée à l'exécution du marché. Cette qualification est une caractéristique intrin-sèque et est liée à l'objet du marché : elle pouvait donc être retenue comme critère de sélection des offres **(CJUE, 26 mars 2015, aff. C-601/13, Ambisig c/ Nersant (Ambiente e Sistemas de Informaçao Geografica SA c/ Associaçao Empresarial da Regiao de Santarem : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 116, note M. Ubaud-Bergeron)**.

Sous-critères assimilables à de véritables critères de sélection des offres. - Les sous-critères étant en principe des composantes ou des sous-éléments d'un critère, ils ne sont pas soumis, en principe, aux règles de publicité, de pondération et de hiérarchisation définies par l'article 53 du Code des marchés publics pour les critères. Leur prise en compte pour le jugement des offres n'a donc pas le même effet que l'utilisation d'un critère non prévu (*CE, 24 oct. 2008, n° 314498, UGAP : Rec. CE 2008, p. 808 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 274, note W. Zimmer*). Les sous-critères sont néanmoins assimilés à des critères et sont soumis aux mêmes règles que ceux-ci lorsqu'ils sont susceptibles d'exercer une influence significative sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection (*CE, 18 juin 2010, n° 337377, Cne Saint-Pal-de-Mons : Rec. CE 2010, p. 212*). Ainsi, le juge prononce la nullité du contrat lorsque le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne portant pas à la connaissance des candidats des sous-critères assimilables à de véritables critères de sélection des offres **(CE, 17 juin 2015, n° 388457, Sté Proxiserve : Mentionné aux tables du Lebon ; AJDA 2015, p. 1244 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 159, note J.-P. Pietri ; JCP A 2015, act. 568)**.

Méthode de notation privant les critères de leur portée. - Si le pouvoir adjudicateur est libre de choisir la méthode de notation, cette faculté n'en comporte pas moins des limites lorsque « *ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération (...)* » (*CE, 3 nov. 2014, n° 373362, Cne Belleville-sur-Loire*). Ainsi, le pouvoir adjudicateur décidant dans un marché global divisé en plusieurs lots techniques, de procéder, pour la mise en oeuvre du critère du prix, à une notation lot par lot, avant de faire la moyenne arithmétique des différentes notes obtenues pour calculer une note globale, a recours à une méthode de notation irrégulière car ne permettant pas de tenir compte de la grande disparité des valeurs des différents lots ni, par suite, d'identifier l'offre dont le prix était effectivement le plus avantageux **(CE, 1er juill. 2015, n° 381095, Sté nouvelle d'entreprise générale du Sud-ouest : Mentionné aux tables du Recueil Lebon, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 233, note J-P. Pietri)**.

Devoir d'impartialité du pouvoir adjudicateur. - Le Conseil d'Etat a jugé que le principe d'impartialité est méconnu lorsqu'un assistant à maîtrise d'ouvrage a participé à la rédaction du CCAP et à l'analyse des offres alors même qu'il avait entretenu des liens professionnels avec l'une des entreprises soumissionnaires, au sein de laquelle il avait exercé des fonctions de direction pendant plus de dix ans. Il en découle un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont le juge du référé précontractuel peut connaître **(CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Région Nord-Pas-de-Calais : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 1955 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 279, note G. Eckert ; JCP A 2015, act. 869)**.

Devoir d'impartialité des experts examinant les offres. - Lorsque le pouvoir adjudicateur a re-cours à l'examen des offres par des experts, il doit s'assurer de leur impartialité à l'égard des entre-prises soumissionnaires. Le droit national peut tenir compte de ce qu'une éventuelle partialité des experts n'a pas eu d'impact sur la décision d'attribution du marché. En revanche, il ne peut exiger du soumissionnaire évincé qu'il prouve concrètement la partialité des experts dès lors que des liens significatifs entre ceux-ci et l'attributaire du marché ont été établis **(CJUE, 12 mars 2015, aff. C-538/13, Sté eVigilo Ltd c/ Dpt général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Inté-rieur de Lituanie : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 114, note G. Eckert)**.

III. Le contentieux de la passation des marchés publics

A. Recours antérieurs à la signature du contrat

Contrôle du juge sur l'appréciation des candidatures par le pouvoir adjudicateur. - Le Conseil d'Etat a jugé qu'il incombait au juge du référé précontractuel de s'assurer que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constituait pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, il doit être saisi de moyens en ce sens et ne saurait exercer d'office ce contrôle. C'était le cas en l'espèce puisque les candidats évincés avaient soutenu devant les juges du fond que l'association en cause n'était pas habilitée à délivrer les consultations juridiques prévues par

le règlement de la consultation. La Haute juridiction précise en outre que, lorsque le candidat est une personne morale de droit public, le juge du référé précontractuel doit vérifier que l'exécution du contrat entre dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaît pas le principe de spécialité auquel il est tenu **(CE, 18 sept. 2015, n° 390041, Assoc. de gestion du conservatoire national des arts et métiers des Pays de la Loire et a. : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 1721 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 273, note J-P. Pietri ; JCP A 2015, act. 786)**.

Référé précontractuel : juge territorialement compétent. - Le Conseil d'Etat a précisé que le lieu d'exécution du contrat faisant l'objet de la procédure de passation contestée détermine le juge compétent pour statuer sur un référé précontractuel présenté sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative **(CE, 26 juin 2015, n° 389599, SARL Olympe Service : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 245, note P. Devillers ; JCP A 2015, act. 600 ; JCP A 2015, p. 2366, note J. Martin)**.

Devoir d'impartialité du juge. - La Haute juridiction administrative a jugé que le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un magistrat ayant prononcé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation d'un marché public, statue sur une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code et tendant à la suspension de l'exécution du marché attribué après reprise de la procédure de passation conformément à la première décision juridictionnelle **(CE, 19 janv. 2015, n° 385634, Sté Ribière: Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; BJCL 2015, p. 228, concl. G. Pellissier et obs. P. Cassia ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 73, note J.-P. Pietri ; JCP A 2015, act. 106 ; JCP A 2015, p. 2150, note J. Martin ; Procédures 2015, comm. 142, note S. Deygas)**.

B. Recours postérieurs à la signature du contrat

1. Recours formés par un candidat évincé

Recevabilité du référé contractuel après un référé précontractuel. - En l'espèce, le Conseil d'Etat rappelle que l'article L. 551-14 du Code de justice administrative n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un référé précontractuel qui, d'une part, ignorait le rejet de son offre et la signature du marché, par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions prévoyant une information des concurrents évincés sur ce point, ou qui, d'autre part, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché, lorsqu'une telle information doit être donnée dans la notification du rejet. La Haute juridiction étend cette solution au candidat qui a reçu notification d'un délai inférieur au délai minimum prévu par les dispositions applicables alors même que le contrat aurait finalement été signé dans le respect de ce délai minimum **(CE, 17 juin 2015, n° 388457, Sté Proxiserve : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 1244 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 224, note J.-P. Pietri ; JCP A 2015, act. 568)**.

Expiration du délai de validité des offres. - Le Conseil d'Etat était saisi dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de missions de service médical d'urgence lancée par le centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie. Le juge des référés avait suspendu puis annulé cette procédure à la demande d'un concurrent évincé. Ce concurrent évincé soutenait en cassation que le litige était devenu sans objet dès lors que le délai de validité des offres avait expiré après l'intervention de l'ordonnance du juge des référés. Le Haute juridiction précise, au contraire, que, « *si la personne publique doit, sous peine d'irrégularité de la procédure de passation, choisir l'attributaire d'un marché dans le délai de validité des offres, elle peut toujours solliciter de l'ensemble des candidats une prorogation ou un renouvellement de ce délai ; que lorsque ce délai est arrivé ou arrive à expiration avant l'examen des offres en raison, comme c'est le cas en l'espèce, d'une procédure devant le juge du référé précontractuel, la personne publique peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre* ». Le Conseil d'Etat juge donc que le litige a, en l'espèce, conservé son objet **(CE, 10 avr. 2015, n° 386912 et n° 386920, Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, Sté Hélicocean : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 725 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 159, note J.-P. Pietri ; JCP A 2015, p. 2253, note J. Martin ; Dr. adm. 2015, comm. 46, note S. Deligiannis)**.

2. Recours formés par tout tiers au contrat

Recevabilité des appels incidents. - En l'espèce, un concurrent évincé qui avait obtenu l'annulation du marché, demandait en appel à ce que soit accrue l'indemnisation de son préjudice. La collectivité publique demandait de son côté l'annulation du jugement ayant annulé le contrat, fait générateur de la créance. La cour administrative d'appel de Marseille, saisie du litige, avait rejeté ces conclusions incidentes comme étant irrecevables, soulevant après l'expiration du délai d'appel un litige distinct de celui dont elle avait été saisie par l'appelant principal (CAA Marseille, 21 juill. 2014, n° 12MA04778, *Société AGL Services*, AJDA 2014. 2429, concl. E. Felmy). Saisie d'un pourvoi par la région, la Haute juridiction a censuré le raisonnement tenu par le juge d'appel au motif que « *lorsque le juge se prononce sur les différentes conclusions dont il peut être saisi dans le cadre* » d'un recours de pleine juridiction contestant la validité d'un contrat administratif, « *ces mesures se rattachent toutes à un même litige* » **(CE, 21 oct. 2015, n° 384787, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur : Mentionné aux tables du Recueil Lebon ; AJDA 2015, p. 2008 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 298, note P. Devillers ; JCP A 2015, act. 894)**.

Précisions sur la notion d'intérêt lésé du tiers dans le contentieux de la validité du contrat. - En l'espèce, une société sous-traitante d'un groupement dont l'offre avait été rejetée, avait introduit devant le tribunal

2015, un an de droit de la passation des marchés publics

administratif de Saint-Denis un recours en contestation de la validité du contrat, assorti d'une demande de suspension de l'exécution de la décision de rejet de l'offre et de suspension de l'exécution du marché, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Le juge des référés du tribunal administratif a fait droit à la demande du requérant par une ordonnance, qui a fait l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. La Haute juridiction a jugé qu'une société sous-traitante n'a pas en soi un intérêt lésé lui permettant de con-tester la validité d'un contrat, compte tenu du fait qu'une telle société ne fait pas partie des entre-prises dont l'offre a été rejetée ou qui ont été empêchées de participer à la procédure. Toutefois, pour le Conseil, le fait qu'en l'espèce le groupement a proposé une offre qui reposait sur la techno-logie proposée par la sous-traitante doit conduire à considérer que la sous-traitante a bien un intérêt lésé qui justifie la recevabilité de son recours **(CE, 7e et 2e sous-sect., 14 oct. 2015, n° 391183, Région Réunion : AJDA 2015, p. 1949 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 297, note M. Ubaud-Bergeron ; Dr. adm. 2015, comm. 75, note F. Hoffman ; JCP A 2015, act. 866)**.

Droit de l'exécution des marchés publics

Par Romain PLACE

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiant du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2015 a été marquée par l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics, transposant les directives européennes n° 2014/24/UE et n° 2014/25/UE du 26 février 2014, ainsi que par la publication du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 d'application de celle-ci. En outre, le Tribunal des Conflits a eu l'occasion de statuer respectivement sur la compétence du juge judiciaire en matière d'action en garantie du titulaire du marché contre son sous-traitant (TC, 16 novembre 2015, Société Strabag Umweltanlangen GmbH, req. 4029), et sur celle du juge administratif pour les actions en garantie entre constructeurs membres d'un groupement (TC, 9 février 2015, Société Ace European Group Limited, req. 3983). Enfin, la jurisprudence des juridictions administratives est venue préciser les fondements de la mise en œuvre de la garantie décennale (CE, 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, req. 376229 ; CE, 21 octobre 2015, Commune de Tracy-sur-Loire, req. 385779), le régime de notification du décompte général (CE, 19 janvier 2015, Commune de Châteauneuf, req. 374659) et les conditions de mise en œuvre d'une clause de résiliation au profit du cocontractant (CAA Nancy, 2 avril 2015, Société Grenke Location, req. 14NC01885).

I. L'exécution technique des marchés publics

A. Obligations des cocontractants

Contrôle du coût de revient par le maître d'ouvrage. - L'article 64 de l'ordonnance prévoit que dans le cas des marchés pour lesquels « *la spécialité des techniques, le petit nombre de candidats possédant la compétence requise, des motifs de secret ou des raisons d'urgence impérieuse ou de crise, ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement* » (III°), les titulaires de marchés publics « *fournissent à l'acheteur, si celui-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables du coût de revient des prestations* » (I°), et ont « *l'obligation de permettre et de faciliter la vérification éventuelle sur pièces ou sur place de l'exactitude de ces renseignements par les agents de l'administration* » (II°). L'article 138 du décret d'application en précise les conditions **(ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 64, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 138)**.

Contrôle des règles relatives au travail illégal. - **L'article 13 du décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal** revoit à la hausse le seuil à partir duquel les acheteurs doivent contrôler le respect par leurs cocontractants des règles relatives au travail illégal (art. R. 8222-1 et D. 8254-1 du code du travail), passant de 3 000 euros hors taxes à 5 000 euros hors taxes.

Devoir de conseil du maître d'œuvre lors de la réception de l'ouvrage. - Confirmant une jurisprudence constante (CE, 28 juin 2011, Société Cabinet d'études Merlin, req. 330693 : BJCP 2011, p. 90, N. Boulouis ; Contrats-Marchés pub. 2011, comm. 68, note P. Devillers), le Conseil d'État a rappelé que si la réception de l'ouvrage met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs, la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre peut être recherchée pour manquement au devoir de conseil lors de la réception de l'ouvrage **(CE, 11 février 2015, Commune de Sarrebourg, req. 372492 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 92, obs. H. Hoepffner)**. Le devoir de conseil auquel le maître d'œuvre est tenu a également été rappelé par les cours administratives d'appel, ne retenant pas la responsabilité de l'architecte qui n'a pas eu connaissance de l'utilisation d'un procédé « *non prévu par les pièces contractuelles du marché* » (cons. 5) **(CAA Bordeaux, 9 avril 2015, EHPAD d'Arnac Pompadour e.a., req. 12BX02225 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 153, obs. H. Hoepffner)**, puis engageant, dans une seconde espèce, la responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil lors de la réception de l'ouvrage **(CAA Versailles, 12 novembre 2015, Centre hospitalier intercommunal d'Eaubonne-Montmorency, req. 13VE00697 : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 9, obs. H. Hoepffner)**.

B. Sous-traitance

Recours à la sous-traitance. - L'article 62 de l'ordonnance dispose que les acheteurs « *peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire* » (I°). En outre, ce texte dispose que « *lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications* » (II°). Le décret d'application en précise les conditions dans ses articles 133 à 137 **(ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 62, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 133 à 137)**.

Compétence du juge judiciaire en matière d'action en garantie du titulaire du marché contre son sous-traitant. - La solution classique retenue par la jurisprudence du Tribunal des Conflits attribue à la juridiction administrative les litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux, sauf dans l'hypothèse où les parties sont unies par un contrat de droit privé (TC, 24 novembre 1997, Société de Castro c. Bourcy et Sole, req. 3060 : Rec. CE 1997, p. 540). A la suite d'une question posée par le tribunal administratif de Lille concernant une action en garantie engagée par le titulaire du marché public contre son sous-traitant, le Tribunal des Conflits n'a pas poursuivi l'extension de la solution *Société de Castro* entamée dans une décision antérieure concernant les constructeurs membres d'un groupement (*v. infra* : TC, 9 février 2015, Société Ace European Limited, req. 3983). En l'espèce, « *l'action en garantie engagée par la société Strabag contre ses sous-traitants* » relève du juge judiciaire **(TC, 16 novembre 2015, Société Strabag Umweltanlangen GmbH, req. 4029 : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 21, note P. Devillers ; AJDA 2015 p. 2237)**.

