

10^e et 9^e chambres réunies
Séance du 16 décembre 2019
Lecture du 10 janvier 2020

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Inspirée du principe « pollueur-payeur », la responsabilité élargie du producteur (REP), mise en œuvre en France dans une vingtaine de filières, consiste à transférer sur les acteurs mettant sur le marché un certain nombre de produits générant des déchets la responsabilité de tout ou partie de la gestion de ces derniers. Particulièrement adaptée aux cas dans lesquels la pollution n'est pas le fait d'une personne clairement identifiée mais résulte d'une multitude d'actes individuels, cette modalité de gestion des déchets implique pour le producteur soit de contribuer en nature au traitement de ces derniers, par un système de gestion propre, soit de verser une contribution financière à un ou plusieurs éco-organismes agréés par l'Etat, gérés par les producteurs de chaque filière, et qui versent eux-mêmes aux collectivités territoriales une participation aux coûts de collecte, de valorisation et d'élimination des déchets qu'elles supportent.

Dans la filière des imprimés papiers, c'est la société Ecofolio qui a obtenu l'agrément, par arrêté du 19 janvier 2007 et jusqu'au 31 décembre 2012, pour percevoir la contribution financière des producteurs et verser une participation financière aux collectivités locales, en application de l'article L. 541-10-1 du code de l'environnement. Ce dernier lui a été renouvelé en 2012 puis 2017, date à laquelle, conformément aux préconisations de la Cour des comptes¹, elle a fusionné avec la société Eco-emballages, agréée pour la filière des emballages ménagers, avec laquelle elle forme désormais un éco-organisme unique dénommé Citéo.

Précisons que jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-1509 de finances pour 2013, était prévu que le donneur d'ordres ou le metteur sur le marché d'imprimés papiers qui ne se serait pas volontairement acquitté de la contribution prévue par le code de l'environnement serait soumis à la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP) prévue au 9 du I de l'article 266 sexies du code des douanes.

C'est justement à l'occasion de la contestation des rappels de TGAP mis à sa charge à ce titre pour les années 2006 et 2007 que la société Optical Center a excipé de l'illégalité de l'arrêté du 19 janvier 2007 agréant la société Ecofolio pour collecter la contribution financière

¹ Voir l'insertion consacrée à ce sujet dans son rapport public annuel 2016 : « Les éco-organismes : un dispositif original à consolider ».

prévue par le code de l'environnement. Le tribunal d'instance devant lequel a été porté le litige l'a invitée à soumettre la question à la juridiction administrative par jugement avant dire droit du 18 mars 2015, antérieur de quelques jours à l'entrée en vigueur de la réforme de la procédure de question préjudicielle entre ordres de juridiction opérée par le décret n° 2015-233 du 27 février 2015, qui prévoit désormais que le juge du litige au principal saisit lui-même l'autre ordre de juridiction de la question préjudicielle et désigne la juridiction compétente pour lui répondre dans le dispositif de sa décision (articles R. 771-2 et suivants du code de justice administrative et article 49 du code de procédure civile).

Le ministre chargé de l'environnement et la société Ecofolio vous saisissent chacun d'un pourvoi en cassation contre le jugement n° 1513262 du 29 septembre 2016 (classé C+) par lequel le tribunal administratif de Paris, en réponse à la question préjudicielle posée par la société Optical Center, a déclaré l'arrêté du 19 janvier 2007 contraire au droit de l'Union faute pour la désignation de l'éco-organisme agréée pour la filière des imprimés papier d'avoir été précédée de mesures de publicité (voyez sur votre compétence directe en cassation l'article R. 811-1 du code de justice administrative).

