

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (novembre 2011 - mai 2012)

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (novembre 2011 - mai 2012) », *Europe*, n° 7, 2012, p. 10-14. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (novembre 2011 - mai 2012)

1. ENVIRONNEMENT

1. - Organismes génétiquement modifiés (OGM), autorisation de mise sur le marché, denrées alimentaires, suspension, preuve de l'urgence, principe de précaution. - (2 espèces) CE, ord., 18 mai 2012, n° 358614, EARL de Commenian et EARL de Candelon :JurisData n° 2011-012157. - CE, 28 nov. 2011, n° 312921, 313546, 313548, 313605, 313614, 313616, 313618, 313620, 313622, 313624, 313683, Sté Monsanto SAS et a. : JurisData n° 2011-027423. L'agriculture est le domaine dans lequel on trouve aujourd'hui le plus d'organismes génétiquement modifiés (OGM). Plants de maïs résistants aux maladies, blé nécessitant moins d'eau ou... stériles, afin d'obliger les agriculteurs à les racheter chaque année, les apports de la génétique sont nombreux. Selon l'ISAAA (international service for the acquisition of agri-biotech applications), les surfaces mondiales sur lesquelles sont adoptées les semences OGM (ou biotech) ont augmenté en 2011 de 12 millions d'hectares, soient 8 % sur un an. Loin de la situation américaine dont 90 % des cultures de soja et maïs sont des OGM (cf. *W. Mastor, La justice américaine et les cultures génétiquement modifiées : Rev. jur. env. 2012, n° 1, p. 89-98*), la situation européenne n'en est pas moins intéressante tant le droit français et le droit européen s'accordent mal. Les affaires *Sté Monsanto SAS et EARL de Commenian et EARL de Candelon* sont en effet liées à la fois par le même maïs transgénique objet de l'affaire (le MON 810, dont la modification génétique améliore la résistance aux insectes) et les mêmes arrêts de la CJUE interprétant le droit dérivé (*Dir. 2001/18/CE, 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement : JOCE n° L 103, 17 avr. 2001, p. 1. - Règl. (CE) n° 1829/2003, 22 sept. 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés : JOUE n° L 268, 18 oct. 2003, p. 1, et Règl. (CE) n° 178/2002, 28 janv. 2002 règlementant la législation alimentaire et créant l'Autorité européenne de sécurité des aliments : JOUE n° L 31, 1er févr. 2002, p. 1*). Il convient ici de rappeler que le principe en matière d'interdiction ou de suspension de semences OGM est de la compétence de l'Union ; le droit dérivé précité prévoyant les hypothèses dans lesquelles les États membres peuvent, à titre subsidiaire, interdire de telles semences (on parle parfois de « clause de sauvegarde »). Le contentieux français n'est pas nouveau : le Conseil d'État avait déjà posé une question préjudicielle afin d'interpréter la directive et le règlement dans une décision du 28 décembre 2009, *Monsanto* (au même numéro de requête que l'arrêt ici commenté : n° 312921.). À la suite de ce renvoi, la CJUE avait rendu un arrêt le 8 septembre 2011, (*CJUE, 8 sept. 2011, aff. jtes n° C-58/10 à C-68/10, Monsanto SAS et a. : Europe 2011, comm. 441*), dans lequel elle reprend en partie ce qu'elle avait déjà précisé dans un contentieux d'origine allemande (*CJUE, 6 sept. 2011, aff. n° C-442/09, Bablok et a. : Europe 2011, comm. 434*). L'arrêt de la CJUE du 8 septembre 2011 est central dans cette matière. Il renforce de manière importante les conditions déjà posées par l'arrêt CJCE, 21 mars 2000, (*CJCE, 21 mars 2000, aff. C-6/99, Greenpeace et a. : Europe 2000, comm. 151*) pris sous l'empire du droit antérieur. Il faut en effet comprendre que le MON 810 a été à la fois autorisé en tant que semence en application de la directive 90/220 remplacée par la directive 2001/18/CE, et en tant que « produit existant » du règlement (CE) n° 1829/2003, c'est-à-dire en tant que produit alimentaire pour les hommes et les animaux. Cette double nature, qui soumet à deux textes différents, a conduit la CJUE à devoir arbitrer entre les deux différentes procédures permettant aux États membres de suspendre ou interdire provisoirement ces autorisations. Elle a ainsi décidé que seule la procédure et les conditions juridiques des règlements étaient applicables. Analysant les règlements, la Cour de justice estime qu'une