Admission sous conditions de la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant. - Si le juge administratif n'est en principe pas compétent pour connaître de la responsabilité quasi-délictuelle des personnes privées, ce principe connaît une exception dans le cas d'une action du maître de l'ouvrage contre un participant avec lequel il n'est pas lié par un contrat. C'est le cas de l'action en responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage contre son sous-traitant. Par la décision commentée, le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence classique selon laquelle il réservait la recevabilité d'une telle action aux contrats de louage d'ouvrage (CE, 30 juin 1999, Commune de Voreppe, req. 163435 : Rec. CE 1999, p. 225) et a admis la pleine recevabilité d'une action en responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage à l'encontre des participants avec lesquels il n'est pas lié par un contrat, mais intervenus « *sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs* » (cons. 4). La Haute juridiction a toutefois ajouté des conditions. Tout d'abord, la responsabilité du ou des cocontractants doit être prioritairement recherchée. Ensuite, le maître d'ouvrage ne peut pas se prévaloir des fautes résultant de l'inexécution des « *propres obligations contractuelles* » (cons. 4) des sous-traitants, et ne peut rechercher leur responsabilité quasi-délictuelle pour des « *désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination* » (cons. 4) **(CE, 7 décembre 2015, Commune de Bihorel, req. 380419, publié au recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 34, note P. Devillers ; JCP A 2015, act. 1055 ; AJDA 2015, p. 2351 ; RDI 2016, p. 96, obs. H. de Gaudemar)**.

C. Garanties des constructeurs

Garanties prévues par les marchés publics. - L'article 61 prévoit que les marchés publics peuvent prévoir, « *à la charge du titulaire, une retenue de garantie, une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire* ». Le décret d'application en précise les conditions dans ses articles 122 à 126 **(ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 61, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 122 à 126)**.

Compétence du juge administratif pour les actions en garantie entre constructeurs membres d'un groupement. - Le Tribunal des Conflits, saisi pour la détermination de l'ordre juridictionnel compétent pour connaître des actions en garanties, greffées sur un litige principal avec le maître d'ouvrage, engagées par des constructeurs, les uns contre les autres au sein d'un groupement, a fait évoluer sa jurisprudence qui faisait dépendre la détermination de l'ordre juridictionnel compétent de l'existence ou non d'un contrat de droit privé entre les parties, attribuant la compétence au juge

judiciaire le cas échéant (TC, 24 novembre 1997, Société de Castro c. Bourcy et Sole, req. 3060 : Rec. CE 1997, p. 540). Dans une logique de blocs de compétence et de bonne administration de la justice, le Tribunal a ainsi jugé que dans le silence d'un marché quant à la répartition des prestations, le juge compétent est le juge administratif, « *quand bien même la répartition des prestations résulterait d'un contrat de droit privé* », sauf si « *la validité ou l'interprétation de ce contrat* » (cons. 2) soulève des difficultés sérieuses **(TC, 9 février 2015, Société Ace European Group Limited, req. 3983 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 83, note P. Devillers ; BJCP 2015, p. 326 ; AJDA 2015 p. 310 ; AJDA 2015 p. 1549, note G. Clamour ; RDI 2015 p. 186, obs. B. Delaunay ; JCP A 2015, act. 178 ; JCP A 2015, n° 2149, comm. J. Martin ; JCP G 2015, n° 231 ; JCP G 2015, n° 512, note G. Eveillard)**.

Fondement de l'application de la garantie décennale, « dommage futur » et « vice apparent ». - Le Conseil d'État est venu apporter trois précisions quant à la mise en œuvre de la garantie décennale. Premièrement, est abandonnée la formule qui constituait le fondement de l'application de la garantie décennale par le juge administratif : à la référence aux « *principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil* », fondement de l'application de la garantie décennale par le juge administratif depuis 1973 (CE, ass., 2 février 1973, Trannoy, req. 82706), se substituent les « *principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs* », selon lesquels « *des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans* » (cons. 1). En outre, le Conseil d'État a réaffirmé sa conception extensive de la notion de « dommages futurs » (CE, 31 mai 2010, Commune de Parnes, req. 317006 : Rec. CE 2010, tables, p. 854 ; Contrats-Marchés pub. 2010, comm. 276, note J.-P. Pietri) en affirmant que les désordres engagent la responsabilité des constructeurs « *même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans* » (cons. 1). Enfin, le principal apport de la décision commentée concerne la notion de « vice apparent » qui permet, suite à la réception malgré la présence d'un vice apparent, de reconnaître qu'en le réceptionnant, le maître d'ouvrage s'interdit ensuite de mettre en jeu la garantie décennale, qui couvre les désordres apparus postérieurement à la réception. En l'espèce, la Haute juridiction administrative a jugé qu'une négligence fautive du maître de l'ouvrage dans « *le suivi et le contrôle de l'exécution du marché* » (cons. 3) ne suffit pas à conférer un caractère apparent au vice : il appartenait ainsi à la cour administrative d'appel de « *déterminer dans quelle mesure les désordres tenant à l'absence de réalisation de ces travaux étaient apparents lors de la réception de l'ouvrage* » (cons. 3) **(CE, 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, req. 376229, publié au recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 142, note P. Devillers ; BJCP 2015, p. 282, concl. B. Dacosta, obs. S. Nicinski ; AJDA 2015 p. 780 ; AJDA 2015 p. 1819, comm. J. Martin ; RDI 2015 p. 423, obs. H. de Gaudemar ; AJCT 2015 p. 467 ; JCP A 2015, act. 380 ; JCP G 2015, n°510 ; Dr. adm. 2016, comm. 18, note A. Galland)**.

L'article 1792-4 du code civil : fondement de la responsabilité décennale du fabricant d'un ouvrage. - La responsabilité décennale du fabricant d'un ouvrage, ou d'une partie d'un ouvrage, peut être engagée alors même que ce dernier n'est pas lié par un contrat au maître d'ouvrage. Le Conseil d'État a ainsi affirmé que la personne publique maître de l'ouvrage peut rechercher « *sur le fondement de l'article 1792-4 du code civil (...), la responsabilité solidaire du fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences précises et déterminées à l'avance* » (cons. 3). Cependant, en l'espèce, la Haute juridiction a jugé que la société en cause n'était qu'un « *fournisseur* » et n'avait livré qu'un « *simple matériau qui ne pouvait être qualifié d'ouvrage, de partie d'ouvrage ou d'élément d'équipement au sens des dispositions de l'article 1792-4 du code civil* » (cons. 4). Par suite, la responsabilité décennale du fournisseur en cause ne pouvait être recherchée sur le fondement dudit article **(CE, 21 octobre 2015, Commune de Tracy-sur-Loire, req. 385779, mentionné aux tables du recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 280, note P. Devillers ; AJDA 2015, p. 2011 ; RDI 2015 p. 593, obs. H. de Gaudemar ; JCP A 2015, act. 900)**.

Garantie décennale : notion d'« ensemble indissociable ». - L'article 1792 du code civil dispose que « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». Ainsi, le champ d'application de la responsabilité décennale s'étend à l'ensemble des éléments d'équipement d'un ouvrage, dans l'hypothèse où ceux-ci le rendraient, dans son ensemble, impropre à sa destination. La cour administrative d'appel de Douai a en l'espèce jugé que « *le dispositif d'incinération des ordures, de transformation d'eau en vapeur par récupération de calories, de dérivation et de condensation de la vapeur forme un ensemble indissociable disposant d'un ancrage permanent et d'une emprise au sol ; que, dès lors, cet ensemble immobilier constitue un ouvrage qui a sa destination propre* » (cons. 4) : l'engagement de la responsabilité décennale de la société est donc admis **(CAA Douai, 20 janvier 2015, Société Hitachi, req. 13DA01246 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 65, note P. Devillers)**.

Garantie décennale : notion de « dommage compromettant la solidité de l'ouvrage ou de nature à le rendre impropre à sa destination » et imputabilité du dommage. - Appliquant de manière classique les principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du code civil, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que la combinaison de trois types de désordres a compromis la solidité de l'ouvrage et l'a rendu impropre à sa destination : les panneaux constituant le mur de soutènement séparant les cours des écoles maternelle et primaire pivotaient dans le vide, le revêtement en enrobé des

cours était fissuré, et enfin, les murs de soutènement présentaient des défauts techniques et permettaient l'infiltration d'eau. Dès lors, la cour a logiquement appliqué la garantie décennale et jugé que la commune de Perpignan était « *fondée à rechercher la responsabilité solidaire des constructeurs* » (cons. 11). L'arrêt commenté confirme, en outre, l'absence d'obligation de prouver la faute du constructeur pour engager sa responsabilité décennale : il suffit au maître de l'ouvrage de prouver que le désordre emportant application de la garantie décennale est « *susceptible d'être imputable* » (cons. 13) à un constructeur **(CAA Marseille, 2 février 2015, Commune de Perpignan, req. 12MA04705 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 93, obs. H. Hoepffner)**.

Garantie décennale : notion de « vices évolutifs ». - La cour administrative d'appel de Lyon a jugé, après avoir rappelé le champ d'application de la garantie décennale tel qu'issu des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 1792-4-1 du code civil, que des désordres affectant une piste d'athlétisme consistant en « *des cloques, boursouflures et décollement du revêtement synthétique* », « *par leur nombre et leur caractère évolutif* » sont de nature à « *rendre l'ouvrage impropre à sa destination* » (cons. 3) **(CAA Lyon, 11 juin 2015, Commune de Saint-Florentin, req. 13LY00341 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 215, obs. H. Hoepffner)**.

Appel en garantie d'un entrepreneur pour des dommages causés à un tiers. - Le Conseil d'État a précisé, dans le cadre de l'appel en garantie d'une entreprise, postérieurement à la réception de l'ouvrage, pour des dommages causés à un tiers qui n'étaient pas apparents ni connus lors de la réception, que « *la fin des rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, consécutive à la réception sans réserve d'un marché de travaux publics, fait obstacle à ce que, sauf clause contractuelle contraire, l'entrepreneur soit ultérieurement appelé en garantie par le maître de l'ouvrage pour des dommages dont un tiers demande réparation à ce dernier, alors même que ces dommages n'étaient ni apparents ni connus à la date de la réception* » (cons. 2). La Haute juridiction a précisé qu'il n'en va autrement que « *dans le cas où la réception n'aurait été acquise à l'entrepreneur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives de sa part* » **(CE, 19 juin 2015, CPAM de Haute Savoie c. Société ERDF et Société Serpollet Savoie, req. 372283 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 217, obs. H. Hoepffner)**.

D. La modification des marchés publics

Conditions de modification. - L'article 65 de l'ordonnance précise que les modifications « *ne peuvent changer la nature globale du marché public* ». En outre, il prévoit que « *lorsque l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le marché public peut être résilié par l'acheteur* ». Les articles 139 et 140 du décret d'application en précisent les conditions **(ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 65, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 139 et 140)**.

II. L'exécution financière des marchés publics

A. Rémunération des cocontractants

Marchés à forfait : indemnisation liée aux sujétions imprévues. - Le Conseil d'État est venu réaffirmer sa jurisprudence constante en matière d'indemnisation des sujétions imprévues dans les marchés à forfait (CE, 19 février 1975, Société Entreprises Campenon-Bernard, req. 80470 : Rec. CE 1975, p. 143 ; Dr. adm. 1975, comm. 86), en ce sens que « *même si un marché public a été conclu à prix forfaitaire, son titulaire a droit à être indemnisé pour les dépenses exposées en raison de sujétions imprévues* », c'est-à-dire « *présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties* », sous réserve que ces sujétions imprévues aient « *eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché* » (cons. 2). En outre, le Conseil d'État a apporté une précision quant au sous-traitant « *bénéficiant du paiement direct* » qui « *a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage, ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché* » (cons. 2). A ce propos, le Conseil d'État a estimé qu'afin d'évaluer le bouleversement de l'économie générale du marché, il convient de « *comparer le montant des dépenses résultant de ces sujétions au montant total du marché et non au montant de la partie sous-traitée* » (cons. 3) **(CE, 1er juillet 2015, Régie des eaux du canal de Belletrud (RECB), req. 383613, mentionné aux tables du recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 235, note J.-P. Pietri ; AJDA 2015 p. 1343 ; JCP A 2015, act. 712 ; JCP A 2015, comm. 2328, obs. F. Linditch)**. Les cours administratives d'appel ont également rappelé les conditions tenant à l'indemnisation de sujétions imprévues dans les marchés à forfait, en considérant dans une première espèce que les aléas rencontrés étaient inclus dans le prix forfaitaire **(CAA Nancy, 21 mai 2015, Société Sogea Construction, req. 13NC00174 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 175, obs. H. Hoepffner)** et dans une seconde espèce que la hausse du cours du cuivre ne constituait pas un évènement imprévisible au moment de la conclusion du contrat **(CAA Paris, 10 juillet 2015, SAS Balas Mahey, req. 12PA04253 et req. 14PA03595 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 239, obs. H. Hoepffner)**.

Marchés à forfait : indemnisation liée à la faute de la personne publique. – Après avoir rappelé les conditions permettant l'indemnisation d'un titulaire d'un marché à forfait, dans la mesure où les difficultés subies soit « *trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat* », soit « *sont imputables à une faute de la personne publique* » (cons. 5), la Haute juridiction a apporté une précision quant à cette dernière condition. Le Conseil d'État a ainsi précisé que la faute de la personne publique est celle « *commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux*

publics » (cons. 5) **(CE, 12 novembre 2015, Société Tonin, req. 384716, mentionné aux tables du recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 3, note M. Ubaud-Bergeron ; AJDA 2015 p. 2176 ; JCP A 2015, act. 968)**.

Marchés à forfait : indemnisation des travaux supplémentaires ayant fait l'objet d'un ordre de service régulier. - La cour administrative d'appel de Douai a rappelé les conditions d'indemnisation de travaux supplémentaires réalisés dans le cadre d'un marché à forfait. Si la fixation du prix forfaitaire permet de couvrir tous les travaux nécessaires à l'exécution du marché, y compris les aléas pouvant survenir au cours de l'exécution, les travaux supplémentaires qui ne sont pas nécessaires à la bonne réalisation de l'ouvrage mais qui ont fait l'objet d'un ordre de service régulier du maître d'ouvrage peuvent donner lieu au paiement d'un complément. En l'espèce, la cour a cependant jugé que les travaux supplémentaires effectués faisaient partie des engagements contractuels de la société **(CAA Douai, 22 septembre 2015, Société Ateliers Bois et Cie, req. 13DA01849 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 267, obs. H. Hoepffner)**.