Se pose d'abord une question de recevabilité du pourvoi introduit par la société Ecofolio, qui n'était qu'intervenante en défense devant le tribunal administratif. Vous savez que ne sont recevables à se pourvoir en cassation que les personnes qui, à défaut d'intervention, auraient eu qualité pour former tierce opposition contre le jugement ou l'arrêt rendu contrairement aux conclusions de leur intervention (Section, 9 janvier 1959, *Sieur de Harenne*, p. 23 ; 3 juillet 2000, *Syndicat des pharmaciens du nord*, n° 196259, T. pp. 1194 ; 17 juillet 2013, *Communauté d'agglomération du Douaisis*, n° 347089, T. pp. 473-804). Tel est bien le cas selon nous de la société Ecofolio. La déclaration d'illégalité prononcée par le TA préjudicie à l'évidence aux droits de cette dernière et contrairement à ce que soutient la société Optical Center, nous pensons que le ministre ne pouvait être regardé comme représentant ses intérêts en première instance (voyez sur ces conditions l'article R. 832-1 du CJA). Bien que guidée par la préoccupation constante de ne pas ouvrir trop largement la voie de la tierce opposition, il est vrai que votre jurisprudence relative à cette condition n'est pas univoque et qu'après avoir admis la recevabilité de la tierce opposition formée par la CCI concessionnaire de l'aménagement et de l'exploitation d'un aéroport dans un litige relatif à la légalité de l'arrêté de déclaration d'utilité publique de travaux d'extension de la piste de cet aéroport dans lequel le ministre était partie, vous avez par exemple jugé qu'un établissement public de l'Etat et le ministre qui en assure la tutelle ont, dans une instance relative à la légalité d'un arrêté fixant le taux d'une taxe affectée à cet établissement, des intérêts concordants, de sorte que ce dernier est irrecevable à former tierce opposition à la décision à laquelle l'instance, à laquelle le ministre était partie, a abouti (voyez 6 juillet 2016, *Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail et autres*, n°s 398574, 398608, T. p. 915, ccl. contraires de V. Daumas). Vous ne vous trouvez cependant pas ici dans ce dernier cas de figure, et si les intérêts défendus par le ministre et par la société Ecofolio convergent partiellement, ils sont de nature distincte : le premier défend le dispositif d'agrément des éco-organismes prévu par le code de l'environnement, tandis que la seconde, qui est une société privée, a pour intérêt la poursuite de son activité, que l'obligation de rembourser les sommes perçues auprès de ses producteurs adhérents résultant de la

déclaration d'illégalité de l'agrément du 19 janvier 2007 mettrait en péril. Nous vous invitons à écarter la fin de non-recevoir soulevée en défense sur ce point.

Vous devrez alors vous interroger d'office sur le caractère individuel ou réglementaire de l'acte litigieux. Il est jugé que l'agrément d'un éco-organisme chargé par les producteurs de s'acquitter pour leur compte de leur obligation légale n'investit pas cet organisme de missions de service public (voyez TC, 1^{er} juillet 2019, *Société EcoDDS c/ Syndicat mixte Sud Rhône Environnement*, n° 4162, à publier au recueil, jugeant par suite que la convention par laquelle une collectivité territoriale s'engage envers un éco-organisme collectant des déchets ménagers de produits chimiques dangereux pour le compte des producteurs importateurs et distributeurs à collaborer à cette collecte en contrepartie d'un versement financier ne peut être regardée comme confiant à cet organisme l'exécution du service public de la collecte et du traitement des déchets ménagers ni comme le faisant participer à cette exécution). L'agrément litigieux ne peut donc être regardé comme présentant à ce titre un caractère réglementaire (1^{er} juillet 2016, *Institut d'ostéopathie de Bordeaux*, n° 393082, 393524, rec. p. 277, ccl. J. Lessi ; 26 avril 2017, *Fédération de boxe américaine*, n° 399945, T. pp. 430-527-529-743-821).

Il se trouve cependant que l'arrêté d'agrément en cause ici est un acte mixte, puisque lui est annexé un cahier des charges, auquel renvoie son article 1^{er}. Ce document, qui ne désigne d'ailleurs pas nommément la société Ecofolio, met à la charge du titulaire de l'agrément délivré en application de l'article 1^{er}, désormais abrogé, du décret n° 2006-239 du 1^{er} mars 2006 relatif à la contribution à la collecte à la valorisation et à l'élimination des déchets d'imprimés un certain nombre d'obligations en apparence personnelles. Mais outre qu'il fixe les conditions pour bénéficier de l'agrément, puisque ce dernier peut être retiré en cas de non-respect des dispositions de ce cahier des charges (article 3 de l'arrêté litigieux du 19 janvier 2007), certaines d'entre elles revêtent un caractère beaucoup plus général et impersonnel, notamment en ce qu'elles organisent les relations entre ledit organisme et ses contributeurs ainsi qu'avec les collectivités territoriales, établissements publics de coopération intercommunale et syndicats mixtes compétents en matière de gestion des déchets. Est ainsi par exemple prévue la résiliation de plein droit des conventions le cas échéant conclues avec ces différents partenaires lorsque l'agrément du titulaire n'est pas renouvelé ou s'il lui est retiré avant la fin de sa validité (voyez les articles 2 et 3 du cahier des charges, organisant respectivement les relations avec les contributeurs et avec les collectivités locales). Ce contenu nous paraît de nature à lui conférer un caractère réglementaire (voyez par analogie, sur le caractère réglementaire du cahier des charges d'une ASA prévoyant des modalités spécifiques de dégrèvement des taxes syndicales dans des hypothèses où les missions de l'association seraient définies de manière incomplète ou défectueuse, 22 octobre 2012, *F...*, n° 325256 ; ou sur le caractère réglementaire du cahier des charges fixant les conditions d'occupation temporaire du domaine public, Section, 23 juin 1995, *Ministre de la culture c/ Association Défense Tuileries*, n° 161311, ccl. J. Arrighi de Casanova). Or il nous semble que l'arrêté d'agrément litigieux forme avec le cahier des charges auquel il renvoie un tout indivisible.