triple condition est requise : d'abord la nécessité pour l'État membre de démontrer une urgence (*Règl. (CE) n° 1829/2003, art. 34*), ensuite une information de la Commission (*Règl. (CE) n° 178/2003, art. 54*), enfin l'obligation de démontrer « l'existence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine, la santé animale ou l'environnement » (*Règl. (CE) n° 1829/2003, art. 34*). C'est ce que reprennent les arrêts du Conseil d'État. L'arrêt du 28 novembre 2011, n° 312921, *Sté Monsanto SAS et autres* considère ainsi que l'arrêté du ministre de l'Agriculture et de la Pêche du 7 février 2008 modifié par l'arrêté du 13 février 2008 qui était contesté est illégal du fait de l'erreur de droit constituée par la référence à la directive 2001/18/CE et non aux règlements de 2001 et 2003. Sur la demande du ministre, le Conseil d'État tente cependant une substitution de base légale et va rechercher si les conditions posées par le règlement (CE) n° 1829/2003 ne sont pas remplies. Il constate alors que le ministre fonde sa décision sur l'avis du « comité de préfiguration de la haute autorité sur les organismes génétiquement modifiés » (qui préfigurait la « Haute autorité des Biotechnologies », créée par la loi du 28 août 2008 transposant l'essentiel de la directive 2001/18/CE), mais considère que, loin de donner des preuves scientifiques du risque sérieux que représente le MON 810 pour la santé, cet avis se contente de « soulever des interrogations ». La preuve du caractère sérieux du risque pour la santé n'étant pas apportée, il n'effectue par la substitution et annule l'arrêté modifié du ministre. À la suite de ce premier arrêt, le ministre de l'Agriculture reprit le 16 mars 2012 un arrêté interdisant l'usage du MON 810 en France, après avoir notifié cette volonté à la Commission par une note du 20 février 2012. C'est ce nouvel arrêté qui était contesté dans l'ordonnance du Conseil d'État en date du 18 mai 2012, (n° 358614, *EARL de Commenian et EARL de Candelon :JurisData n° 2012-012157*). Les deux entreprises requérantes avaient acheté du MON 810 et demandaient en référé la suspension de l'interdiction de leur usage par l'arrêté ministériel. Dans ce second arrêt, le ministre a en effet fait preuve d'une grande habileté en fondant son interdiction sur les nouvelles lignes directrices de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (AESA) qui vont être prises en compte lors du renouvellement en cours de l'autorisation du MON 810. Cependant, en référé, l'urgence n'a pas été retenue puisque les requérants avaient acheté leurs semences à l'étranger et qu'il était trop tard pour l'ensemencement de maïs. L'arrêt est donc intéressant mais il faudra attendre le jugement au fond pour savoir si les moyens invoqués dans celui-ci correspondent à une situation de risque suffisant au regard du droit de l'Union. On notera que ces éléments propres à l'urgence dans le cadre du référé suspension ne nous semblent pas recouvrir exactement ceux pris en compte pour la nécessité d'une « urgence » au sens des critères de l'article 34 du règlement (CE) n° 1829/2003 qui a trait à une urgence plus générale sur les risques plus généraux et à moyen terme et non les risques pour les requérants et à court terme. Les solutions jurisprudentielles ici présentées sont essentiellement fondées sur le droit de l'Union qui, en l'espèce, se voit reconnaître une application directe et effective. Il n'en reste pas moins que les relations avec le droit national posent des problèmes de deux ordres, les premiers étant envisagés et résolus, les seconds ne l'étant pas. L'arrêt du Conseil d'État (*CE 28 nov. 2011, n° 312921, Sté Monsanto SAS et a. :JurisData n° 2011-027425*) répond en effet au moyen soulevé par le ministère d'une contradiction entre la solution et les articles L. 535-2 du Code de l'environnement et L. 251-1 du Code rural et de la pêche maritime. Le Conseil d'État rappelle en effet la primauté du droit de l'Union dont le droit dérivé s'applique directement et empêche l'application du droit interne contraire dont les règles « ne sauraient constituer le fondement légal de l'arrêté litigieux ». En bref et sans que cela étonne, ces dispositions étant inconventionnelles, elles ne peuvent fonder l'arrêté contesté. Plus gênante est l'éventuelle contradiction entre le droit dérivé en cause (les directives et règlements) et le droit constitutionnel français. Le moyen n'est pas soulevé par les requérants (alors que c'est à propos des OGM que le principe de précaution a été utilisé pour la première fois par le juge administratif : *CE, 25 sept. 1998, n° 194348, Association Greenpeace France :JurisData n° 1998-050609*), mais il est pourtant intéressant. Vingt ans après la première fois qu'il a été évoqué dans la Déclaration de Rio de juin 1992, le