Marchés de travaux : rappel des conditions d'indemnisation des travaux supplémentaires. – En application de la jurisprudence constante du Conseil d'État (CE, 5 avril 2006, Société Socae, req. 275445 : Contrats-Marchés pub. 2006, comm. 136, note F. Olivier), une entreprise peut être indemnisée si elle a été contrainte de réaliser des travaux supplémentaires sur ordre de service, ou des prestations nouvelles indispensables à la réalisation de l'ouvrage mais qui ont excédé le cadre du contrat. Dès lors, la Haute juridiction a jugé qu'en estimant que la société en cause « *n'établissait pas que les travaux invoqués par elle, qui ne se limitaient pas aux travaux énumérés par la cour contrairement à ce que celle-ci a affirmé, avaient été indispensables ou commandés par ordre de service ou avaient excédé le cadre du contrat* » (cons. 2), la cour a commis une erreur de droit et a dénaturé les pièces du dossier **(CE, 7 janvier 2015, Société Cometra, req. 383577 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 69, obs. H. Hoepffner)**. La cour administrative d'appel de Marseille a également eu l'occasion de rappeler que l'entreprise titulaire d'un marché « *n'est fondée à réclamer un supplément de prix au maître d'ouvrage que pour autant qu'elle justifie qu'elle a effectué des travaux non prévus au marché, sur ordre de service, ou que ces travaux présentent un caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage* » (cons. 3). En l'espèce, la cour a jugé que « *lesdits travaux réalisés étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art* » (cons. 5) et que la société était en droit d'être indemnisée **(CAA Marseille, 2 février 2015, Société Escota, req. 12MA01844 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 90, obs. H. Hoepffner)**.

Marchés de travaux : travaux supplémentaires et ordre de service « tacite ». - La cour administrative d'appel de Douai a rappelé que « *l'entrepreneur ayant effectué des travaux non prévus au marché et qui ont été ordonnés, même sans ordre de service écrit, par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces travaux, s'ils ont été utiles à la réalisation de l'ouvrage* » (cons. 1). En l'espèce, la cour a jugé que même si l'avenant n'avait pas été signé par l'entreprise, les travaux supplémentaires réalisés ont été exécutés sur ordre du maître d'ouvrage et devaient faire l'objet d'une indemnisation **(CAA Douai, 11 juin 2015, Société SMAC, req. 13DA01909 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 208, obs. H. Hoepffner)**.

B. Établissement du décompte

Marchés de travaux : conditions de régularité de la notification du décompte général. - Après avoir rappelé les termes de l'article 13.42 du CCAG Travaux qui dispose que « *le décompte général signé par la personne responsable du marché doit être notifié à l'entrepreneur par ordre de service* » dans sa version de 1976 applicable au litige en cause, le Conseil d'État a apporté une précision quant à l'appréciation de la régularité de la procédure de notification du décompte général. Alors que l'entreprise, afin d'écarter l'intangibilité du décompte, soutenait que le décompte général devait être notifié par ordre de service émis par le maître d'œuvre, le Conseil d'État a en l'espèce jugé que le décompte général peut valablement être notifié par lettre recommandée avec accusé de réception adressée par le maître de l'ouvrage, dans la continuité de son appréciation souple (v. notamment CE, 17 mars 2014, Société Ace BTP, req. 366271 : JCP A 2014, n° 2176) de la régularité de la notification du décompte général **(CE, 19 janvier 2015, Commune de Châteauneuf, req. 374659, mentionné aux tables du recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 63, note G. Eckert ; BJCP 2015, p. 196, concl. G. Pellissier, obs. C. Maugüé ; JCP A 2015, act. 101 ; JCP A 2015, n° 2126, comm. S. Deligiannis)**.

Non-qualification d'ordre public des règles d'unicité et de caractère définitif du décompte. - Le Conseil d'État est venu préciser que la règle d'unicité du décompte, selon laquelle l'ensemble des opérations de l'exécution du marché « *est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé* » (cons. 4), ainsi que le caractère définitif du décompte sont des règles de caractère contractuel et ne sont pas d'ordre public. Il a également précisé que ces règles s'appliquent au décompte de résiliation. Par suite, la Haute juridiction a jugé qu'en l'espèce, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit « *en se fondant d'office sur l'unicité du décompte de résiliation prévue par le contrat pour rejeter les conclusions à fin d'indemnisation du préjudice né de la résiliation du contrat* » (cons. 4) **(CE, 12 novembre 2015, Société Linagora, req. 384052, mentionné aux tables du recueil Lebon : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 4, note J.-P. Pietri ; AJDA 2016 p. 132 ; JCP A 2015, act. 967)**.

Devoir de conseil du maître d'ouvrage délégué lors de l'approbation du décompte général. - Conformément à sa jurisprudence classique (CE, 10 juillet 1996, Commune de Boissy-Saint-Léger, req. 132921 : Rec. CE 1996, p. 287), le Conseil d'État a confirmé qu'un mandataire exerçant tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, dans le cadre des dispositions de l'article 3 de la loi n° 85-704 dite « MOP », doit « *accomplir les diligences que son mandant est en droit d'attendre d'un professionnel ayant accepté cette mission* », notamment

« *de s'assurer que ce document n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient pas échapper à un professionnel* » (cons. 3) s'agissant de l'approbation du décompte général **(CE, 23 mars 2015, Syndicat Mixte pour le Traitement des résidus urbains, req. 356790 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 125, obs. H. Hoepffner)**.

C. Règlement des marchés publics

Règlements, avances et acomptes. - L'article 59 de l'ordonnance dispose que les marchés publics « *donnent lieu à des versements à titre d'avances, d'acomptes, de règlements partiels définitifs ou de solde* ». Le décret d'application en précise les conditions dans ses articles 110 à 113 (avances), 114 (acomptes), et 115 à 121 (régime des paiements). En outre, l'article 60 de l'ordonnance interdit, en principe, l'insertion de « *toute clause de paiement différé* » **(ord. n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 59, et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 110 à 121)**.

Dématérialisation de la facturation à partir de 2017. - Suite à la publication de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique, le Ministère des Finances et des Comptes publics a annoncé par un communiqué de presse, le 9 avril 2015, la manière dont sera mise en œuvre la nouvelle obligation de dématérialisation des factures des fournisseurs de l'État, collectivités territoriales et organismes publics, à partir du 1er janvier 2017, par la mise en place d'une plateforme technique partagée permettant « *le dépôt, la réception et la transmission des factures électroniques* » **(Communiqué du Ministère des Finances et des Comptes publics, « Le ministère des finances présente les caractéristiques de la solution de facturation électronique », 9 avril 2015 : Contrats-Marchés pub. 2015, alerte 23)**.

Délais de paiement. - La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, fixant également de nouveaux délais de paiement dans les relations privées, a donné compétence aux agents de la DGCCRF pour sanctionner les entreprises publiques ne respectant pas le délai de paiement maximal de 60 jours à compter de la date de réception de la demande de paiement **(art. 198 de la loi n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015)**.

Modification d'une clause fixant le mode de calcul des pénalités de retard. - Le Conseil d'État est venu préciser que si le mode de calcul des pénalités de retard est prévu par le contrat, il constitue un « *élément substantiel* » (cons. 3) du contrat. Par conséquent, sa modification unilatérale « *après le choix du titulaire du marché* » possède des « *effets sur l'équilibre économique du contrats* » et entraîne une évolution des « *éléments substantiels de l'offre de la société* » (cons. 3). En application du paragraphe VIII de l'article 67 du code des marchés publics, le Conseil d'État a dès lors confirmé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes qui, « *ayant estimé que la société Aareon France avait été contrainte d'accepter cette modification* », a jugé que « *le consentement de la société à cette modification et, par suite, à l'ensemble du contrat, avait été vicié et que le litige ne pouvait être réglé sur le terrain contractuel* » (cons. 3) **(CE, 1er juillet 2015, Office public de l'habitat (OPH) de Loire-Atlantique, req. 384209 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 251, obs. H. Hoepffner ; AJDA 2015 p. 2244 ; JCP A 2015, n° 2326, comm. F. Linditch)**.

Marchés à bons de commande : notion de « bon de commande ». - La cour administrative d'appel de Bordeaux est venue rappeler la définition souple d'un « bon de commande » émis par la société titulaire du marché à bons de commande « *à l'appui de ses demandes de paiement* » (cons. 15). En l'espèce, la cour a précisé que les factures et fiches d'intervention fournies « *se réfèrent au marché, désignent la fourniture et la quantité commandée par la commune, indiquent le prix d'engagement correspondant au prix du marché, le lieu du chantier, sa date d'intervention, le délai d'exécution des prestations et l'adresse de la facturation* » et qu'en outre, ils comportent le tampon de la mairie. Ils révélaient donc une « *véritable commande de la commune* » (cons. 15) **(CAA Bordeaux, 19 février 2015, Société Bagelec Réunion, req. 13BX03102 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 147, obs. H. Hoepffner)**.

III. La résiliation des marchés publics

A. Causes de la résiliation

Mise en œuvre d'une clause de résiliation au profit du cocontractant. - Après avoir rappelé qu'un cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat, en application de la jurisprudence récente du Conseil d'État (CE, 8 octobre 2014, Société Grenke location, req. 370644 : Dr. adm. 2015, comm. 12, note F. Brenet ; JCP E 2014, n° 1623, obs. A. Sée ; JCP A 2014, n° 2327, obs. S. Ziani ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 329, note G. Eckert ; AJDA 2015, p. 396, obs. F. Melleray ; BJCP 2015, p. 3, concl. G. Pellissier), la cour administrative d'appel de Nancy a confirmé qu'un contrat administratif peut cependant comporter une clause de résiliation unilatérale par le cocontractant s'il n'a pas pour objet l'exécution même du service public et si le cocontractant a « *mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public* », sachant que « *lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat* » (cons. 3). En l'espèce, le contrat conclu concernait la mise à disposition, moyennant loyer, d'un photocopieur à la commune. La cour a considéré que la commune ne précisait pas « *en quoi le photocopieur en cause était indispensable au fonctionnement des services publics* » (cons. 5), que la société avait mis « *la commune en demeure de lui régler les loyers qu'elle lui devait en précisant qu'à défaut de paiement elle résilierait le contrat* » (cons. 6) et enfin, que la commune n'avait opposé « *aucun motif d'intérêt général* » à la société. Par suite, la cour a confirmé la régularité de la mise en œuvre de la clause de résiliation unilatérale par le cocontractant de la commune **(CAA Nancy, 2 avril 2015, Société Grenke Location, req. 14NC01885**

2015, un an de droit de l'exécution des marchés publics

: Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 141, note J.-P. Pietri ; RFDA 2015 p. 918, concl. J.-M. Favret).

Titulaire défaillant et lancement d'une procédure de substitution. - La cour administrative d'appel de Douai a jugé que le lancement d'une procédure de substitution d'un titulaire défaillant, constituant « *une mesure de précaution visant à réduire les retards du chantier dans l'hypothèse où la société requérante ne se conformerait pas à la mise en demeure qui lui avait été adressée* », « *ne saurait être regardé comme une résiliation de fait* » (cons. 9) dans la mesure où elle « *ne préjugeait pas de la décision qui serait prise en définitive si celle-ci obtempérait* » (cons. 9). En l'espèce, la cour a estimé que le lancement d'une nouvelle procédure de publicité et mise en concurrence par le centre hospitalier intercommunal Eure-Seine était « *sans incidence sur la régularité de la procédure de résiliation* » (cons. 9) **(CAA Douai, 15 octobre 2015, SAS Bouaud, req. 14DA01315 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 284, obs. H. Hoepffner)**.

Non-satisfaction des obligations fiscales et sociales par le cocontractant. - La cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé que tout candidat attributaire d'un marché public doit pouvoir justifier qu'il satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Dans le cas contraire, il est loisible à la personne publique de résilier le contrat afin de l'attribuer à une autre société. En l'espèce, la société en cause ne satisfaisant pas aux dispositions de l'article D. 8222-5 du code du travail exigeant notamment la fourniture d'une « *attestation de fourniture des déclarations sociales et de paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale* », la cour a jugé que « *la société requérante ne remplissait pas les conditions pour l'attribution du marché litigieux* » et ainsi que « *le maire de la commune de Bras-Panon était fondé à procéder à sa résiliation* » (cons. 4) **(CAA Bordeaux, 9 avril 2015, SARL Music Passion, req. 13BX03498 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 146, obs. H. Hoepffner)**.

B. Conséquences de la résiliation

Conditions d'indemnisation en cas de résiliation injustifiée. - Appliquant le principe classique selon lequel, en cas de résiliation anticipée par la personnes publique et « *en l'absence de toute faute de sa part, l'entreprise a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour elle de la résiliation anticipée du contrat* », la cour administrative d'appel de Versailles a jugé que la société requérante a droit à l'indemnisation « *des frais qu'elle établit avoir engagés en vue de l'exécution du marché et du bénéfice qu'elle aurait été en droit d'attendre si le marché n'avait pas été résilié* » (cons. 5) **(CAA Versailles, 24 septembre 2015, Société Vauché, req. 13VE01136 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 266, obs. H. Hoepffner)**. *A contrario*, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que les manquements de la société requérante à ses obligations contractuelles, « *notamment en matière de sécurité du chantier, doivent être regardés comme établis et de nature à justifier la résiliation du marché* » (cons. 14) de manière anticipée par la personne publique. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à demander son indemnisation

2015, un an de droit de l'exécution des marchés publics

(CAA Marseille, 9 novembre 2015, SARL SDR, req. 14MA04005 : Contrats-Marchés pub. 2016, comm. 10, obs. H. Hoepffner).

Non-rétroactivité de la résiliation. - La cour administrative d'appel de Versailles a rappelé que la résiliation d'un marché par le maître d'ouvrage met fin à la mission du cocontractant uniquement pour l'avenir, et demeure sans effet « *sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché* » : la cour a en l'espèce considéré que « *le maître d'ouvrage peut saisir le juge d'une demande tendant à obtenir, sur le terrain de la responsabilité contractuelle, la réparation de ce préjudice, et ce alors même qu'il a décidé de procéder à une résiliation de ce marché* » (cons. 7) **(CAA Versailles, 22 octobre 2015, Commune de Margency, req. 11VE00326 : Contrats-Marchés pub. 2015, comm. 285, obs. H. Hoepffner)**.