Si vous nous suivez, vous jugerez que le tribunal administratif de Paris a méconnu sa compétence en statuant sur le recours formé, sur invitation du juge judiciaire, par la société Optical Center. Le 6° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative prévoit en effet

que c'est au Conseil d'Etat qu'il appartient de statuer sur les recours en interprétation et les recours en appréciation de la légalité des actes dont le contentieux lui est attribué en premier et dernier ressort, au nombre desquels figurent les recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres.

Vous devrez alors statuer directement sur la question préjudicielle, ce qui impliquera d'abord d'identifier avec précisions les moyens dont vous êtes saisis. Après avoir rappelé qu'en vertu des principes généraux relatifs à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, il n'appartient pas à la juridiction administrative, lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle en appréciation de la validité d'un acte administratif, de trancher d'autres questions que celle qui lui a été renvoyée par l'autorité judiciaire, vous avez en effet jugé que lorsque la juridiction de l'ordre judiciaire a énoncé dans son jugement le ou les moyens invoqués qui paraissaient justifier ce renvoi, la juridiction doit limiter son examen à ce ou ces moyens et ne peut connaître d'aucun autre, fût-il d'ordre public, que les parties viendraient à présenter devant elle à l'encontre cet acte. Ce n'est que dans le cas où, ni dans ses motifs ni dans son dispositif, la juridiction judiciaire n'a entendu limiter la portée de la question qu'elle entendu soumettre à la juridiction administrative, que cette dernière doit examiner tous les moyens présentés devant elle, sans qu'il y ait lieu alors de rechercher s'ils avaient été invoqués dans l'instance judiciaire (Section, 17 octobre 2003, *M. B... et autres*, n° 244521, ccl. Le Chatelier, p. 403 ; 19 janvier 2011, *M. A...*, n° 337870, p.6, ccl. B. Dacosta).

En l'espèce, par son jugement avant dire droit du 18 mars 2015, le juge judiciaire a invité les parties à saisir la juridiction administrative « afin qu'elle se prononce sur la légalité de l'arrêté du 19 janvier 2007 donnant agrément à la Société Ecofolio dans tous ses aspects, y compris communautaires ». Mais les motifs de son jugement identifient les moyens justifiant selon lui de saisir la juridiction administrative, de sorte que vous pourrez considérer que ce dernier a fait le choix de délimiter les moyens qui vous sont soumis. Telle était d'ailleurs déjà l'interprétation retenue par le TA (points 4 à 6 du jugement). Il s'ensuit que la société Optical Center n'est pas recevable à contester devant vous la compétence *rationae temporis* de l'auteur de l'arrêté litigieux, l'irrégularité de la composition de l'actionnariat de la société Ecofolio, et le fait que la délivrance de l'agrément restreindrait la concurrence sur le marché de la gestion des déchets d'imprimés, ces questions n'ayant pas été invoquées dans l'instance judiciaire.

Seuls restent donc les moyens identifiés dans le jugement avant dire droit du 18 janvier 2015, tirés du défaut de publication du cahier des charges et de la méconnaissance des exigences de transparence et des règles de concurrence. Cet aspect est formellement contesté tant au regard du droit interne que du droit de l'Union européenne, mais il nous semble que les deux aspects se confondent et que vous pourrez interpréter les écritures de la société Optical center comme contestant portant uniquement sur la légalité de l'arrêté litigieux au regard du droit de l'Union.