principe de précaution a pris une valeur juridique certaine. En droit de l'Union, il est un principe général reconnu par l'article 191.2 TFUE (depuis Maastricht) ; en droit interne, il est un principe constitutionnel inscrit dans la Charte de l'environnement. Pourtant, on peut raisonnablement penser, à la lecture de ces arrêts qu'il y a une vraie contradiction entre la définition du principe de précaution en droit de l'Union (ou au moins sa mise en œuvre dans les textes en cause dans l'affaire) et le principe de précaution en droit interne. La situation des OGM est en effet topique de l'application de ce principe puisqu'il s'agit exactement d'une situation dans laquelle il existe une incertitude scientifique sur le risque. L'article 5 de la Charte de l'environnement oblige alors les autorités à des procédures d'évaluation et à « des mesures proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Le principe est donc que dans le doute, c'est a minima qu'il faut prendre des mesures permissives. À l'inverse, en imposant une obligation de faire respecter le double critère de l'urgence et celui d'une « situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé » ou l'environnement, et en exigeant des preuves, le droit de l'Union semble avoir une interprétation bien différente du principe. Deux points fondent cette différence : d'abord, il inverse la charge de la preuve qui pèse sur l'auteur de la dérogation (l'État membre qui déroge à la règle générale d'autorisation) et non, comme c'est le cas en droit interne, sur celui qui prend la mesure d'autorisation. Ensuite, la formulation du règlement impose la preuve d'un important et manifeste risque pour la santé. Si la preuve du risque est obligatoire, le principe de précaution n'est plus en cause, mais bien le principe de prévention. La preuve du risque est la certitude d'un possible aléa, non le doute sur un éventuel aléa qui caractérise le principe de précaution. Dans le cadre de ce dernier, le juge doit en effet se contenter d'un doute sérieux, et ne pas demander la preuve du doute. Or, c'est ce que demande le règlement européen. Certes, en droit interne comme en droit de l'Union, la dérogation doit s'interpréter strictement, mais en l'espèce, si le juge avait été saisi d'un moyen relatif au principe de précaution, il aurait pu estimer que le règlement européen s'opposait à ce principe, et il pouvait écarter le règlement au profit de la norme constitutionnelle. En application de la jurisprudence Arcelor, il aurait même pu alors se référer au principe européen de précaution, mais il n'est pas certain que les deux principes européens et internes auraient été considérés comme « équivalents », justement parce que le droit européen demande une certitude scientifique du risque alors que le principe interne ne la requiert pas (pour des analyses poussées et synthétiques de la jurisprudence de la CJUE en matière de principe de précaution, cf. *E. Naim-Gesbert, Droit général de l'environnement, Paris : LexisNexis, coll. Objectif Droit, n° 135 à 164, spéc. n° 154*).

2. - Produits phytopharmaceutique, autorisation de mise sur le marché, AFSSA devenue ANSES, contrôle technique de l'erreur manifeste, procédure inquisitoire et accusatoire. - CE, 7 mars 2012, n° 332804 et n° 332805, Mouvement pour les droits et le respect des générations futures : JurisData numéro 2011-003575. Les produits phytopharmaceutiques (les pesticides, notamment fongicides, insecticides et herbicides pour employer des termes moins techniques) font l'objet des textes pris par l'Union européenne, et notamment de la directive 91/414/CEE du 15 juillet 1991 concernant leur mise sur le marché visée dans l'arrêt. Ce droit a vu ses sources et organismes fortement modifiés et l'arrêt en cause est l'occasion de le souligner. Il permet de plus de démontrer la difficulté de ces contentieux techniques tant l'arrêt est complexe pour le commentateur non chimiste. Il s'agissait en l'espèce d'un recours pour excès de pouvoir contre le rejet d'une demande d'abrogation du ministre chargé de l'agriculture concernant l'autorisation de mise sur le marché des « Roundup GT plus » et « Roundup Express » (désherbants de jardins pour particuliers, dont les autorisations de mise sur le marché ont été données à la Sté Monsanto pour faire un lien avec les arrêts cités en 1). En la matière, les modifications textuelles et institutionnelles ont été nombreuses, tant en droit interne qu'en droit européen. La directive visée a notamment été abrogée par un règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil

du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE (substances interdites) et 91/414/CEE (substances autorisées) du Conseil. Ce règlement qui est entré en vigueur le 14 décembre 2009 abroge la directive avec effet au 14 juin 2011. Le changement de texte n'a cependant pas remis en cause le rôle alloué aux États membres dans les autorisations de mises sur le marché des produits phytopharmaceutiques. L'État membre dans lequel le produit sera introduit pour la première fois instruit ainsi le dossier pour les autres, comme dans le droit antérieur. Le principe de la reconnaissance mutuelle des autorisations joue alors, sauf si l'État membre prend un acte les interdisant dans des conditions bien précises de risque pour la santé humaine et animale ou d'atteinte à l'environnement. On retrouve les critères détaillés ci-dessus pour les OGM, que le droit français intègre dans les produits phytosanitaires, d'ailleurs. En amont de ces autorisations, le mécanisme est à peine différent puisque les substances qui composent les produits phytopharmaceutiques doivent être au préalable listées par les autorités de l'Union après avis de l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA European Chemical Agency). Cette liste, qui constituait auparavant l'annexe 1 de la directive, fait l'objet d'un règlement prévu à l'article 78-3 du règlement (CE) n° 1107/2009. Aujourd'hui le règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (dit REACH pour « Registration, Evaluations an Autorisation of CHemicals ») contient cette liste. C'est ce même règlement qui crée l'Agence européenne de contrôle précitée. Ce nouveau règlement fixe cependant de manière plus précise et plus stricte les critères d'approbation des substances actives. Les substances « bioaccumulables » ne peuvent ainsi être approuvées. Pour ce qui concerne le droit interne, les autorisations des différents produits phytopharmaceutiques ont fait, elles aussi, l'objet de modifications. Outre le fait qu'elles soient dans le nouveau « *Code rural et de la pêche maritime* », on trouve le droit applicable notamment aux articles L. 253-1 à L. 253-18 issus de l'ordonnance n° 2011-840 du 15 juillet 2011 qui met en conformité le droit national avec le droit de l'Union. Les articles réglementaires (et notamment *C. rur. pêche marit., art. R. 253-1 et s.*) sont issus d'un décret n° 2011-385 du 11 avril 2011. Il s'agit notamment de tirer les conséquences de la disparition de l'AFFSA (ainsi que celle deux autres agences) et de la création de l'ANSES (Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail) par l'ordonnance n° 2010-18 du 7 janvier 2010. Le fond de cette affaire démontre par ailleurs la complexité du rôle du juge interne dans ce type de contentieux. On remarque en effet que le juge rentre dans des détails des caractéristiques chimiques des produits (sans référence directe à une expertise, d'ailleurs), mais qu'il rappelle qu'il effectue un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du choix du ministre qui a, en la matière, un pouvoir discrétionnaire bien délicat à déterminer. On peut en effet noter que, dans la première espèce, l'objet était de qualifier l'un des composants du « Roundup GT plus » de simple « agent mouillant » et non de principe actif (principe qui, en tout état de cause, n'aurait pas été dans la liste de la directive 91/414/CEE). En se fondant sur le taux de concentration du produit, on constate que le juge fait une analyse assez précise, mais par la référence à l'erreur manifeste d'appréciation, il laisse entendre qu'il se contente d'un contrôle fondé sur ce que les parties ont bien pu apporter dans les dossiers et qu'il ne lui revient pas d'effectuer une expertise, mais juste un contrôle de l'évidence. Le considérant suivant, relatif à l'absence d'évaluation globale de la dangerosité du produit est encore plus topique de ce « contrôle technique de l'erreur manifeste » que l'on peut apparenter à un contrôle du bilan : illisible au profane en chimie, il se contente en réalité de voir que toutes les substances sont bien nommées dans l'étude de l'AFSSA et d'ajouter que « les requérants ne développent aucune critique précise ». Par cette méthode, en réalité, le juge refuse d'utiliser les pouvoirs qu'il tient du caractère inquisitoire de la procédure administrative pour se contenter des mêmes armes qu'un juge en procédure accusatoire.