Droit de l'externalisation de activités publiques

Par Antoine ARCHAMBAULT

Etudiant du Master Droit de l'économie de la régulation en Europe
Titulaire du Master «Marchés et travaux publics» de la Faculté de Droit de l'Université de Strasbourg

L'externalisation des activités publiques peut dorénavant se faire par deux moyens, celui des marchés de partenariat et celui des contrats concessifs. En ces matières, l'année 2015 a été particulièrement marquée par la réforme du Droit de la commande publique réalisée à l'occasion de la transposition des directives européennes. Permettant un regroupement des moyens d'externalisation des activités publiques hors contrats concessifs, l'ordonnance n°2015-899 relative aux marchés publics (JORF n°0169 du 24 juillet 2015 p.12602, texte n°38 ; Contrats-Marchés publ. 2015, n°10, dossier 1 à 12 ; Dr. Adm. 2015, n°12, dossier 3, étude F. Brenet) et son décret d'application (n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ; JORF n°0074 du 27 mars 2016 texte n° 28 ; Contrats-Marchés publ. 2016, n°4, alerte n°17) transposent en droit français les directives 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et 2014/25/UE relative à la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Elle abroge l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et ramène à leur objet initial les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels. L'ensemble est remplacé par le marché de partenariat. De l'ordonnance il ressort également que le principe de liberté de choix d'externaliser une activité traditionnellement reconnue aux personnes publiques (CE, 25 avril 1970, Société Unipain ; AJ 1970, p430 ; CE, 12 décembre 2003, Département des Landes, n°236442 : JurisData n°2003-066168 ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 52, note Ph. Delelis ; Dr. Adm. 2004, comm. 20 ; CJCE, 11 janvier 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle, pt 48 ; Contrat-Marchés publ. 2005, comm. 68, note G. Eckert ; AJDA 2005, p1108) est encadré, notamment par l'évaluation préalable obligatoire à tout marché dont le montant est égal ou supérieur à cent millions d'euros hors taxes (article 24 du Décret préc.). La réforme touche également aux contrats de concession. L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016, texte n° 66 ; Contrats-Marchés publ. 2016, n°3, Dossier « L'ordonnance Concession du 29 janvier 2016 ») et son décret d'application (Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ; JORF n°0027 du 2 février 2016 texte n° 20) modifient la loi n°93-122 dite Sapin I du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et abroge l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics. Depuis le 1er avril 2016, l'on a pu assister à « *des glissements non-négligeables sans bouleversement* » (J-B. Auby, « *à propos de la transposition de la directive concessions* », Dr. Adm. 2015, repère 9) du régime des concessions.

I. L'externalisation par les Partenariats Public-privé

A. Marchés et contrats de partenariat

1. Notion de marché de partenariat

Marché de partenariat, un marché public. – Particulièrement attendue, la simplification du droit de la commande publique devait passer par son unification. A terme, nous devrions assister à la création d'un seul et unique Code (v. à ce sujet : Contrats-Marchés publ., 2015, Repère 9, « *L'abrogation du Code des marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015* », F. Llorens et P. Soler-Couteaux). La première manifestation de cette nouvelle « unicité » se trouve dans l'assimilation aux marchés publics des moyens d'externalisation des activités publiques qui relèvent de **l'ordonnance du 23 juillet 2015**. Ainsi, **son article 4** précise que « *les marchés de partenariats définis à l'article 67 sont des marchés publics* », *donc « des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs (...) avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Ce rapprochement n'est pour autant pas une surprise en ce que les contrats de partenariat avaient déjà pu être assimilés à des marchés publics dans la logique binaire du droit européen de la Commande publique. Cependant la référence à la maîtrise d'ouvrage publique qu'imposait alors le III de l'article 1er du Code des marchés publics définissant les marchés de travaux, empêchait une telle assimilation en droit interne (CE, Sect., 29 octobre 2004, Sueur et autres, n°269814, Rec. p393 : JurisData n°2004-067560 ; Contrats-Marchés publ., 2004, comm. 249, obs. G. Eckert ; AJDA 2004, p2383, chron. C. Landais et F. Lenica).

Objet du marché de partenariat. – L'objet du contrat de partenariat résidait déjà dans une mission à caractère global (article L1414-1 CGCT). Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs rappelé **(CE, 7è et 2è sous-sect., 29 avril 2015, n°386748, Société Urbaser Environnement : JurisData n°2015-009620 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 137, note M. Ubaud-Bergeron)**, entrainant l'annulation de la procédure de passation du contrat lorsque celui-ci a été divisé en une tranche ferme portant sur les seules prestations d'études et en une tranche conditionnelle portant, elle, sur la mission globale du contrat et qui, de facto, pouvait ne jamais se réaliser. **L'article 67 de l'ordonnance n°2015-899** indique que le marché de partenariat a pour objet « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général* ». Qualifiée de mission globale par l'ordonnance, le même article précise pourtant que « *l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements*

ou de biens immatériels, ou une combinaison de ces éléments » « *peut* » seulement faire partie de l'objet de cette mission. Au même titre, la gestion d'une mission de service public pourra désormais être confiée au partenaire de l'Administration. Dans une telle occurrence, il paraît ardu de distinguer un tel marché d'une concession, ceci d'autant plus que « *le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire* » **(Art. 70, Ord.)**. Ainsi, il conviendra de se référer au mode de rémunération du partenaire qui demeure substantiellement le même que celui des contrats de partenariat, c'est-à-dire qu'il est « *lié à des objectifs de performance* » pour chaque phase du contrat **(Art. 83, Ord.)**.

Préfinancement des investissements. – L'élément propre au marché de partenariat permettant de le différencier des marchés publics globaux **(Ord. 2015-899, articles 33 à 35)** demeure le préfinancement des investissements qu'il permet : « *un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques, une mission globale ayant pour objet : (…) 2° Tout ou partie de leur financement* » (**Art. 67 précit.** ; conservant l'acquis de la loi n°2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés, qui prévoyait que le partenaire puisse ne pas prendre en charge la totalité du financement). A plus forte raison, le préfinancement permettra, dans certaines espèces, de distinguer un marché de partenariat d'un marché de travaux en ce que, comme précédemment indiqué, l'aménagement, l'entretien, la gestion ou l'exploitation de l'ouvrage peuvent désormais faire partie ou non de l'objet du contrat.

2. Recours au marché de partenariat

Conditions du recours au contrat de partenariat. – Le Conseil d'Etat a, durant les cinq dernières années, précisé les conditions d'urgence (CE, 23 juillet 2010, Lenoir, n°326544 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm.318, obs. G. Eckert ; AJDA 2010, p1769, obs. J-D. Dreyfus) et de complexité (CE, Sect., 30 juillet 2014, Cmne de Biarritz, n°363007, tables ; BJCP 2014, p404, ccl. G. Pellissier ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 274, obs. G. Eckert ; JCP A 2014, comm. 2267, obs. F. Tenailleau et S. Weill ; Dr. Adm. 2014, comm.74, F. Brenet) alternativement nécessaires pour recourir au contrat de partenariat (Art. L1414-2 du Code Général des Collectivités Territoriales). L'ironie de la situation est que ces deux notions avaient besoin, au vu de leur complexité, d'être définies d'urgence. Ainsi, il a été précisé que la personne publique ne devait pas être « *objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » pour que la condition de complexité soit remplie. Ladite condition étant délimitée, les juges d'appel de Bordeaux ont entrepris, cette année, de la préciser **(CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, Commune de Bordeaux, n°15BX01208 et 15BX01209 : JurisData n°2015-022913 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 258, note G. Eckert)** et d'estimer que selon les cas, il pouvait y avoir nécessité « *d'une approche globale prenant en compte la conception, la construction, l'exploitation, la maintenance du bâtiment, son caractère fonctionnel et sa destination, le comportement des occupants et usagers, la fourniture d'énergie* ». Le tribunal administratif de la même ville **(TA Bordeaux, 18 mars 2015, n°1200804 : JurisData n°2015-011818 ; in Contrats-Marchés publ. 2015, étude 8, D-A. Camous)** considérait plus tôt dans l'année que « *la mise en oeuvre d'une opération de déménagement d'un bar-tabac présent sur l'emprise du futur hôtel de ville, un déplacement des services municipaux des anciens locaux et une réorganisation de la circulation du centre-ville avec notamment la création d'une nouvelle voie (…) et la valorisation foncière de deux espaces (…) appartenant au domaine privé de la commune, impliquant un savoir-faire technique varié dans les domaines de la performance énergétique, du haut débit, de l'urbanisme et de l'architecture » constituait un « projet qui ne comporte en soi aucune innovation ou complexité technique particulière* ».

Condition unique et procédure de recours au marché de partenariat. - L'article 75 de l'ordonnance s'économise des deux conditions d'intérêt général évoquées supra pour ne faire mention que de la troisième : le bilan plus favorable. Cet abandon peut notamment s'expliquer au travers des nombreuses critiques qui auront été adressées à l'égard des conditions d'urgence et de complexité, tant par la doctrine que par les observateurs institutionnels **(Cour des Comptes, Rapp. Annuel, 2015, pp158-159, « *1 - Le critère de complexité est très largement privilégié, mais rarement établi* »** ; Cour des Comptes, Rapp. Annuel 2014 ; Sénat, Rapp. J-P. Sueur H. Portelli, 2014). Ainsi, le périmètre assez flou de ces deux notions aurait permis de passer certains contrats de partenariat alors même que le recours à une telle convention devait être l'exception. **L'article 40 de l'ordonnance**, applicable à tout marché dépassant un seuil de 100 millions d'euros HT **(Art. 24 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics)** et précisant l'évaluation préalable « *ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* » afin d' « *éclairer l'acheteur dans le choix de mode réalisation de ce projet* » est applicable à tout marché de partenariat, quel que soit son montant **(art.74 ord.)**. Cette évaluation doit comporter, notamment, une analyse en coût complet. Mais l'acheteur devra également réaliser « *une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* » (même article). Ces documents préalables serviront à l'acheteur pour démontrer que le recours à un tel marché « *présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* » **(Art. 75 précit.)**. A ce stade, il est pertinent de remarquer que cette condition unique de recours au marché de partenariat, se plaçant sur le seul terrain de l'efficience économique tend à se rapprocher du pragmatisme de la procédure de recours à l'externalisation des activités non-régaliennes des Federal Agencies américaines (Federal Activities Inventory Reform Act – FAIR Act-, 1998 ; *Le temps des juristes*, Lexis Nexis 2012, essais, P. Lignières, pp187-190).

2015, un an de droit de l'externalisation des activités publiques

2015, un an de droit de l'externalisation des activités publiques

3. Passation du marché de partenariat

Obligation de transmission de l'évaluation préalable aux services compétents de l'Etat. – Les collectivités territoriales doivent produire une évaluation préalable et la transmettre aux « *services de l'Etat compétents* » pour chaque contrat de partenariat dont l'avis d'appel public à la concurrence aura été publié après le 1er janvier 2016 **(Art. 34, loi n°2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019 ; JORF n°0301 du 30 décembre 2014 p22786 – nouvel art. L1414-2-1 du CGCT)**. Les services de l'Etat compétents doivent produire un avis sur l'évaluation préalable et une analyse de l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances de la collectivité. Le dispositif ici évoqué est repris et étendu en ce qui concerne les marchés de partenariat. En effet, **l'article 76 de l'ordonnance 2015-899** dispose que « *l'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire* » ainsi que *« l'étude de soutenabilité budgétaire » qui devra être « soumise pour avis au service de l'Etat compétent* ».

Modification des seuils de passation des contrats de partenariat. – Le décret n°2015-1904 du 30 décembre 2015 modifiant les seuils applicables aux marchés publics et autres contrats de la commande publique (JORF n°0303 du 31 décembre 2015 p25473), comme son nom l'indique, modifie, à son **article 4**, le décret n° 2009-243 du 2 mars 2009 relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (JORF n°0053 du 4 mars 2009, page 4004, texte n° 17) et ainsi les seuils de procédures formalisées applicables à la passation des contrats de partenariat. Ainsi, depuis le 1er janvier 2016, un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne doit être publié lorsque le montant du contrat de partenariat est au minimum de 209 000 euros HT **(nouvel art. D1414-1 CGCT)** pour les collectivités territoriales et de 135 000 €uros pour l'Etat.

4. Exécution du marché de partenariat

Le cofinancement du projet. – Le cofinancement du projet est possible depuis que l'article 14 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (JORF n°0041 du 18 février 2009 page 2841) énonce que « *le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret* ». **L'article 80 de l'ordonnance** est explicite sur la question et autorise expressément le concours financier des personnes publiques au projet sans limite de seuil. Ainsi, les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières **(Art. 80, II)** et l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes publics peuvent participer, le cas échéant, au capital de la société dédiée **(Art. 80, III)**. Ce mode de financement par le capital est entièrement nouveau en ce qu'il était auparavant réservé aux partenariats public-privé institutionnalisés qui ouvrent la possibilité de créer une société d'économie mixte à opération unique. Cette participation doit néanmoins rester minoritaire, ce qui s'explique évidemment par le caractère constitutif du marché de partenariat du financement privé. Enfin, l'assimilation du marché de partenariat à la catégorie des marchés publics est complète en ce que **l'article 83 de l'ordonnance** permet désormais le versement d'avances et d'acomptes.

Accords Autonomes. - La pratique de l'accord autonome est un point clé de l'exécution financière du marché de partenariat en ce qu'elle permet de favoriser la confiance des banques en déplaçant le risque contentieux à la charge de la personne publique. Concrètement, si la convention vient à être annulée avant le début de la période d'exploitation, la personne publique est tenue d'indemniser les prêteurs des dépenses engagées et des frais financiers. Cette pratique permettant d'assurer la « *bancabilité* » du projet (M. Lequien et P. Cuche, « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », Dr. adm. 2004. Etude 22) a pu être contestée devant la juridiction administrative à plusieurs reprises (notamment : CAA Bordeaux, 17 juin 2014, M. Rouveyre [Affaire du Stade Bordeaux Atlantique] ; conclusions D. Katz, AJDA 2014, p 1662) sans que pour autant l'accord autonome ne soit censuré. **L'article 89, II de l'ordonnance** valide implicitement ladite pratique en énonçant que « *lorsqu'une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat* » afin que l'accord survive à la disparition du contrat, même s'il y est intégré. Cependant, une telle indemnisation est subordonnée **(art. 89, I)** à la double condition que les dépenses engagées aient été utiles à l'acheteur (CE, 7 décembre 2012, Commune de Castres, n°351752, AJDA 2013, p. 608) et que les « *clauses liant le titulaire aux établissements bancaires* » soient mentionnées aux annexes du marché.

B. Partenariat public-privé institutionnalisé

Transition énergétique. – L'article 118 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (LTE) : JORF du 18 août 2015, texte n°1 ; Contrats-Marchés publ. 2015, n°10, comm. 226, note G. Clamour ; Energ.-Env.-Infrastr. 2015, n°10, dossier 8, étude B. Le Baut-Ferrarese) crée une nouvelle section au sein du Code de l'énergie intitulée « *Les société d'économie mixte hydroélectriques* ». Ainsi, les **articles L521-18 à L521-20 du Code l'énergie** permettent à l'Etat de créer un dispositif de partenariat public-privé institutionnalisé sur le modèle des sociétés d'économie mixte à opération unique (introduit par la loi du 1er juillet 2014 n°2014-744 permettant la création de telles sociétés ; JCP A 2014, comm. 2266, obs. C. Devès ; Contrats-Marché publ. 2014, comm. 214, obs. G. Clamour ; AJDA 2014, p1941, chron. G. Eckert ; Dr. Adm. 2014, étude 15, obs. M. Marques et P. Gonzague), « *pour une durée limitée en vue de la conclusion et de l'exécution (...) d'une concession dont l'objet est l'aménagement et l'exploitation*

(...) d'une ou plusieurs installations constituant une chaîne d'aménagements hydrauliquement liés » **(nouvel art. L521-18 Code de l'énergie)**. La sélection de l'actionnaire opérateur économique et l'attribution de la concession à la SEMOP se fait par procédure unique d'appel public à la concurrence **(nouvel art. L521-20 Code de l'énergie)** qui est similaire à la procédure prévue pour l'octroi des concessions hydroélectriques **(art. L521-16 Code de l'énergie)**.