La particularité de l'affaire est que le juge judiciaire a fait le choix de vous renvoyer une question pour laquelle il avait plénitude de compétence à double titre et qui nous paraît par ailleurs sans incidence sur l'issue du litige qui lui est soumis. En l'état de votre jurisprudence, vous n'en tirez aucune conséquence. Mais nous allons vous proposer de

consentir une évolution très limitée sur ce point, lorsqu'est en cause une question susceptible de justifier un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne.

Vous savez que l'interdiction de principe faite aux tribunaux judiciaires de contrôler la légalité des actes administratifs posée par l'arrêt *Septfonds c/ Compagnie des Chemins de fer du midi* (TC, 16 juin 1923, n° 99732, p. 498, ccl Matter) a fait l'objet au fil du temps de certains tempéraments dans des matières ressortissant par nature de la compétence du juge judiciaire, telles que la matière répressive (TC, 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets*, n° 1187, Lebon p. 638 ; article 111-5 du code pénal²) ou s'agissant des actes portant une atteinte grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle (TC, 30 octobre 1947, *Barinstein*, p. 511). Tel est également le cas en matière de fiscalité indirecte (TC, 26 mai 1954, *Société des hauts fourneaux de la Chiers*, n° 1489, p. 706 ; TC, 12 novembre 1984, *Société Sogedis*, n° 02359 p. 451 ; TC 7 décembre 1998, *District urbain de l'agglomération rennaise c/ Société des Automobiles Citroën*, n° 3123, ccl. J. Sainte-Rose), catégorie à laquelle appartiennent les litiges en matière de TGAP, tel que celui pendant, en l'espèce, devant le juge judiciaire.

Mais le plus spectaculaire et structurant d'entre eux est sans doute celui consacré par la décision *SCEA du Chéneau* (TC, 17 octobre 2011, n° 3828, ccl. J.-D. Sarcelet, p. 698), qui procède d'une logique assez sensiblement différente. Dans un souci de bonne administration de la justice et en vertu des principes gouvernant le fonctionnement des juridictions et qui implique que les justiciables voient leurs litiges jugés dans un délai raisonnable, cette décision a, vous le savez, d'abord consacré la possibilité pour les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile de se prononcer eux-mêmes sur la contestation de la légalité d'un acte administratif, pour l'écarter comme pour l'accueillir, lorsqu'il apparaît que la question qu'elle pose est tranchée par une jurisprudence établie (voyez pour une application TC, 13 décembre 2010, *Société Green Yellow c/ EDF*, n° 3800, p. 595, ccl. J.-D. Sarcelet ; TC, 16 juin 2014, *Mme S... c/ Communauté d'agglomération de La Rochelle*, n° 3953, T. p. 584, ccl. Girard). Elle a surtout jugé, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union, dont le juge national a pour obligation d'assurer le plein effet, que le juge judiciaire « *doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de la norme, en saisir de lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* ». Comme l'ont montré les chroniqueurs à l'AJDA de la décision *SCEA du Chéneau*, cette dérogation beaucoup plus systématique à la répartition de principe des compétences entre ordres de juridiction découle non seulement, comme la précédente, du principe de bonne administration de la justice, mais aussi – c'est là sa spécificité – du principe d'effectivité du droit de l'Union, qui impose, en substance, d'en assurer le respect de la manière la plus immédiate possible, en évitant le détour supplémentaire consistant pour le juge saisi à titre préjudiciel à renvoyer à son tour la question à la Cour de justice (M. Guyomar, X. Domino, *Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice*, AJDA 2012 p. 27). Cette solution a peu après été transposée aux questions préjudicielles posées par le juge

² « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

administratif (Section, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé sociaux*, n° 331805, p. 102, ccl. C. Landais).

La plénitude de compétence reconnue au juge judiciaire par le tribunal des conflits s'agissant du contrôle par la voie de l'exception de la légalité des actes administratifs au regard du droit de l'Union ne va toutefois pas jusqu'à lui interdire de renvoyer en cette matière une question préjudicielle à l'autre ordre juridiction.