2. DROIT DE L'ÉNERGIE

3. - Éolienne, énergies renouvelables, fermes éoliennes, rachat d'électricité, tarifs, aide d'État, affectation des échanges entre États membres, ressources d'État, question préjudicielle (art. 267 TFUE). - CE, 15 mai 2012, n° 324852, Association Vent de Colère ! Fédération Nationale et a. : JurisData numéro 2012-011117. Le droit de l'Union s'est fixé un objectif : 20% de l'énergie produite en Europe en 2020 doit être issue de sources d'énergies renouvelables. Entre 2006 et 2010, la part de ces énergies a augmenté dans tous les États membres pour atteindre, fin 2010, un taux de 12,4 % (source : communiqué de presse Eurostat du 18 juin 2012). Cf. aussi *L. Grard, Les fondements européens du développement des énergies renouvelables : Dr. env. avr. 2012, p. 17-20*. Dans cet ensemble, la France réussit mieux que ses voisins, notamment grâce à l'énergie hydraulique que ses montagnes lui permettent de développer. Pour ce qui concerne les autres énergies renouvelables, ce sont évidemment les énergies photovoltaïques et éoliennes qui bénéficient de mesures incitatives. Hélas, la multiplication de petites installations personnelles ne permet pas d'augmenter significativement la part des énergies renouvelables ; seul le développement de grandes centrales (on parle souvent de « fermes » photovoltaïques ou éoliennes) permet cette augmentation. Mais lorsque ces projets se développent, les considérations écologiques initiales s'opposent à d'autres plus nouvelles : nuisances en termes de bruit, d'atteintes aux paysages ou d'infrasons viennent relativiser les gains écologiques relatifs à la lutte contre le CO₂ et du réchauffement climatique. L'association requérante, « Vent de Colère ! » s'oppose ainsi à ce qu'elle appelle « l'éolien industriel »... au poids des mots, elle ajoute d'ailleurs le choc de photos d'éoliennes en feu ou aux pales qui s'envolent. En l'espèce, l'association demande l'annulation d'un arrêté du ministre de l'Écologie qui fixe les conditions d'achat de l'électricité produite par les centrales éoliennes. La loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité n'est pas revenue sur le principe de 1946 et continue à imposer la conclusion de contrats de rachat d'électricité pour les personnes qui voudraient se raccorder au réseau électrique. La loi prévoit des zones de développement de l'éolien et des coûts de rachat de l'électricité qui permettent de prendre en compte à la fois les coûts d'investissement et d'exploitation de ces équipements, ainsi qu'une prime incitant à développer ces énergies. La prime est encadrée puisqu'elle ne peut excéder une « rémunération normale des capitaux, compte tenu des risques inhérents à ces activités et de la garantie dont bénéficient ces installations d'écouler l'intégralité de leur production au tarif déterminé ». Ce mécanisme de fixation du prix de rachat est fortement contesté : les producteurs estiment qu'il est nécessaire et qu'il se doit d'être stable afin de garantir la pérennité des investissements dans l'éolien (cf. *H. Gelas, Le mécanisme d'obligation d'achat de la production d'électricité à partir de sources d'énergies renouvelables : un mécanisme de soutien précaire : Dr. env. avr. 2012, hors série, p. 45-49*) ; les associations qui s'opposent à l'éolien, comme la requérante, estiment au contraire que ce prix est bien trop favorable et limite encore l'intérêt de cette énergie. Le principal moyen invoqué par l'association Vent de Colère a trait à la conventionnalité de la loi de 2000 et de tous ses actes d'application au droit de la concurrence de l'Union. Se reconnaissant compétent comme juge de droit commun de la concurrence en droit de l'Union, le Conseil d'État va développer un raisonnement en 2 temps. D'abord, en se fondant sur l'article 87 CE (devenu 107 TFUE) relatif comme on le sait au droit des aides, le Conseil d'État estime qu'en égard à la « libéralisation du secteur de l'électricité au niveau de l'Union européenne », l'avantage accordé aux producteurs d'électricité éolienne en France est susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Ce premier critère rempli, il cherche à analyser s'il s'agit effectivement d'une aide visée à l'article 87 CE. L'arrêt prend alors des formes bien plus proche des arrêts de la CJUE que des formes habituellement en usage au Conseil d'État. Citant expressément l'arrêt du 13 mars 2001, (*CJCE, 13 mars 2001, aff. C-379/98, PreussenElektra AG et Schleswig AG : Europe 2001, comm. 163 et 182*), le Conseil rappelle que « seuls les avantages octroyés directement ou indirectement au moyen des ressources d'État sont considérés comme des aides