II. L'externalisation par les contrats de type concessif

A. Réforme du régime des concessions

Habilitation du gouvernement. - L'article 209 de la **loi du 6 août 2015 pour la croissance l'activité et l'égalité des chances économiques (n°2015-990 – JORF 7-8-2015)** habilite le gouvernement à transposer par voie d'ordonnance, sous neuf mois, la directive 2014/23/UE relative aux concessions et à prendre toute mesure « *permettant d'unifier et de simplifier les règles communes aux différents contrats de la commande publique qui sont des contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne* ». Entrés en vigueur le 1er avril 2016, **l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (JORF n°0025 du 30 janvier 2016 texte n° 66)** et son **décret d'application n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (JORF n°0027 du 2 février 2016 texte n° 20)**, modifient la loi n°93-122 dite « *Sapin I* » du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et abroge l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics. Il faut néanmoins noter que les nouvelles dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats dont la consultation a été engagée ou un avis de concession a été envoyé à la publication le 1er avril ou postérieurement **(art. 78 Ord. n°2016-65)**.

Nouvelle catégorisation des contrats concessifs. - Du 22 juillet au 30 septembre 2015 s'est déroulée **une concertation publique relative aux projets d'ordonnance et de décret transposant la directive 2014/23/UE**. Au mois de novembre était publiée la **synthèse de cette consultation ouverte**. De cette dernière il ressort que « *les projets permettent uniquement de tirer le meilleur profit des nouvelles souplesses contenues dans la directive, en en étendant le bénéfice à tous les contrats de concessions* ». Effectivement, à la lecture des textes entrés en vigueur, reprenant les projets pour l'essentiel, il est flagrant que la catégorisation des contrats concessifs en droit interne est entièrement revue. Notamment, il ressort de **l'article 6, II de l'ordonnance du 29 janvier 2016** que les concessions de service public sont dorénavant une sous-catégorie des concessions de service : « *Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public* ». De cette nouvelle catégorisation se pose la question de la requalification en concessions de travaux ou de service, des marchés de mobilier urbain (Contrats-Marchés publ., n°6, Juin 2015, Repère 6, « Les marchés de mobilier urbain peuvent-ils devenir des marchés de concession ? », F. Llorens et P. Soler-Couteaux) ou de la sortie des concessions de casino de la sous-catégorie des concessions de service public pour n'en faire plus que de simples concessions de service.

B. Régime général des délégations de service public

1. Notion de délégation de service public et passation

Choix du nombre d'organismes chargés d'une mission de prévention et de lutte contre les dangers sanitaires. – L'ordonnance n°2011-862 du 22 juillet 2011 relative à l'organisation de l'épidémosurveillance, de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales et aux conditions de certaines tâches liées aux contrôles sanitaires et phytosanitaires avait été complétée par le décret n°2012-842 du 30 juin 2012 relatif à la reconnaissance des organismes à vocation sanitaire, des organisations vétérinaires à vocation technique, des associations sanitaires régionales ainsi qu'aux conditions de délégations de missions liées aux contrôles sanitaires. En particulier, l'ordonnance introduisait un article L201-9 au Code rural qui prévoyait la possibilité pour l'autorité administrative de confier par voie de convention des missions de surveillance et de prévention à des organismes à vocation sanitaire (OVS), à des organisations vétérinaires à vocation technique ou à des associations sanitaires régionales. Le décret, qui est attaqué **(CE, 22 juillet 2015, Association Coop de France, n° 362203 : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. n° 241, obs. G. Eckert ; AJDA 2015, p1840, S. Nicinski)**, définit les conditions de reconnaissance des organismes agréés. Le Conseil d'Etat estime que « *le choix du nombre d'organismes susceptibles de bénéficier de la reconnaissance de la qualité d'OVS doit être regardé comme une mesure unilatérale d'organisation du service public de surveillance, de prévention et de lutte contre les dangers sanitaires* » ; dès lors, l'association requérante ne peut utilement prétendre que le décret serait entaché d'incompétence en ce que le pouvoir règlementaire n'a pas été habilité par le législateur pour restreindre le nombre d'OVS et attribuer ainsi un monopole territorial à un opérateur privé.

Habilitation unilatérale à gérer un service public. – Un second point de l'arrêt *Association Coop de France* **(CE, 22 juillet 2015, n°362203, préc.)** mérite d'être relevé. En effet, l'association requérante soulevait également le moyen selon lequel l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 dite *Sapin I* et qui soumet les délégations de service public « *à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* » n'avait pas été respecté du fait de l'habilitation unilatérale à gérer le service public dévolu aux OVS. Le Conseil d'Etat rappelle le considérant de l'arrêt *Fondation d'assistance aux animaux* (CE, 3 mai 2004, n°249832 : JurisData n°2004-067205 ; BJCP 2004, p464, ccl E. Glaser) selon lequel il résulte des dispositions de la loi *Sapin*, « *corroborées par les débats parlementaires ayant précédé son vote* » que celles-ci ne s'appliquent « *qu'aux seules délégations consenties par voie contractuelle* ». Or, rappelle le Conseil d'Etat, les dispositions de l'article R 201-12 du décret litigieux « *ne concernent que la décision d'agrément de l'OVS, laquelle doit être regardée comme*

2015, un an de droit de l'externalisation des activités publiques

une décision unilatérale de l'administration ». Si la solution n'est pas nouvelle (CE, 13 juillet 2007, n°299207, Commune de Rosny-sous-Bois : JurisData n°2007-072189 ; Lebon, tables p934 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 282, obs. J-P. Pietri), elle interpelle néanmoins sur la question de la requalification de ces délégations de service public « *unilatérales* » en droit de l'Union (CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen, AJDA 2005, p2335, chron. E. Broussy, F. Donat et C. Lambert ; RDI 2005, obs. J-D. Dreyfus, p446). En effet, la Cour précisait (cons.51) que « *les Etats membres, en ce qui concerne (...) les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité* » *et qu'ainsi, ceux-ci « ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de service public sans mise en concurrence* ».

2. Exécution des délégations de service public

Précision du régime de l'indemnisation des biens de retour non-amortis. - Dans un arrêt *Communauté d'agglomération Chartes-Métropole* (CE, 4 juill. 2012, n° 352417 : JurisData n° 2012-015005 ; JCP A 2012, act. 486 ; JCP A 2012, 2388, note J.-B. Vila ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 257, obs. G. Eckert), le Conseil d'Etat avait admis qu'un contrat de délégation de service public pouvait avoir une durée inférieure à celle qui est normalement nécessaire pour l'amortissement des installations mises en œuvre et que dès lors, le délégataire était en droit d'obtenir, à l'issue du contrat, une indemnisation des investissements non-amortis. Le juge a, en 2015, précisé le régime de cette indemnisation par deux arrêts. L'un d'eux **(CE, 4 mai 2015, Société Domaine Porte des neiges, n° 383208, mentionné aux tables : JurisData n° 2015-010211 ; JCP A 2015, act. 444 ; JCP A 2015, 2296)**, a permis au Conseil d'Etat d'établir que la circonstance que l'exploitation de la délégation aurait été déficitaire pendant la durée restant à courir de la convention est inopérante. Le délégataire est en droit, quelques soient les motifs de la résiliation, d'obtenir l'indemnisation de ses investissements non encore amortis à laquelle peut également s'ajouter l'indemnisation du manque à gagner. Le second arrêt **(CE, 13 février 2015, Communauté d'agglomération d'Epinal, n°373645 ; JurisData n°2015-002766 ; Contrats-marchés publ. 2015, comm.95 ; JCP A 2015, n°50, 2364, J-S. Boda et P-A. Rohan)** pose la question du moment du versement de cette indemnité. En l'espèce, l'indemnité avait été versée par l'Administration en début d'exécution de la convention, ce qui avait amené la Cour administrative d'appel de Nancy (30 septembre 2013, n°12NC00735) à considérer que « *ce versement avait le caractère d'un avantage constitutif d'une aide d'Etat* » au sens du paragraphe 1 de l'article 107 TFUE. Mais le Conseil d'Etat infirme cette analyse en relevant que l'existence d'une telle aide ne pouvait être déduite « *sans rechercher si le montant versé était supérieur à la valeur nette comptable de la partie des biens non-amortie à leur date de remise* ». Dès lors, et c'est là tout l'apport de cet arrêt, l'indemnisation des biens de retour non amortis peut se faire de manière anticipée en ce « *qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit aux cocontractants de prévoir que cette indemnité soit versée avant le terme du contrat* », à la condition qu'elle corresponde à la valeur nette comptable des biens remis. (V. « *Un an de Droit des propriétés des personnes publiques* », 2015)

C. Concessions sectorielles

1. Concessions de casino

Participation financière du casinotier. – La Compagnie pour le Développement du Tourisme Hyérois s'est vue confier l'exploitation du casino de la commune de Hyères **(CE, 17 juin 2015, n° 379380, Commune de Hyères c/ Compagnie pour le développement du tourisme hyérois : JurisData n° 2015-014806 ; Rec. CE 2015, tables à paraître ; Dr. Adm. 2015, n°10, comm. 62, note S. Ziani ; Contrats-Marchés publ. 2015, n°8-9, comm. 219, note G. Eckert)** ; à cette première convention il en a été associée une seconde, prévoyant la participation du casinotier délégataire à l'organisation de « *grands évènements* », par la commune. Le Conseil d'Etat rappelle que l'activité de casino n'est pas une activité de service public *per se* (selon une jurisprudence constante : CE, 25 mars 1966, Commune de Royan, n°46504 46707 ; au recueil, p237 – CE, 12 mars 2012, SA Groupe Partouche ; aux tables, p91 ; BJCP 2012, p193, ccl N. Boulouis ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm.157, note G. Eckert ; AJDA 2012, p578, note E. Glaser). Cependant, est constitutif d'une délégation de service public, au sens de la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos (codifiée aux articles L321-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure) le contrat qui confie la gestion de tels établissements à un cocontractant dans la mesure où le cahier des charges fixe des obligations au titulaire telles que « *la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique* » *en ce que ces activités « concourent aux objectifs de développement touristique, économique et culturel des communes autorisées à les accueillir* » et que la rémunération du titulaire est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. C'est donc l'activité du concours à l'organisation de spectacles du casinotier prévue au cahier des charges qui permet de qualifier le contrat de délégation de service public (notamment : CE, 3 oct. 2003, n° 248523, Commune de Ramatuelle : JurisData n° 2003-065932 ; Rec. CE 2003, tables, p. 635 ; BJCP 2004, p. 50, concl. M.-H. Mitjavile ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 235, note G. Eckert). L'apport de l'arrêt se trouve alors dans la question de la participation financière du cocontractant à cette activité. En effet, la commune avait émis un titre de perception aux fins de recouvrer un financement supplémentaire au prélèvement de 15% maximum sur le produit brut des jeux prévu à l'article L2333-54 CGCT. Le Conseil d'Etat estime dans un premier temps que le prélèvement sur le produit brut des jeux n'empêche pas de prévoir une participation financière de l'exploitant à l'activité d'organisation de spectacles dont l'assiette serait assise sur ce même produit. Néanmoins, une telle participation n'est pas *per se* un prélèvement sur le produit brut des jeux. Ainsi, alors même que les sommes redevables par le délégataire seraient supérieures à 15% du produit brut tiré des jeux de casino, le seuil de l'article L2333-54 du CGCT ne serait pas dépassé. Autrement dit,

la participation globale du casinotier peut être indexée sur le produit brut des jeux tant que le prélèvement sur celui-ci, qui ne correspond pas au financement de l'activité de service public, ne dépasse pas 15%.

Propriété *ab initio* de l'Etat sur les prélèvements de jeux de casinos. – Le Conseil d'Etat a jugé que les sommes correspondant aux prélèvements spécifiques aux jeux de casinos constituent *ab initio* des fonds publics appartenant à l'Etat **(CE, 23 janvier 2015, Société Casino de Vichy « Les 4 Chemins », n°362012580 ; AJDA 2015, p137)**. En effet, « *les exploitants de casinos ne sont, s'agissant des sommes correspondant à ces prélèvements, que dépositaires de fonds publics pour le compte de collectivités publiques* ». Dès lors, les casinotiers ne peuvent pas « *faire état de l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent, susceptible d'être regardée comme un bien au sens des stipulations (...) de l'article 1er du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » (dans le même sens : **CAA Bordeaux, 25 juin 2015, n° 13BX00225, Société du Casino d'Arcachon ; inédit au recueil)**.

2. Concessions autoroutières

Régulation du secteur des autoroutes concédées. – Par un avis n° 14-A-13 (Dr. Adm. 2015, n°4, comm.30, note M. Bazex ; Dr. Adm. 2015, Repère 4, « *Système autoroutier : l'Etat face à sa signature* », J-B. Auby), l'Autorité de la Concurrence avait proposé le 18 septembre 2014 de modifier les modalités de fixation des tarifs des péages pour « *limiter la rente autoroutière* » et améliorer les conditions de la concurrence dans les appels d'offre des sociétés concessionnaires d'autoroute, sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante. C'est finalement le **9 avril 2015** qu'un **accord** a été trouvé entre l'Etat et les concessionnaires prévoyant un gel des tarifs pour 2015 et un plan de relance de 3,2 milliards €. Sur la question du contrôle des appels d'offre, la Direction des Infrastructures de Transport (DIT) est en charge de la gestion et du contrôle des concessions autoroutières et est responsable des appels d'offres des nouvelles concessions et nouveaux contrats de partenariats routiers sur le réseau routier national. **La loi dite *Macron* (n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; JORF n°0181 du 7 août 2015, p13537, texte °1 ; Dr. Adm. 2015, n°10, alerte 91, focus R. Noguellou)** libéralise les services de transports publics routiers interurbains. La fonction de contrôle des concessions autoroutières de l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières **(Article 1, I de la loi n°2015-990 préc.**, l'ARAF devient l'ARAFER) s'en trouve élargie au contrôle des sociétés concessionnaires d'autoroutes. Plus précisément, l'ARAFER régule désormais les tarifs de péages **(art. 13 de la loi, nouvelle Section III du Chapitre II du Titre II du Code de la voirie routière)** en opérant un contrôle stricte des concessions autoroutières, passant notamment par un « *suivi annuel des taux de rentabilité interne* » des concessions et l'obligation, pour les concessions dont le réseau dépasse un certain seuil, d'établir une commission des marchés chargée notamment de veiller au respect des principes de la commande publique dans les marchés de travaux passés par les concessionnaires.