De votre côté, vous refusez de manière générale, en vertu d'une jurisprudence ancienne, de vous immiscer dans le choix fait par le juge judiciaire de vous soumettre une telle question, et acceptez en conséquence de répondre à toutes celles qui vous sont renvoyées, hors le cas où vous seriez vous-mêmes incompétents pour en connaître, et ce quelles que soient leurs incidences sur l'issue du litige devant le juge judiciaire (voyez en ce sens 16 avril 1943, *SA La Brasserie Bruaysienne*, p. 102 ; Section, 13 mars 1970, *Société nouvelle des transports spécialisés TRANSPEC*, n° 72957, p. 184, ccl. Rougevin-Baville ; voyez également, en l'absence de conclusions présentées devant le juge judiciaire tendant à l'appréciation de la légalité de l'acte 8 mai 1981, *Ministre du travail c/ SA Sodeveg*, n° 21269, 21322, p. X; pour un exemple récent 23 juillet 2010, *Mme P...*, n° 332761, p. 691-694-769-770-894, ccl. N. Escaut). Tel est le cas également le cas lorsque la question posée relève d'un domaine dans lequel le juge judiciaire dispose pourtant d'une plénitude de juridiction (TC, 6 juillet 2015, *Société Port Adhoc Leucate c/ Commune de Leucate*, n° 4012, p. 508, ccl. F. Desportes).

Comme l'a expliqué Claire Landais dans ses conclusions sur votre décision *Fédération Sud Santé Sociaux*, précitée, les motifs de cette retenue ne résident pas tant dans la loi des 16 et 24 août 1790, qui fonde l'interdiction faite aux juridictions judiciaires de contrôler la légalité des actes administratifs, que dans l'idée selon laquelle le juge administratif est avant tout un juge d'attribution, créé pour faire échapper aux tribunaux judiciaires le contentieux de la légalité des actes administratifs, qui n'a pas vocation à être le juge naturel des litiges de droit privé.

Rien ne justifie de remettre en cause ces règles. Simplement, lorsque le juge judiciaire fait le choix de vous renvoyer la question de la légalité d'un acte au regard du droit de l'Union européenne, nous pensons qu'elles doivent être conciliées avec celles qui découlent de votre office de juge de renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

L'obligation posée par l'article 267 du traité de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation ou à la validité du droit de l'Union européenne ne joue en effet que lorsque cette dernière est pertinente pour l'issue du litige (CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT c/ Ministère de la santé*, aff. 283/82, Rec. 3415, points 5 à 21). Il est vrai que la Cour fait preuve envers les questions émanant des juridictions nationales d'une distance qui n'est pas sans rappeler celle dont vous témoignez à l'égard de celles que vous pose le juge judiciaire. Elle rappelle ainsi de manière constante que la pertinence du renvoi et sa nécessité pour le jugement de l'affaire relèvent de l'appréciation du seul juge national (voyez par exemple CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi c/ Denkavit*, aff. 5/77, points 17 à 19 ; CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, aff. C-264/96, point 15 ; CJCE, 7 janvier 2003, *BIAO*, aff.

C-306/99, point 88 ; CJCE, 12 avril 2005, *Keller*, aff. C-145/03, point 33). Mais dans le même temps, elle rappelle que son rôle est de contribuer à l'administration de la justice dans les Etats membres et non de répondre à des questions générales ou hypothétiques (par exemple CJCE, 20 janvier 2005, *Salgado Alonso*, aff. C-306/03, point 42), et elle refuse de statuer lorsque la disposition dont l'interprétation ou l'appréciation de la validité est demandée n'a pas de rapport avec le litige au principal ou lorsque la question lui apparaît « manifestement sans incidence » (CJCE ord., 21 juin 2001, *SONAE*, aff. C-206/99, points 45 à 47) ou « dénuée de pertinence » (CJCE, 13 juin 2002, *Sea-Land Service et Nedlloyd Lijnen*, affaires jointes C-430/99 et C-431/99, points 47-48) sur l'issue de ce dernier. Autrement dit, et bien qu'elle ne le formule pas ainsi, la Cour se livre bien, nous semble-t-il, à un contrôle distancié de l'opérance.

Vous pourriez tirer de tout cela que c'est dans tous les cas au juge du litige au principal d'endosser la responsabilité d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel, car c'est le seul qui, confronté à une difficulté sérieuse d'interprétation ou à une question de validité du droit de l'Union, pourra s'assurer de la pertinence et de la nécessité du renvoi pour le jugement de l'affaire. Sans doute une telle solution serait-elle praticable depuis la décision *SCEA Du Chêneau*. Mais elle heurterait de front le principe d'effectivité du droit de l'Union qui en constitue le fondement : en imposant le retour à l'envoyeur de la question posée, elle ne ferait qu'allonger encore un peu plus la procédure. Il nous paraît de toute façon exclu que vous censuriez le juge judiciaire pour avoir méconnu son office ou que vous vous jugiez incompétents, serait-ce uniquement en cas de difficulté sérieuse, pour connaître, sur renvoi de l'autre ordre de juridiction, de la légalité d'un acte administratif au regard du droit de l'Union européenne.