d'État ». Visant ensuite sa propre jurisprudence (*CE, 21 mai 2003, n° 237466, Union des industries utilisatrices d'énergie – UNIDEN : JurisData n° 2003-065487*) et l'arrêt de la Cour « Preussen Elektra », il rappelle que le système allemand ou l'ancien système français qui répartissaient la charge financière de l'obligation d'achat à prix supérieur sur d'autres entreprises ne pouvaient pas être qualifiés d'aides d'État, justement parce qu'elles n'étaient pas octroyées au moyen de ressources d'État. Le Conseil d'État analyse ensuite le droit actuel et considère qu'il ne peut de manière certaine avoir la même analyse et écarter la qualification d'aide. La loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003 modifie en effet le financement du rachat de l'électricité : le fonds alimenté par les contributions des producteurs, fournisseurs et distributeurs d'électricité a été abandonné au profit de contributions payées par les consommateurs finals d'électricité. Or, si cette contribution a la qualité de taxe, alors elle peut être considérée comme une ressource d'État qui finance l'énergie éolienne. Dans une affaire proche (*CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-206/06, Essent Netwerk Noord BV : Europe 2008, comm. 311*) les juges ont en effet estimé qu'une telle ponction sur les acheteurs pouvait être une taxe et, partant, une ressource d'État, surtout si les sommes étaient sous le contrôle de l'État. Face à ces incertitudes, et sans que les parties l'aient demandé, le Conseil d'État sursoit donc à statuer et pose à la Cour une question préjudicielle en interprétation de l'article 87 TCE (devenu 107 TFUE) afin que celle-ci estime si les conditions actuelles du droit français constituent, ou non, une aide d'État. À n'en pas douter, les éléments de définition et de compensation du Paquet Almunia s'appliqueront alors et le droit de l'énergie en sera modifié. Cf. *J.-G. Sorbara et G. Kalfèche, Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté : Europe 2012, étude 7.*

4. - Tarif réglementé du Gaz, droit de la concurrence, régulation tarifaire, marché intérieur du gaz, obligations de service public. - CE, ord., 28 nov. 2011, n° 353554, Assoc. nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) (JurisData n° 2011-027467). AJDA 2012, n° 11 p. 579, chr. M. Lombard ; Dr. adm. 2012, n° 2 p. 58, chr. M. Bazex ; JCP E 2011, n° 49 p. 12. Le développement de la concurrence sur le marché de la distribution de gaz a comme effet contradictoire et étonnant de développer à la fois les tarifs réglementés et le contentieux administratif. Il faut reconnaître qu'un marché naissant est plus fragile qu'un marché sur lequel la concurrence s'exerce depuis longtemps et qui comprend des acteurs qui ont pu sécuriser leurs positions. Le tarif réglementé apparaît donc comme un bon moyen pour assurer la pérennité des entrants sur le marché pendant le temps nécessaire pour qu'il puisse se consolider et rentrer dans la bataille concurrentielle. La Cour de justice a d'ailleurs récemment validé le principe des tarifs réglementés, même si elle s'est pour cela fondée sur l'intérêt économique général constitué par le maintien des prix de fourniture du gaz à un niveau raisonnable pour le consommateur final. Elle a par ailleurs insisté sur le caractère nécessairement limité dans le temps d'une telle réglementation (*CJUE, 20 avr. 2010, aff. C-265/08 Federutility : Europe 2006, comm. 206*). Le droit français réglemente les tarifs de vente du gaz naturel depuis 2003, par un système relativement complexe que l'on retrouve aujourd'hui dans l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 dans le nouveau Code de l'énergie, et plus précisément à son article L. 445-3. Le système est fondé sur une formule tarifaire qui est prise par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis de la CRE (Commission de régulation de l'énergie), puis par des arrêtés pris dans les mêmes conditions qui fixent pour chaque fournisseur les barèmes de tarifs. L'acte attaqué en référé suspension (*CJA, art. L. 521-1*) par l'association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), c'est-à-dire le regroupement d'opérateurs autres que GDF Suez, les « entrants » sur le marché (Poweo, Gaz de Paris, Altergaz, Direct énergie et Planète OUI), est un arrêté du 29 septembre 2011 qui maintient à l'identique les tarifs réglementés applicables aux clients particuliers ou petits professionnels et augmente de 4,9 % les tarifs des autres clients. Cet arrêté, pris sur le fondement de l'arrêté du 9 décembre 2010 fixant la formule tarifaire ne respecte cependant pas ladite formule qui aurait dû conduire l'ensemble des tarifs à être augmentés de 8,8 % à 10 %. La CRE avait