2015, un an de droit de l'externalisation des activités publiques

Nature des contrats passés par les concessionnaires autoroutiers.– Le régime tout entier du contrat administratif semble connaître un changement (Contrats-Marchés publ. 2015, repère 5, « *Notion de contrat administratif : les lignes qui bougent* », F. Llorens et P. Soler-Couteaux). Cependant, une décision du Tribunal des conflits relative à la nature d'un contrat de travaux entre une société concessionnaire d'autoroutes et une autre personne privée **(T.Confl., 9 mars 2015, Mme Rispail c/ Sté des Autoroutes du Sud de la France, n°3984, Rec. CE ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 110, note P. Devillers ; Dr. Adm. 2015, n°5, comm. 34, note F. Brenet)** aura, en 2015, particulièrement retenu l'attention. Une sculptrice avait conclu avec la société ASF un contrat lui confiant la mission d'établir trois esquisses puis la maquette d'une sculpture monumentale devant être installée sur une aire de repos d'un futur tronçon de l'autoroute A89. La requérante s'est vue notifier l'abandon définitif du projet avant de saisir la Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat, d'une demande d'indemnisation du préjudice subi du fait de la résiliation du contrat. L'arrêt « Peyrot » (T. confl., 8 juin 1963, Société Entreprise Peyrot : Rec. CE 1963, p787 ; D. 1963, jurispr. p534, concl. Lasry, note Josse ; JCP G 1963, II, 13375, note J-M. Auby ; AJDA 1963, p474, chron. Colin), avait été le premier à étendre le régime du contrat administratif à une convention conclue entre deux personnes privées en dehors de l'application de la théorie du mandat. Il se fondait alors sur l'objet du contrat qui en l'espèce relevait de travaux publics routiers et autoroutiers appartenant « *par nature* » à l'Etat. Revenant sur sa jurisprudence, le Tribunal des conflits considère « *qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ». Ainsi, le principe selon lequel un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut revêtir le caractère d'un contrat administratif et, auquel dérogeait la jurisprudence Peyrot, retrouve toute sa valeur. Le changement majeur que cette solution apporte en pratique tient du fait que de tels contrats ne seront plus, à l'avenir, mais sous réserve de « *conditions particulières* », soumis au régime exorbitant de droit commun des contrats administratifs. La théorie du mandat n'a d'ailleurs pas plus été retenue pour un contrat passé par un délégataire et un opérateur privé assurant le dépannage des véhicules sur l'autoroute, ceci en raison du contrôle exercé par l'Etat sur l'activité de dépannage, qui « n'excède pas le pouvoir que conserve le propriétaire d'un ouvrage public afin d'assurer le respect de sa destination par son cocontractant » **(T. confl., 9 mars 2015, n° 3992, Société ASF : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 111, note P. Devillers ; RFDA 2015, p270, ccl. N. Escaut et obs. M. Canedo-Paris)**.

D. Concessions de travaux publics

1. Objet et passation des concessions de travaux

Règles de passation applicables à un contrat mixte. – Dans un arrêt du 26 juin 2015 **(CE, Société Azur Chaudronnerie Tuyauterie Industrielle et autres, n°388867 ; JurisData n°2015-016275 ; Contrats-Marchés publ. 2015, n°10, comm. 242, obs. H. Hoepffner)** le Conseil d'Etat a estimé que les règles de publicité prévues par le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics ne sont pas applicables à un contrat de concession à objet mixte dont l'objet principal est l'exploitation d'outillages publics alors même que le titulaire est tenu de réaliser des travaux. Le Conseil d'Etat ne qualifie pas pour autant le contrat litigieux de délégation de service public en ce que « l'*une des mesures de publicité* [nécessaires à la passation des délégation de service public, à savoir une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et une insertion dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné] *ayant été prise* », la demande des sociétés requérantes n'est pas fondée.

2. Exécution des concessions de travaux

Modification du contrat de concession de travaux. - A compter du 1er janvier 2015, « *les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution pour les travaux ou service supplémentaires qui sont devenus nécessaires* » dans une limite de 50% du montant du contrat initial et seulement si le changement de concessionnaire est rendu impossible pour des raisons « *économiques ou techniques* » ou parce qu'il « *présenterait un inconvénient majeur* » ou mènerait à « *une augmentation substantielle des coûts* ». Un avis de la modification de concession en cours doit cependant être publiée au Journal officiel de l'Union européenne (nouvel article 13-1 du décret n°2010-406 précit.; Contrats-Marchés publ. 2016, alerte 4, veille F. Linditch) selon un formulaire standard établit à l'annexe XVII du **règlement d'exécution (UE)2015-1986 de la Commission** qui abroge le règlement d'exécution (UE) n°842/2011.

Droit des propriétés publiques

Par Emilie RADOU

Élève de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Étudiante du Master Droit de l'économie et de la régulation en Europe

L'année 2015 a été marquée par le fait que le juge du référé-liberté a qualifié le droit de propriété des personnes publiques de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Par ailleurs, d'utiles précisions ont été apportées sur les critères de la domanialité publique, dont la distinction avec la notion ouvrage public est précisée. En matière de gestion des propriétés publiques, certaines décisions complètent des solutions classiques, tandis que d'autres consacrent des solutions inédites. Il en est ainsi sur la forme ou les modalités de transfert des autorisations d'occupation du domaine public, soulignant un assouplissement du caractère personnel des titres domaniaux. En ce sens, pour tenir compte tant d'objectifs de valorisation des propriétés publiques que de préoccupations d'aménagement, des transferts de gestion et certaines garanties aux porteurs de projets sont consacrés. Il convient également de noter la cohérence apportée par certaines solutions, comme l'évolution de la définition de la voie de fait. Enfin, faisant application de sa jurisprudence *Danthony* (CE, ass. 23 décembre 2011, n° 335033, Rec. p. 649) tant au stade de l'expropriation que de la cession de biens du domaine privé, le Conseil d'Etat adopte une approche pragmatique et réduit le nombre de vices pouvant affecter ces procédures.

I. L'acquisition des biens publics

A. Principes généraux

Droit de propriété des personnes publiques et liberté fondamentale. - Le Conseil d'Etat juge que le droit de propriété des personnes publiques constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, mais maintient sa sévérité pour apprécier l'urgence au titre du référé liberté **(CE, ord., 9 oct. 2015, n° 393895,Cne Chambourcy (sera publié au Recueil) AJDA 2015, p.1888 et p.2388, obs. N. Foulquier; JCP A 2015, act. 845; RDA 2016, comm. 2)**. En l'espèce, une jardinière installée sur le domaine public bloquait une voie appartenant à l'Etat et conditionnait l'accès à un chantier de construction. S'il considère que la propriété publique doit être protégée, le Conseil d'Etat juge que ces éléments «*ne sont pas constitutifs d'une situation d'urgence caractérisée* », puis précise que cela ne fait pas obstacle à une éventuelle saisine du juge du référé 'mesures utiles' (CJA, art. L. 521-3) (cons.3).

B. Modes d'acquisition des biens publics

Expropriation pour cause d'utilité publique : entre réforme et QPC. - Alors que les nouvelles dispositions du code de l'expropriation sont entrées en vigueur le 1er janvier 2015 (modifié par l'ord. n° 2014-1345 du 6 nov. 2014 et par le décret n° 2014-1635 du 26 déc. 2014), le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur l'article L. 15-2 du code (Art. L. 331-3, nouveau). Ces dispositions permettaient au juge, en cas d'appel du jugement fixant le montant de l'indemnité d'expropriation, d'autoriser l'expropriant à n'en verser qu'une partie à l'exproprié et à consigner le surplus pour prendre possession du bien, dès lors qu'existaient des indices sérieux laissant présumer qu'en cas d'infirmation, l'expropriant ne pourrait recouvrer les sommes qui lui seraient dues en restitution. La requérante estimait que ces dispositions portaient atteinte d'une part au droit de propriété reconnu à l'art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et d'autre part, au principe d'égalité devant la loi, en permettant de traiter de manière différente les expropriés selon leur situation économique et financière. Néanmoins, le Conseil estime que ces dispositions ne sont contraires à aucun droit, en ce que ce n'est que par exception et avec l'autorisation d'un juge que le paiement partiel et une consignation du surplus peut valoir paiement, préalable nécessaire à toute prise de possession (cons.9), et que la différence de traitement entre personnes expropriées est en rapport direct avec l'objectif de facilitation du recouvrement poursuivi par cette mesure conservatoire (cons.11). Considérant que « *l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* », le Conseil émet aussi une réserve, permettant désormais à l'exproprié d'être indemnisé, en sus de l'indemnité d'expropriation, du préjudice subi du fait de la prise de possession anticipée sans juste et préalable indemnité (cons.8).

Droit de préemption commercial des communes. - Afin notamment de maintenir des petits commerces en ville, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises facilite le droit de préemption pour les communes et modifie le délai au terme duquel la commune doit rétrocéder le bien préempté. L'article 17 du **décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015** relatif au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial leur permet, par délibération du conseil municipal, de déléguer ce droit à une liste limitative de personnes morales. La délibération précisera les conditions dans lesquelles le délégataire pourra subdéléguer ce droit à ces mêmes personnes (Code urb., R. 214-18 et R. 214-19).

Vices de procédure en matière d'enquête publique. - L'arrêt vient préciser et réduire le nombre des vices de procédure susceptibles d'affecter une déclaration d'utilité publique **(CE, 27 février 2015, n°382502, Ministre de l'Intérieur et communauté urbaine de Lyon (mentionné aux tables du Recueil) AJDA, 2015, p.425; JCP A 2015, act. 245 ; RDA n°5, Mai 2015, comm.35)**. Il résulte de la jurisprudence *Danthony* que la violation d'une règle procédurale n'entraîne l'illégalité de la décision contestée que lorsque le manquement a été susceptible d'exercer « *une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* » (CE, ass. 23 décembre 2011, n° 335033, Rec. p. 649). Dans le cadre du projet «Grand Stade », le Préfet du Rhône n'avait pas mentionné l'étude d'impact dans un arrêté d'ouverture de l'enquête publique, comme prévu par l'art. R. 123-13 du code de l'environnement applicable au moment des faits. La Cour administrative d'appel de Lyon avait jugé que cette omission constituait un vice de procédure substantiel. Or, par application de sa jurisprudence de 2011, et rappelant que l'étude d'impact figurait au dossier soumis au public et avait donc pu être largement consultée lors de l'enquête, le Conseil d'Etat considère que l'information du public n'avait nullement été faussée (cons.7). Il adopte donc une acception pragmatique des dispositions en cause.

Incorporation d'une voie privée dans le domaine public. - Par deux arrêts, le Conseil d'Etat juge que le propriétaire d'une voie privée peut décider de sa fermeture à la circulation publique alors qu'une procédure tendant à son transfert dans le domaine public communal a été engagée sur le fondement de l'art L. 318-3 du Code de l'urbanisme. Considérant « *que le propriétaire d'une voie privée ouverte à la circulation est en droit d'en interdire à tout moment l'usage au public* »(cons.1, CE, 3 juin 2015, n°369534, AJCT 2015, 660 et 667), le Conseil d'État est ensuite venu confirmer que cette opposition pouvait se manifester quand bien même elle « *serait postérieure à l'engagement de la procédure de transfert* » (cons.5, **CE, 17 juin 2015, n° 373187, Commune de Noisy-le-Grand : publié aux tables du Recueil ; JCPA 2015, act. 572, et 2244, AJDA 2015, 1243.**

II- L'identification des biens publics et qualifications domaniales

A. Distinction entre domaine public et domaine privé

Application de régimes domaniaux différents pour des parties d'une même parcelle. -Si la solution n'est pas tout à fait nouvelle (CE, sect., 28 avr. 2014, n° 349420, Rec. CE 2014, p. 107 ; JCP A 2014, act. 384; Dr. adm. 2014, comm. 50), le Conseil d'Etat règle clairement la question par un considérant de principe selon lequel « *des parties nettement délimitées et dissociables d'une même parcelle peuvent relever [...] de deux régimes de domanialité différents* » dès lors qu'il existe des limites physiques ou juridiques nettes et effectives, permettant d'identifier et de distinguer les deux parties de la parcelle **(CE, 8ème et 3ème ss-sect., 6 mai 2015, n° 369152 Commune de Saint Brès ; AJDA 2015, p.1778, JCPA 2016, 2055)**.

B. Extension dans le temps et dans l'espace de la domanialité publique

Domanialité publique par anticipation. -L'arrêt commenté confirme la pérennité de la la théorie de la domanialité publique virtuelle issue de la décision *Eurolat* (CE, 6 mai 1985, n° 41589, Rec. CE 1985, p. 141 ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois, LPA 23 oct. 1985, p. 4, note F. Llorens ; AJDA 1985,

p. 620 ; RDSS 1986, p. 296). En l'espèce, un Centre hospitalier avait conclu avec une société un bail à construction pour la réalisation d'une maison pour personnes âgées, accompagné d'une convention de location en retour au profit du centre. Vingt-cinq ans après, ce dernier a sollicité la résolution de l'ensemble contractuel, estimant qu'il avait été illégalement conclu sur le domaine public. Le Conseil d'Etat valide ce raisonnement **(CE, 29 juin 2015, n° 368299 Centre Hospitalier de Menton)**. Il vient appliquer la solution de l'arrêt *ATLALR*, selon laquelle cette théorie trouve à s'appliquer aux biens dont l'affectation à un service public était certaine avant l'entrée en vigueur en 2006 du Code général de la propriété des personnes publiques (CE, 8 avril 2013,n° 363738) (Voir également, **CAA de Marseille, 12 mars 2015, n° 14MA03803**, *infra*).

Domanialité publique par accessoire. - Le Conseil d'Etat systématise une solution issue d'un arrêt *Département des Alpes-Maritimes* (CE 23 janvier 2012, n° 334360) et juge que lorsque le mur situé à l'aplomb d'une voie publique a à la fois pour objet de maintenir les terres la surplombant et d'assurer la sécurité de ses usagers, il doit, en l'absence de titres de propriété « *être regardé comme un accessoire de la voie publique, même s'il a aussi pour fonction de maintenir les terres des parcelles[privées] qui la bordent* » (cons.2) **(CE, 15 avril 2015, n° 369339, Mme N. : mentionné aux tables du Recueil ; AJDA 2015, p.784 ; JCP A 2015, act. 376A, L. Erstein)**. L'arrêt commenté fait de la vocation de l'ouvrage un élément d'appréciation objectif et implique « *implicitement, en cas de vocations multiples, de privilégier l'intérêt pour le domaine public* » (V. L. Erstein).

C. Critères de la domanialité publique

Précisions sur le critère de l'affectation au service public et sur la définition du domaine public fluvial. - L'absence de classement d'un port dans le domaine public fluvial n'empêche pas qu'il entre dans la définition générale du domaine public immobilier (CGPPP, art. L. 2111-1) **(CE, 21 oct. 2015, n° 367019 et n° 367021, Communauté d'agglomération du lac du Bourget (sera mentionné aux tables du Recueil) Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 291, note G. Eckert, JCP A 2015, 2361, comm. P.S. Hansen et act. 695, AJDA 2015, p. 2010)**. Dans l'arrêt commenté, le port intérieur en question, crée en 1986, n'entrait alors pas dans le domaine public fluvial et n'avait pas fait l'objet d'un arrêté de classement depuis. Ce choix opéré par la collectivité publique propriétaire a pourtant un rôle essentiel dans la définition légale de ce domaine spécial (CGPPP, art. L. 2111-7 et s.). Le Conseil d'Etat vient préciser qu'il convient néanmoins de vérifier si ce bien « *était affecté à l'usage direct du public ou s'il était affecté à un service public et spécialement aménagé à cette fin* » (cons.3) (aménagement indispensable depuis 2006). Il censure en revanche l'analyse des juges du fond, qui estimaient que le port ne pouvait être regardé comme affecté à un service public puisque son financement avait été assuré par la vente à des particuliers de concessions d'emplacements et que son accès était interdit aux personnes n'en étant ni concessionnaires ni locataires. Nonobstant ces circonstances, il juge que la cour aurait dû rechercher si une telle affectation avait néanmoins eu lieu (cons.4).