Il nous semble que vous devez plutôt déroger à votre refus de principe de vous prononcer sur le caractère opérant de l'exception d'illégalité qui vous est renvoyée par le juge judiciaire dans l'hypothèse très particulière de l'examen des moyens qui pourraient vous conduire à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Car lorsqu'en dépit de la plénitude de compétence dont il dispose pour connaître de la légalité d'un acte administratif au regard du droit de l'Union, ce dernier décide néanmoins, en connaissance de cause, de vous renvoyer la question, nous pensons qu'il doit être regardé comme vous demandant d'exercer, à sa place, l'office du juge de renvoi, avec tous ses attributs, vous donnant ainsi un titre à vous assurer de la nécessité de la question posée pour la résolution du litige. Une telle vérification ne doit cependant donner lieu selon nous qu'à un contrôle distancié, d'intensité comparable à celui exercé par la Cour lorsqu'elle est elle-même saisie à titre préjudiciel. A la différence de la précédente, pareille solution pourrait par extension également s'appliquer dans l'hypothèse où, en l'absence de délimitation du périmètre de la question posée dans le jugement de renvoi, le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union serait soulevé pour la première fois devant vous. Elle pourrait être symétriquement transposée par le juge judiciaire s'agissant des questions que vous lui posez, s'agissant par exemple des arrêts d'extension ou d'agrément d'un accord collectif de travail.

L'équilibre que nous esquissons ne procède certes pas du souci d'assurer l'effectivité du droit de l'Union, qui animait les auteurs de la décision *SCEA du Chêneau*. Il peut en revanche se réclamer de l'autre de ses fondements, qui tient à la préoccupation d'assurer la

bonne administration de la justice, en permettant le jugement des affaires dans des délais raisonnables. Les parties sont en effet toujours les premières à pâtir de détours procéduraux, comme l'illustre malheureusement à merveille l'ancienneté de la présente affaire, à laquelle il n'est que temps de revenir.

En l'espèce, nous vous l'avons dit, le litige porté devant le tribunal de grande instance du Xe arrondissement de Paris tendait à la décharge des cotisations de TGAP auxquelles la société Optical center a été assujettie au titre de l'année 2009, faute d'avoir volontairement acquitté la contribution à la collecte des déchets d'imprimés papiers auprès de la société Ecofolio.

A en effet été institué par l'article 20 de la loi de finances rectificative pour 2003 un mécanisme en deux temps, destiné à dissuader la production de déchets liés à la mise à disposition ou à la distribution à titre gratuit d'imprimés papier à des particuliers sans demande préalable de leur part (voyez la décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003 du Conseil constitutionnel, prononçant une censure limitée du dispositif, qui a eu pour effet de l'étendre aux imprimés non nominatifs). En vertu de l'article 266 sexies du code des douanes, la TGAP est due par tous ceux qui n'ont pas voulu acquitter la contribution, financière ou en nature, dépourvue de caractère fiscal (voyez s'agissant de la contribution sur les emballages, 11 juillet 2011, C..., n° 346698, T. p. 886, ccl. P. Collin), prévue par le code de l'environnement.

Il existe donc bien un lien entre le paiement de la taxe et celui de la contribution, que l'article 266 quaterdecies du code des douanes, dans sa version applicable au litige, matérialisait en prévoyant la transmission annuelle, par l'organisme agréé au titre du IV de l'article L. 541-10-1 du code de l'environnement, de la liste des personnes ayant acquitté cette contribution, en vue de faciliter la tâche d'identification des redevables effectifs de la taxe par l'administration des douanes.