d'ailleurs rendu un avis dans ce sens en estimant que les tarifs tels qu'ils étaient prévus ne permettaient pas à GDF Suez de couvrir les coûts d'approvisionnement. Cette situation de hausse trop faible des prix du gaz n'est pas exceptionnelle, comme en témoigne les jugements au fond (*CE, 10 déc. 2007, n° 289012, Société Poweo : JurisData n° 2007-072835 ; AJDA 2008, p. 422, note G. Bouquet ; RTD eur. 2008 p. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar, ou CE, 1er juill. 2010, n° 321595, Société Poweo : JurisData n° 2010-010618 ; RTDE 2011, p. 494, obs. J.-P. Kovar ; RJEP 2010, n° 49, concl. P. Collin*). Il s'agit cependant dans cette affaire d'une demande de suspension, et pour qu'elle aboutisse, il fallait que les deux conditions classiques des référés suspension fussent remplies : d'une part le doute sérieux quant à la légalité de la décision, d'autre part l'urgence de la situation. Concernant le doute sérieux sur la légalité, on sait qu'il est difficile à reconnaître en matière de régulation du fait du contrôle restreint qu'exerce le juge sur ces questions, notamment du fait de la liberté que le code de l'énergie laisse au ministre dans la fixation des tarifs. Pourtant, en l'espèce, le Conseil d'État considère qu'il existe un doute sérieux sur cette légalité et donc, implicitement qu'une hausse aussi faible constitue une erreur manifeste d'appréciation. Le ministre en tirera d'ailleurs toutes les conséquences puisqu'il prendra un nouvel arrêté augmentant le gaz de 4,4 % pour les particuliers le 22 décembre 2011. Concernant l'urgence, plus complexe encore à reconnaître puisqu'il faut que la mesure « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre » (*CE sect., 19 janv. 2001, Confédération nationale des radios libres : GACA n° 11*). Le Conseil d'État considère en l'espèce que « l'objectif d'ouverture à la concurrence » du marché du Gaz est un intérêt public qui se double de l'intérêt des requérants de disparaître. On le voit, l'objectif du maintien des prix raisonnables pour l'utilisateur final, pourtant retenu par l'arrêt *Federutility (CJUE, 20 avr. 2010, aff. C-265/08 Federutility : Europe 2010, comm. 206)*, n'est pas considéré comme suffisant, et au contraire, alors que l'objectif du ministre était bien le maintien de prix bas par rapport au marché, cet objectif n'a pas été considéré comme pouvant s'opposer au développement de la concurrence. Le Conseil d'État apparaît ainsi prendre moins de précautions que ne le fait la Cour de justice, dans un arrêt qui s'inscrirait presque dans une logique plus libérale. Le Conseil d'État, plus royaliste que le roi ?