Précisions sur le critère de l'affectation à l'usage direct du public et sur l'appartenance au domaine public routier. - Bien que ce ne soit pas précisé à l'art. L. 2111-1 du CGPPP, cet arrêt confirme que l'affectation d'un bien à l'usage direct du public suppose une volonté concrète d'affectation **(CE, 2 nov. 2015, n° 373896, Commune de Neuves-Maisons (sera mentionné aux tables du Recueil) JCP A 2015, act. 934)**, ce qu'avait expliqué l'un des rapporteurs du projet du code (Gilles Bachelier, AJDA 2013, p. 960). Le Conseil d'Etat censure un arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy qui avait considéré une parcelle comme une dépendance du domaine public routier communal dont elle constituait l'accessoire. Réglant l'affaire au fond, il juge que le terrain ne peut être regardé comme affecté par la commune aux besoins de la circulation terrestre, et qu'au vue de la configuration des lieux, il ne constitue pas non plus un accessoire de la voirie publique qui en soit indissociable (CGPPP, art. L 111-2). Si le terrain n'est donc pas une dépendance du domaine public routier, le Conseil d'Etat considère qu'il ne correspond pas plus aux critères généraux du domaine public (CGPPP, art. L. 2111-1). Dans le cas où, comme en l'espèce, le bien n'a pas été affecté à un service public, son appartenance au domaine public dépend d'une affectation à l'usage direct du public. Or, le Conseil d'Etat relève qu'il n'apparaît pas, en dépit des apparences, « *que la commune ait affecté cette parcelle à l'usage direct du public* » (cons.6).

D. Autonomie de la notion d'ouvrage public par rapport aux qualifications domaniales

L'arrêt commenté vient resserrer la définition de l'ouvrage public autour de l'affectation directe au service du public, et met en évidence l'autonomie de cette notion vis-à-vis du domaine public **(CE, 27 mars 2015, n° 361673, Société Titaua limited Cie : publié au Recueil ; Contrats-Marchés publ.2015, comm. 128 , note G. Eckert, JCPA 2015, p.2101, S. Hansen, AJDA 2016, p.113, AJCT 2015, p. 406 ; RDI 2015, p.418)**. Un incendie dans un local faisant l'objet d'une convention d'occupation du domaine public a détruit un catamaran destiné à la société Titaua Limited Cie., laquelle a cherché à obtenir la réparation du préjudice, et à engager la responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics de la collectivité publique. Or, le Conseil d'Etat considère que le bâtiment litigieux ne revêt pas le caractère d'ouvrage public (cons.3). Cette solution s'appuie sur une définition établie, selon laquelle à défaut de qualification législative, un ouvrage public est notamment «*un bien immeuble résultant d'un aménagement et qui est directement affecté à un service public* » (CE, ass., avis, *Mme Béligaud*, 29 avr. 2010, n° 323179, Rec. CE 2010, p. 126, concl. M. Guyomar ; RJEP 2010, comm. 54, note Y. Gaudemet). L'originalité réside en l'espèce dans la qualification d'un ouvrage privé, propriété publique, et ce alors même qu'il n'a jamais quitté le domaine public. Au regard de l'affectation de l'ouvrage au moment du litige et non pas initiale (cons.3) et tenant compte de ce que le local en cause a fait l'objet d'une convention d'occupation

2015, un an de droit des propriétés publiques

du domaine public dont les stipulations prévoient expressément son affectation à une activité exclusivement privée, la Haute juridiction juge que « *le bien en cause ne peut plus être qualifié d'ouvrage tant qu'il n'est pas de nouveau affecté à une activité publique* » (cons.1).

III- La gestion des biens publics

A. Transfert de gestion des ports départementaux.

Face aux enjeux de compétitivité économique et aux défis fonciers d'aménagement, il a semblé nécessaire de favoriser le regroupement de la gestion des ports décentralisés. L'art. 22 de la **loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République** prévoit le transfert de la propriété, de l'aménagement, de l'entretien et de la gestion des ports relevant du département aux autres collectivités territoriale, avec une date butoir du 1er janvier 2017. Il décrit ses conditions de mise en œuvre, en instaurant un appel à candidatures entre les collectivités. En cas d'absence ou de pluralité de demandes, le préfet de région est chargé d'assurer une concertation et désigne le bénéficiaire du transfert.

B. Régime des biens de retour

Droit à indemnisation de la valeur non amortie. - Les biens de retour reviennent gratuitement à la personne publique à la fin de la convention, à la seule réserve de l'indemnisation des investissements non amortis. Dans une formule de principe, le Conseil d'Etat a jugé « *qu'en cas de résiliation d'une délégation de service public avant son terme et quel qu'en soit le motif, le délégataire a droit à être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour* » **(cons.3, CE, 4 mai 2015, n° 383208, Sté Domaine Porte des neiges (sera mentionné aux tables du Recueil) ; JCP A 2015, act. 444 ; Contrats- Marchés publ. 2015, comm. 182, note P. Devillers).** Il censure en l'espèce l'analyse des juges du fond qui excluait cette part non amortie en raison du caractère déficitaire de l'exploitation, ce point justifiant le fichage de la décision aux Tables. Il est également venu répondre à la question du moment de l'indemnisation, en jugeant « *qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit aux cocontractants de prévoir que cette indemnité soit versée avant le terme du contrat, y compris au début de son exécution* » dès lors qu'elle correspond à la valeur nette comptable des bien remis. **(cons.3, CE, 7e et 2e sous-sect., 13 févr. 2015, n° 373645, Communauté d'agglomération d'Épinal ; AJDA 2015, p. 671, obs. S. Nicinski ; BJCP 100/2015, p. 239 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. n° 95, obs. M. Ubaud-Bergeron ; JCP éd. A 2015, comm. n° 2364, obs. J.-B. Boda et P.-A. Rohan)** (Voir, un an de droit de l'externalisation des activités publiques, 2015).

C. Catégories de titres d'occupation des biens publics

Recentrage des AOT et BEA sur l'occupation domaniale. - L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics fait des marchés de partenariat l'unique forme de partenariat public-privé. Cette rationalisation « p*ermettra de recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine, c'est-à-dire les relations entre l'occupant du domaine public et la collectivité propriétaire* » (fiche d'impact, p.66). Son art. 101 interdit désormais que ces contrats soient utilisés pour « *l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation* ». Des montages juridiques, dans lesquels l'occupation du domaine public primait la commande publique, ont permis un contournement important des règles de la commande publique. Si l'objectif est de mettre un terme aux contrats «aller-retour», les contrats domaniaux classiques qui ont pour seul objet de permettre à un tiers d'utiliser le domaine public ne sont pas remis en cause, et pourront toujours être sollicités pour confier à un opérateur la réalisation d'équipements privés servant un intérêt général.

Bail emphytéotique administratif et principe de transparence.- La jurisprudence récente illustre le propos précédent et la délicate distinction entre les catégories du droit des contrats publics **(CAA Lyon, 21 mai 2015, n° 14LY01566 et n° 14LY01692, Sté Broche et Fils et sté de distribution alimentaire de la Vallée et Sté Bobsleigh et sté Distribution Casino France ; Contrats-Marchés publ.2015, comm. 183, note G. Eckert).** Au vue d'éléments d'espèce témoignant du caractère d'intérêt général d'un projet de construction de centre commercial sur une dépendance du domaine privé de la commune, la cour administrative d'appel de Lyon vient requalifier un bail emphytéotique en bail emphytéotique administratif au sens de l'art. L. 1311-2 du CGCT. Considérant qu'il répond « *à des besoins exprimés par la commune* », laquelle « *retire un intérêt économique direct* » « *puisqu'elle sera propriétaire des constructions réalisées* » à l'issue du bail, elle applique la jurisprudence européenne et fait entrer le contrat dans le champ de la commande publique (cons.8) (CJCE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08). La cour fait donc application des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des concurrents, et juge qu'en l'espèce la commune avait lancé une consultation conforme à ces principes (cons.15).

D. Règles de compétences, de forme et de fond pour l'attribution des titres

Compétence du maire en matière d'occupation domaniale. - Si la question a déjà été jugée implicitement (CE, 26 mai 2004, n° 242087, Société Paloma : BJCL 2004, p. 554, concl. P. Collin, obs. M. Degoffe), le Conseil d'Etat rappelle expressément que seul le maire est compétent pour délivrer les autorisations d'occupation du domaine public communal, les retirer ou les abroger au vue de l'article L. 2122-21 CGCT (cons.6) **(CE 18 novembre 2015, SCI Les II C, n° 390461 (sera mentionné aux tables du Recueil), AJDA 2015, p.2241, JCP A 2015, act. 990).** La décision commentée établit le partage des tâches entre le conseil municipal, à qui il revient de délibérer sur les conditions générales d'administration et de gestion du domaine public, et le maire, qui conserve et administre les propriétés de la commune.

2015, un an de droit des propriétés publiques

Régime des concessions de plage et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. - Il est jugé que le droit de priorité reconnu aux communes dans l'attribution des concessions de plage, qui résulte de l'art. L. 2124-4 du code général de la propriété des personnes publiques, ne méconnait pas le droit au respect des biens protégé par ladite Convention **(CAA Marseille, 19 mai 2015, n° 13MA03706 et n° 13MA03707, ASL Remana et syndicats des copropriétaires Mandelieu M1 et M2 ; Contrat-Marchés publ. 2015, comm. 184, note G. Eckert)**. Tandis que l'association requérante soutenait que ce droit de priorité violerait les stipulations de l'art. 1er du 1er Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme en la privant de la possibilité d'obtenir le bénéfice de la concession, la Cour administrative d'appel de Marseille considère que «*la faculté de présenter sa candidature en vue de se voir accorder par l'Etat une concession de plage ne constitue pas un bien au sens des stipulations invoquées*» (Cons.5). Dès lors, le moyen invoqué est inopérant. La Cour estime de plus que l'association ne disposait ni d'un droit réel sur le domaine public maritime du fait de l'autorisation d'exploiter la plage dont elle a bénéficié antérieurement, ni d'un droit au renouvellement de son autorisation à son terme (Cons.9).

Caractères du titre d'occupation du domaine public. - L'arrêt commenté pose clairement le principe selon lequel l'occupation du domaine public doit être autorisée par un titre qui ne peut être accordé tacitement **(CE, section, 19 juin 2015, n° 369558, Sté immobilière du port de Boulogne (SIPB) c/ CCI de Boulogne-sur-Mer Côte d'Opale : publié au Recueil ; JCPA 2015, act.571; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 220, note G. Eckert et rep. 7, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; AJDA 2015, p. 1413 ; AJCT 2015, p. 528)**. Cette solution repose notamment sur des exigences de protection et de bonne gestion du domaine public. En l'espèce, bien que la SIPB occupait une dépendance du domaine public pour laquelle elle versait des redevances d'occupation depuis plusieurs années, un projet initial de contrat n'avait jamais été conclu. La section du contentieux rappelle que la simple tolérance de l'administration ne constitue pas un titre d'occupation du domaine public (CE, 17 déc. 1975, n°91873, Sté Letourneur Frères et Garnier; RDP 1976, p. 1083). Elle ajoute qu'une convention d'occupation, alors même qu'elle serait exprès, ne peut pas non plus être verbale mais « *doit revêtir un caractère écrit* » (cons. 2). Si l'absence de convention risque d'affaiblir la protection de l'«occupant», un facteur d'équilibre se trouve dans les modalités d'indemnisation, point sur lequel l'arrêt commenté apporte le plus (*v. infra*).

E. Portée du principe d'incessibilité des titres d'occupation du domaine public

Conditions du transfert des titres d'occupation. - Le Conseil d'Etat consacre la possibilité de transférer les autorisations (unilatérales ou conventionnelles) d'occupation du domaine public à condition que le gestionnaire donne son accord par écrit **(CE, 18 septembre 2015, n°387315, Société Prest'air, (mentionné au recueil), Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 271, note J-P Pietri, JCP A 2015, act.790 et p.2315, Dr. Adm.2016, comm. 3, note G. Eveillard, AJDA 2016, p.157)**. La société Prest'air soutenait, qu'ayant succédé à une société dont elle avait repris actifs et personnel, elle avait nécessairement bénéficié du transfert de la convention d'autorisation d'occupation du domaine public aéroportuaire de cette dernière et ce, alors qu'elle n'avait conclu aucune convention avec la chambre de commerce et d'industrie. Traditionnellement, le caractère personnel des autorisations d'occupation du domaine public faisait obstacle à leur cession (CE, 10 mai 1989, n° 73146, Muñoz, Rec. CE 1989, Tables, p. 675). Saisi dans le cadre d'un référé, le Conseil d'Etat juge néanmoins expressément « *qu'il ne peut y avoir transfert d'une autorisation ou d'une convention d'occupation du domaine public à un nouveau bénéficiaire que si le gestionnaire de ce domaine a donné son accord écrit* » (cons.5). Cette exigence de formalisme s'inscrit dans la lignée de la récente affirmation de la nécessité du caractère écrit du titre d'occupation (supra, **CE Sect. 19 juin 2015, n°369558)**.

Garantie applicables aux porteurs de projets. - Prise sur le fondement de l'art. 9 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, **l'ordonnance n° 2015-1628 du 10 décembre 2015** crée un rescrit en matière de transfert d'autorisation d'occupation constitutive de droits réels. Son art. 2 prévoit qu'une société exploitante, sise sur le domaine public de l'Etat, pourrait demander à l'administration «*si, au vu des éléments qui lui sont soumis à ce stade [...] elle délivrera l'agrément à une personne déterminée qui lui sera substituée, pour la durée de validité du titre restant à courir* ». Une demande de « pré-décision » sur le transfert du titre pourra donc être adressée à l'autorité compétente, qui devra se positionner. Toutefois, ce mécanisme n'a pas vocation à s'appliquer aux autorisations d'occupation délivrées après une procédure de publicité et de mise en concurrence, pour lesquelles le régime de la cession des contrats (ajusté par les directives « Marchés publics » et « Concessions » de 2014) s'appliquera.

F. Réforme du stationnement payant.

La loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 prévoit de remplacer l'amende pénale sanctionnant le non-paiement de la redevance de stationnement sur la voirie publique par un «forfait de post-stationnement», dont le montant sera fixé par les communes elles-mêmes. En application de la l'art. 36 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, **l'ordonnance n° 2015-401 du 9 avril 2015 relative à la gestion, au recouvrement et à la contestation du forfait de post-stationnement (JCPA 2015, act. 351)** précise qu'un avis de paiement doit être notifié, possiblement sous forme dématérialisée et que le forfait de post-stationnement doit ensuite être réglé dans les trois mois. Le **décret n° 2015-557 du 20 mai 2015 relatif à la redevance de stationnement des véhicules sur la voirie (Contrats-Marchés publ. 2015, comm. n° 166, obs. G. Clamour)** vient autoriser l'externalisation de l'encaissement des recettes tirées du stationnement sur la

voirie publique. En cas de non paiement dans les délais légaux, le **décret n° 2015-1474 du 12 novembre 2015 relatif au recouvrement du forfait de post-stationnement impayé** précise la procédure administrative a suivre en vue de l'émission d'un titre exécutoire. En matière de contentieux, l'**ordonnance n°2015-45 du 23 janvier 2015** (JCPA 2015, act.83) a donné naissance à la commission du contentieux du stationnement payant, une juridiction administrative spécialisée chargée de statuer sur les demandes de contestation de ce forfait.