Rien ne permet toutefois de penser que l'assujettissement à la taxe serait conditionné à la régularité ou à la légalité de l'intervention de l'organisme agréé. Surtout si l'on pense que la contribution peut aussi bien être spontanément acquittée en nature, et si l'on envisage les choses sous l'angle opposé de celui de la société, en considérant que c'est en réalité le paiement de la taxe qui constitue le droit commun, et que le législateur a seulement mis en place un mécanisme incitatif permettant les metteurs sur le marché d'imprimés papier de s'en dispenser dans l'hypothèse où ils mettraient en place des actions spécifiques pour la gestion des déchets engendrés par leur activité. L'article 266 sexies pose un critère objectif, tiré de l'absence d'acquiescement de la contribution prévue à l'article L. 541-10-1 du code de l'environnement, critère dont le respect nous paraît tout à fait indifférent aux motifs pour lesquels cette contribution n'aurait pas été acquittée.

La question de la légalité de l'arrêté d'agrément de la société Ecofolio est donc sans incidence sur l'issue du litige, ce qui si vous nous suivez fera obstacle au renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice.

Restera alors seulement un moyen tiré du défaut de publication du cahier des charges annexe à l'agrément du 19 janvier 2007, auquel il nous semble que vous devrez répondre bien que la société ne l'ait pas repris dans ses écritures devant la juridiction administrative : ce moyen est en effet bien au nombre de ceux que le tribunal d'instance a entendu vous soumettre, et auxquels il lui appartiendra de répondre après que vous lui aurez répondu. Nous vous invitons à l'écarter, les éventuelles irrégularités entachant la publication de l'acte, ou le défaut de publication de ce dernier, sont en tout état de cause sans incidence sur sa légalité.

Au cas où vous ne nous suivriez pas, ou si vous décidiez de cantonner la dérogation à l'interdiction d'examiner l'opérance de l'exception d'illégalité renvoyée par le juge judiciaire au constat d'une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union, nous vous dirons tout de même quelques mots du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 86 du TCE, devenu l'article 106 du TFUE, au motif que la délivrance de l'agrément litigieux n'aurait fait l'objet d'aucune mesure de transparence préalable, qui nous paraît susceptible de justifier le renvoi d'une question préjudicielle.

Précisons que vos 6^e chambre et 5^e chambres réunies ont récemment renvoyé à la Cour une question préjudicielle qui concernait un éco-organisme, mais était alors en cause une question différente, relative à la qualification d'aides d'Etat du soutien financier apporté par cet éco-organisme à une filière de recyclage. A la différence d'Ecofolio, qui n'est que financeur, ce dernier assumait aussi un rôle opérationnel de gestion des déchets (12 juillet 2019, *Société Eco TLC*, n° 416103, ccl. L. Dutheillet de Lamothe ; sur la distinction entre les éco-organismes financeurs et ceux exerçant une activité opérationnelle, voyez l'avis n° 12 A 17 du 13 juillet 2012 de l'Autorité de la concurrence).

Le 1. de cet article 106 TFUE dispose que « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.* ». Or au nombre de ces règles figurent celles relatives en particulier à la libre prestation de services (article 49 TCE, devenu l'article 56 du TFUE).

Il se trouve que peu de décisions concernent les modalités d'attribution de tels droits exclusifs, la jurisprudence de la Cour se concentrant essentiellement sur la question distincte de savoir si le titulaire de droits exclusifs doit être qualifié ou non de pouvoir adjudicateur.

Pour déclarer illégal l'arrêt litigieux, le tribunal avait raisonné dans le cadre posé par l'arrêt *Sporting Exchange Ltd c/ Minister von Justitie* de la Cour de justice (3 juin 2010, C-203/08) répondant à une question préjudicielle néerlandaise dans un litige relatif à l'agrément d'un opérateur exerçant une activité économique dans le domaine des jeux d'argent. L'analogie est intéressante, car dans cette affaire, la Cour a dit pour droit que « *l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un Etat membres d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur. Une telle obligation a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un régime d'agrément octroyé à un opérateur unique par les autorités d'un Etat membre dans le cadre de leur pouvoir de police, puisque les effets d'un tel agrément à*

l'égard des entreprises établies dans d'autres Etats membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services ».

La question qui prête le plus à hésiter est celle de savoir si Ecofolio peut être regardée comme une entreprise pour l'application des articles 106 et 56 du TFUE. La Cour retient en effet une définition très large de la notion d'entreprise, indifférente au statut juridique de droit interne, aux modalités de financement ou à l'absence de caractère lucratif de l'entité en cause (23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90 ; 11 décembre 2007, *ETI e.a.*, aff. C-280/06 ; 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a. c/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, aff. C-180/98 / C- 184/98), et la Commission a déjà par le passé indiqué que les éco-organismes qui n'exercent qu'une activité de financeur interviennent sur un marché qu'elle a identifié comme celui du service offert aux producteurs de déchets pour la prise en charge de leur obligation de contribuer à l'élimination de ces déchets (15 juin 2001, *Eco-emballages*, n° 2001/663/CE, point 48).