3. DROIT ÉLECTORAL – PARLEMENT EUROPÉEN

5. - Élections au parlement européen, tardiveté du recours, suspension de l'exercice du mandat au profit d'une activité ministérielle, contentieux électoral. - CE, sect. 30 nov. 2011, n° 348161, M. Torregrossa : JurisData n° 2011-026705. - B. Dollez, Le « Droit au retour » des ministres évincés du gouvernement : AJDA 2012 p. 659. La situation particulière de l'affaire n'est pas banale et a permis au Conseil d'État de clarifier sur un point très particulier le droit électoral français concernant les élections au Parlement européen. L'arrêt concerne en effet M. Brice Hortefeux (on notera l'anonymisation de l'arrêt par le Conseil d'État, mais le maintien du nom de la personne en cause dans le communiqué de presse du même Conseil... du pain béni pour les Professeurs trouvant l'anonymisation de principe inutile et contestable, et plaidant pour une anonymisation de droit sur demande du requérant et en matière de contentieux des étrangers) qui avait été élu député européen lors des élections de juin 2009 et qui avait renoncé temporairement à son siège pour accepter les fonctions ministérielles que l'on sait. La candidate immédiatement après lui sur la liste avait donc rejoint le Parlement en application de l'art. 24 de la loi du 7 juillet 1977. Comme le veut ce même texte, sa remplaçante avait elle-même perdu ce siège un mois après la cessation des fonctions ministérielles de M. Hortefeux, qui retourna donc au Parlement européen où il fut accueilli le 24 mars 2011. Son mandat fut ensuite rétroactivement validé un mois et demi plus tard. M. Torregrossa contestait cette désignation au contentieux, mais l'absence de dispositions particulières sur un tel recours conduisit le Conseil d'État à l'analyser comme une protestation en matière électorale.

Or, l'article 25 de la loi du 7 juillet 1977 prévoit que ce type de contestation est enfermée dans un délai de dix jours. Dans une solution favorable à l'élu et à la stabilité des situations juridiques, le Conseil d'État a interprété le texte comme faisant partir le délai de l'installation de l'élu au parlement européen. En l'espèce, le recours ayant été déposé le 5 avril 2011, le Conseil d'État a considéré qu'il était tardif puisque le délai de 10 jours prenait fin le 4 avril à 24 h.

4. PROTECTION DES LIBERTÉS, PASSEPORTS

6. - Intervention économique de la puissance publique, liberté du commerce et de l'industrie, biométrie, traitement informatisé des données, huit empreintes digitales, passeport, fichier informatisé, attentats du 11 septembre. - CE, 26 oct. 2011, n° 317827, 317952, 318013, 318051, Assoc. pour la promotion de l'image et autres : JurisData n° 2011-023099 ; AJDA 2012 p. 35, chron. M. Guyomar et X Domino. - C. Clamour, La concurrence publique de plein droit : Rev. Lamy. Conc. 2012, n° 30 p. 29. - V. Tchen, La base de données du passeport biométrique : Dr. adm. 2012, comm. 1 p. 29. « L'influence en cascade du droit américain sur le droit européen et sur le droit français » pourrait être le sous-titre de cet arrêt. Les passeports biométriques sont en effet initialement une exigence du droit des États-Unis, conséquence directe des attentats du 11 septembre pour permettre aux ressortissants de certains pays de se passer de visa. Le règlement (CE) n° 2252/2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres tire les conséquences de ces textes américains en imposant que le passeport contienne une partie de mémoire informatique dans laquelle on trouve une photographie faciale et deux empreintes digitales. Un décret du 30 décembre 2005 a donc imposé ces exigences en France. Cependant, un décret du 30 avril 2008 est venu modifier le contenu de ce passeport numérique en prévoyant non seulement que la photographie serait prise par l'administration, mais aussi que 8 empreintes (et non plus 2) seraient stockées dans une base de données nationale (le terme de « fichier », symbolique de contrôle des libertés publiques étant parfois utilisé). Au regard du seul droit de l'Union, la question qui se posait était celle de la violation alléguée par les requérants du règlement (CE) n° 2252/2004 en ce que le décret attaqué prévoit la constitution d'une base de donnée que le règlement ne prévoit pas. Le Conseil d'État rappelle que si l'Union a bien une compétence en matière de passeport, les Traités ne lui donnent pas de compétence exclusive pour le traitement des données personnelles. Par conséquent, la mise en œuvre dans le même décret, des dispositions du règlement et de dispositions d'origine interne relative à la base de données ne rendent pas l'ensemble de l'acte illégal. Au fond, on notera que l'arrêté a été annulé en ce qu'il prévoit la mise en place d'une base de données des empreintes digitales de 8 doigts au lieu des 2, la conservation des empreintes des six doigts supplémentaires apparaissant comme une mesure de police disproportionnée au regard des objectifs poursuivis.