G. Redevances et occupation irrégulière

Obligation de payer pour occuper un domaine public, même interdit. - Le Conseil d'Etat affirme que l'obligation de paiement d'une redevance d'occupation vaut pour tous les domaines publics, cette décision reposant sur une assimilation entre redevance pour occupation du domaine public et indemnité due en réparation d'une occupation illégale **(CE, 8e et 3e sous-sect., 13 févr. 2015, n° 366036, Établissement public Voie navigable de France (VNF) (mentionné aux tables du Recueil) AJDA 2015 p. 1072, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 99, note M. Ubaud Bergeron ; JCP A 2015, act. 82 ; Dr. Adm. 2015, comm. 42, G. Eveillard)**. L'arrêt commenté suit les principes de l'arrêt *Commune de Moulin* qui systématise le droit à indemnité en cas d'occupation sans titre (CE, 16 mai 2011, n° 317675; RJEP 2011, comm. 56, concl. C. Legras ; JCP A 2011, 2224, note Ph. Yolka). En l'espèce, VNF a adressé un titre exécutoire pour récupérer les redevances d'une occupante, laquelle était installée sans titre et ce, sur une parcelle interdite de toute occupation. Cette dernière circonstance avait conduit la cour administrative d'Appel de Versailles à juger que VNF ne pouvait alors pas se prévaloir d'une perte de revenu. En cassation, le Conseil d'État considère néanmoins que le principe du paiement d'une indemnité s'applique « *que l'emplacement irrégulièrement occupé soit interdit ou non* » (cons.2), précisant que les modalités de son calcul s'effectuent « *par référence au montant de la redevance due pour un emplacement similaire* » (cons3). (De même, **CAA Versailles, 19 Novembre 2015, N° 14VE00337)**.

Astreinte à l'encontre de l'occupant irrégulier et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. - Le Conseil d'Etat précise le fondement du pouvoir reconnu au juge administratif de prononcer et de liquider des astreintes **(CE, 6 mai 2015, n° 377487, Torcheux (mentionné aux tables du Recueil) Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 189, note J-P Pietri, JCP A 2015, p.2277, note J-F Giacuzzo, AJDA 2015, p.1666)**. En cassation, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi qu'un occupant irrégulier du domaine public maritime a formé contre l'arrêt d'appel diminuant le montant dont il a été condamné à payer au titre de la liquidation de l'astreinte qu'il n'a pas entièrement exécutée (CAA Marseille, 11 févr. 2014, n° 12MA02132). Il rappelle d'abord que la faculté du juge administratif de prononcer et liquider une astreinte a pour fondement un principe général du droit (CE, 23 mai 1979, Sté Durance-Concassage : Rec. CE 1979, p. 736) qui vaut « *même sans texte, le cas échant d'office* » si le législateur n'a pris de disposition en ce sens (Cons.3) Le Conseil d'Etat juge également que cette circonstance n'implique pas une méconnaissance de l'art. 1er du protocole additionnel à la Conv. EDH, et considère que ces dispositions « *exigent seulement que ce droit soit, d'une part, suffisamment accessible et, d'autre part suffisamment précis et prévisible* » (cons.5). Rappelant que le juge recourt à la faculté d'assortir sa décision d'une astreinte de manière constante en matière d'occupation privative, il est estimé que ces conditions sont remplies (cons.6).

H. Protection des biens

Police de la conservation du domaine public routier : compétence judiciaire. - Le tribunal des conflits juge d'abord qu'une place ouverte à la circulation des piétons affectée aux besoins de la circulation terrestre appartient au domaine public routier. Il juge ensuite que le juge judiciaire, compétent pour réprimer les infractions à la police de la conservation du domaine public routier, l'est aussi pour connaître du bien fondé du titre exécutoire émis par la personne publique contre une société pour obtenir le remboursement des travaux de dépollution sur cette place suite au déversement accidentel de carburant par la société, et ce même « *si les travaux de dépollution de la place sont des travaux publics* » **(T. confl. 13 avril 2015, n°3999, SNC Worex c/ Communauté urbaine de Lyon et société Thierry Chefneux assainissement (mentionné aux Tables du Recueil)**.

I. Recours contentieux

Conditions procédurales de l'indemnisation de l'occupant sans titre du domaine public. - Dans un arrêt de section, le Conseil d'État admet qu'en cas de disparition du contrat, il est possible pour le requérant de substituer à l'action en responsabilité contractuelle, devenue impossible, des actions en responsabilité quasi-contractuelle et quasi-délictuelle. (*v. supra*, **CE, section, 19 juin 2015, n° 369558, Sté immobilière du port de Boulogne (SIPB) c/ CCI de Boulogne-sur-Mer Côte d'Opale : publié au Recueil)**. Le Conseil d'Etat vient étendre au cas d'absence de contrat la jurisprudence traditionnelle en matière de nullité *Citécable Est* (CE, sect., 20 oct. 2000, n° 196553, Rec. CE 2000, p. 457 ; BJCP 2001, p. 54, concl. H. Savoie et obs. Ph. Terneyre ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 20, note J.-P. Pietri). Ce faisant, il permet au requérant de rechercher, y compris pour la première fois en appel, la responsabilité extracontractuelle de la personne publique et d'invoquer l'enrichissement sans cause et la faute consistant à avoir « *induit l'autre partie en erreur sur l'existence de relations contractuelles* » (cons.5). Les conditions de l'indemnisation de l'occupant irrégulier sont précisées notamment pour tenir compte de la faute qu'il aura pu lui-même commettre en acceptant une situation dont il ne pouvait ignorer l'illégalité.

Application de la jurisprudence Tarn-et-Garonne aux conventions d'implantation d'antennes de téléphonie. - Le Conseil d'Etat ouvre le recours en contestation de validité des contrats administratifs aux conventions portant sur l'occupation du domaine public

2015, un an de droit des propriétés publiques

non-routier **(CE, 2 déc. 2015, n° 386979, Société Orange (mentionné aux tables du Recueil) JCP A 2015, act.1031).** En vue de l'installation d'une station de téléphonie mobile sur un bâtiment de l'école centrale de Lyon, deux conventions d'occupation du domaine public ont été signées avec les sociétés Bouygues et Free, et l'offre de la société Orange a été rejetée. Cette dernière, candidate évincée et tiers intéressé aux contrats, a formé contre la décision de rejet de sa candidature un recours pour excès de pouvoir (REP) assorti d'une demande de référé suspension (CJA, art. L.521-1). Le Conseil d'Etat ouvre cependant le recours dit *Tarn-et-Garonne* (CE 4 avril 2014, n° 358994 : BJCP 2014/94, p. 204, concl. Dacosta) aux conventions d'occupation du domaine public pour l'implantation d'antenne de téléphonie (C. des postes et des communications électroniques, art. L. 46), et considère que la décision de rejet ne pouvait être contestée « *que par un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat* » (cons.4). Il précise que ce recours doit être « *exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées* » et peut éventuellement être assorti «d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat » (cons.3). En l'espèce, le REP à l'encontre de la décision de rejet d'Orange était irrecevable.

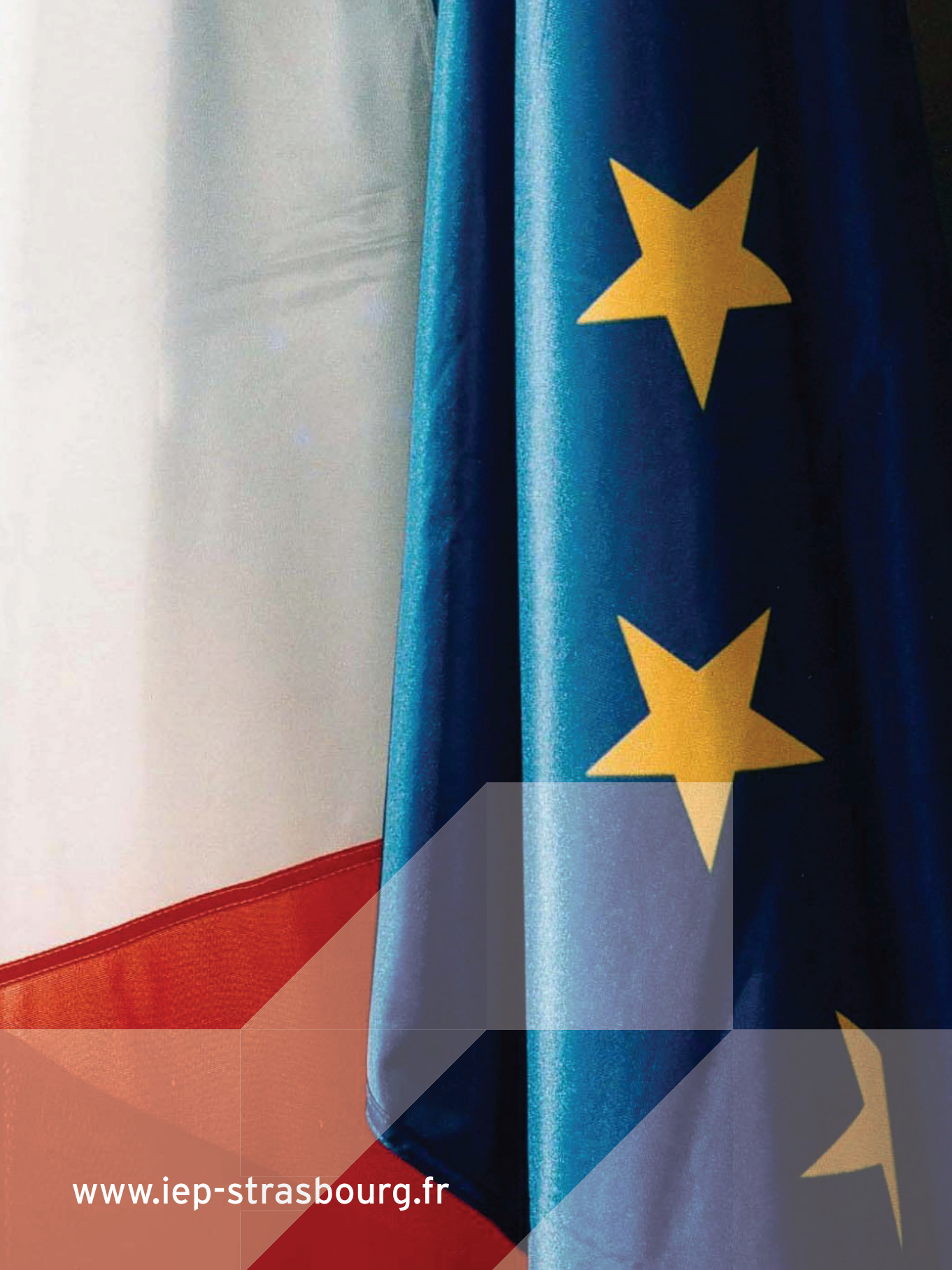
Responsabilité du fait de l'implantation d'ouvrage public sur une propriété privée. - La Cour de cassation confirme l'exclusion du champ de la théorie de la voie de fait des implantations irrégulières d'ouvrages publics, renonçant ainsi à une partie de sa compétence en tant que gardien du droit de propriété et de la liberté individuelle **(Cass. 3e civ., 11 mars 2015, n° 13-24.131 : JCPA 2015, act.350, Dr.adm 2015 2015, étude 4, par S. Traoré).** En l'espèce, le litige était né de l'implantation par la société RTE de pylônes sur une propriété privée sans l'accord du propriétaire. Nonobstant la déclaration d'utilité publique et l'octroi d'une autorisation temporaire d'occupation postérieurement à l'intervention de RTE, le propriétaire arguait d'une voie de fait emportant la compétence du juge judiciaire. Or, reprenant une formule remarquée du tribunal des conflits dissociant la notion de voie de fait de l'implantation irrégulière d'ouvrages publics, la troisième chambre civile confirme la compétence administrative pour cette dernière (T. confl., 17 juin 2013, n° 3911, Rec. p. 370, JCP A 2013, 2301, RJEP 2013, comm. 38). Il semble donc que le juge administratif apparaisse comme « *l'unique gardien de tous les ouvrages publics. Mal ou bien plantés* » (Voir, S. Traoré).

IV- La Cession des biens publics

Modalités et conditions de la cession du bien à un prix inférieur à sa valeur vénale. Le Conseil d'Etat précise sa jurisprudence sur la légalité de la cession par une collectivité publique d'un bien immobilier à une personne privée à un prix inférieur à sa valeur **(CE, Sous-sections 8 et 3 réunies, 14 octobre 2015, n°375577, Commune de Châtillon-sur-seine (publié au Recueil) AJDA 2015, p.1951 ; JCP A 2015, act. 87).** La délibération litigieuse du Conseil municipal fixait à 5 euros HT le m⁺ le prix de vente de parcelles communales (estimé à 30 euros HT par le service des domaines) cédées afin de permettre le relogement de gens du voyage. Le Conseil d'Etat vient rappeler qu'un bien du domaine privé ne peut être ainsi cédé qu'à la double condition que la cession soit justifiée par des motifs d'intérêt général et qu'elle comporte des contreparties suffisantes (CE 3 novembre 1997 *commune de Fougerolles*, req. n° 169473, Rec. CE p. 391, CE 25 novembre 2009, *commune de Mer* n° 310208). Il dresse en outre une méthode d'analyse qualitative et non seulement quantitative de la notion de contreparties suffisantes, qui doivent être évaluées « *eu égard à l'ensemble des intérêts publics dont la collectivité cédante a la charge [...] en tenant compte de la nature des contreparties et, le cas échéant, des obligations mises à la charge des cessionnaires* ». En cassation, le Conseil d'Etat considère qu'en écartant les motifs avancés tenant aux avantages en matière d'hygiène, de sécurité publique et d'économie de coûts d'entretien, la cour d'appel a commis une erreur de droit (cons.4).

Formalisme procédural et consultation du service des domaines. - Faisant application de la jurisprudence *Danthony* précitée (CE, ass. 23 décembre 2011, n° 335033, Rec. p. 649), le Conseil d'Etat considère que la consultation du service des domaines avant toute cession d'un bien du domaine privé « *ne présente pas le caractère d'une garantie* » (cons.4) **(CE, sect., 23 oct. 2015, n° 369113, CFA Méditerranée (sera publié au Recueil) AJDA, p.2007, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 292, note M. Ubaud-Bergeron, JCP A 2015, act. 897.** Il censure alors l'analyse des juges du fond, qui avaient annulés la délibération d'un conseil municipal portant sur un projet de bail emphytéotique administratif pour la construction d'un groupe scolaire, au motif qu'elle avait été prise avant d'être été informé de l'avis du service des domaines prévu à l'art. L. 2241-1-3 du CGCT. Si cet arrêt de section vient atténuer la rigueur de l'obligation de consultation, il est jugé néanmoins qu'il appartenait au juge « *de rechercher si cette méconnaissance avait eu une incidence sur le sens de la délibération attaquée* » (cons.5). Rappelons que la consultation est imposée dans l'intérêt de la personne publique cédante, et renvoie à la protection des deniers publics. Ces considérations justifient d'ailleurs les possibilités de régularisation ultérieures encore récemment admises(CE, 10 avr. 2015, n° 370223, Commune de Levallois-Perret (mentionné aux tables du Recueil) JCP A 2015, act. 357, Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 156, note J-P Pietri).

2015, un an de droit des propriétés publiques



www.iep-strasbourg.fr