Il ressort des textes et du cahier des charges versé au dossier qu'Ecofolio est un organisme non lucratif créé et organisé par les producteurs d'imprimés papiers pour participer au service public de gestion des déchets confiés aux collectivités locales, EPCI et syndicats mixtes compétents en la matière. Seul organisme agréé dans sa filière, au moins pour la durée de l'agrément litigieux (2007-2012), il est chargé de collecter les contributions dues par les metteurs sur le marché de déchets d'imprimés et les reverse aux collectivités, sous réserve d'un prélèvement destiné à couvrir ses frais de fonctionnement, en respectant les barèmes fixés par voie réglementaire, et participe aussi au financement d'actions d'informations nationales relative à la filière d'élimination des imprimés, en concertation avec ces personnes publiques et avec les associations de consommateurs et de protection de l'environnement. La question de savoir si elle doit être regardée comme une entreprise pose une difficulté qui nous paraît sérieuse, car elle agit bien comme prestataire de services sur un marché identifié de gestion de déchets, même si son activité revêt une forte coloration administrative et qu'elle est encadrée par le biais du cahier des charges qui détermine ses relations avec les contributeurs et les producteurs et lui impose des obligations précises en termes d'information des pouvoirs publics (voyez sur ce point le chapitre 4 du cahier des charges).

Les autres critères, tirés de l'existence de droits exclusifs et d'un intérêt transfrontalier, nous paraissent moins délicats, même s'ils ne sont pas non plus évidents. Nous sommes en effet d'avis que l'agrément du 19 janvier 2007 a bien conféré à la société des droits exclusifs sur le marché de la gestion des déchets d'imprimés papiers au sens de l'article 106,1 du TFUE (voyez votre décision du 6 mai 2019, *Société Octopolus*, n° 416369, ccl. R. Decout-Paolini, s'agissant des titres-restaurant, qui rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, une mesure étatique peut être considérée comme attribuant un droit exclusif ou spécial au sens de cet article lorsqu'elle confère une protection à un nombre limité d'entreprises et qu'elle est de nature à affecter substantiellement la capacité des autres entreprises à exercer l'activité économique en cause sur le même territoire, dans des conditions substantiellement équivalentes). L'existence d'un intérêt transfrontalier pourrait à première vue sembler faire défaut, puisque sont seuls concernés les imprimés distribués en France et qu'est prévu le reversement aux collectivités locales des contributions collectées.

Mais la Cour a précisé que la notion recouvre toutes les opérations objectivement susceptibles d'intéresser des acteurs économiques situés dans un autre Etat membre (17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier*, aff. C-25/14) ; or on ne peut ici exclure que tel soit le cas, l'institution de filières à responsabilité élargie du producteur n'étant pas propre à la France.

Quant aux motifs susceptibles de justifier l'absence de mesure de transparence ou de mise en concurrence préalable, ils n'apparaissent pas clairement exprimés dans l'arrêt *Sporting Exchange Ltd* de 2010 (points 59 et 60). On peut en particulier s'interroger sur la qualification de service d'intérêt économique général (article 106, §2 du TFUE), qui pourrait dans une certaine mesure permettre à Ecofolio d'échapper aux règles du droit de la concurrence.

L'ensemble de ces interrogations nous paraissent de nature à caractériser une difficulté sérieuse d'interprétation du droit de l'Union, dont les conséquences, si elles devaient aboutir à une déclaration d'illégalité de l'arrêté du 19 janvier 2007, seraient très importantes pour la société Ecofolio, qui fait valoir qu'elle pourrait être contrainte de rembourser les 253 millions d'euros de contributions perçues au cours de sa période de validité.

Mais pour les raisons exposées, elles ne nous paraissent pas déterminantes pour l'issue du litige, et nous vous invitons à en tirer les conséquences, après annulation du jugement du tribunal administratif de Paris, en rejetant les conclusions de la société Optical Center et en mettant à sa charge une somme de 3000 euros au titre des frais de procédure.

Tel est le sens de nos conclusions.