

N° 429070 FEDEREC et SNEFiD

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 13 décembre 2021

Lecture du 30 décembre 2021

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK, rapporteur public

En application de la directive « Déchets » de 2008, un principe de responsabilité élargie du producteur est prévu, qui permet d'imposer à toute personne qui élabore vend ou importe des produits générateurs de déchets, de pourvoir ou de contribuer à la prévention et à la gestion des déchets qui en proviennent.

L'article L 541-10 prévoit que dans les filières soumises à cette responsabilité élargie, les producteurs s'acquittent de leur obligation en mettant en place collectivement des éco-organismes agréés dont ils assurent la gouvernance et auxquels ils transfèrent leur obligation et versent en contrepartie une contribution financière. La possibilité pour un producteur de ne pas intégrer un éco-organisme est prévue sous conditions pour les producteurs qui mettent en place un système individuel de collecte et de traitement.

La loi prévoit que les éco-organismes et les systèmes individuels sont agréés pour une durée maximale de six ans renouvelable s'ils établissent qu'ils disposent des capacités techniques et financières pour répondre aux exigences d'un cahier des charges fixé par arrêté du ministre chargé de l'environnement.

Vous avez ces dernières années eu à connaître de contentieux relatifs aux cahiers des charges ou à la désignation des éco-organismes dans différentes filières. (CE 2 décembre 2015 SNITEM n° 385497 pour la filière des déchets d'éléments d'ameublement ; CE 30 mai 2018 FNCC n° 406667 pour la filière des papiers graphiques et celle des déchets d'emballages ménagers ; CE 12 juillet 2019 Eco TLC n° 416103 pour la filière des déchets issus des produits textiles d'habillement, du linge de maison et des chaussures ; CE 7 juillet 2021 EcoDDS n° 425116 pour la filière des déchets diffus spécifiques ménagers).

La particularité de l'affaire qui vient d'être appelée, qui concerne la filière des déchets d'emballages ménagers est qu'une partie importante de l'argumentation des requérants est fondée sur des considérations de droit de la concurrence, dont il vous appartient de préciser le maniement. S'agissant de déchets ménagers, s'ajoute la question de l'articulation avec la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

compétence que les collectivités locales (CT) tirent de l'article L2224-13 du CGCT pour la collecte et le traitement des déchets des ménages.

Les deux organisations requérantes contestent l'arrêté modifiant le cahier des charges de la filière sur des points spécifiques qui sont divisibles.

Cette modification s'inscrit dans le contexte de la loi du 17 août 2015 qui a fixé à l'article L. 541-1 un objectif d'extension progressive des consignes de tri à l'ensemble des emballages plastiques sur l'ensemble du territoire avant 2022. La filière des emballages ménagers est particulièrement concernée.

Avant l'arrêté attaqué, 3 options de reprises étaient prévues par le cahier des charges de la filière, le choix de l'option étant à la main de chaque collectivité responsable de la collecte des déchets :

- L'option 1, « option reprise filière », prévoit pour chaque matériaux une garantie de reprise auprès des collectivités, à un prix de reprise unique au niveau national fixé par décret.
- L'option 2 « option de reprise fédérations », permet à l'éco-organisme que conclure des conventions avec les fédérations professionnelles de la filière, comme les requérantes, celles-ci garantissant la reprise
- L'option 3 « option de reprise individuelle », permet à la collectivité de sélectionner elle-même le repreneur de ses déchets, en passant directement avec lui les accords nécessaires.

Parmi ces déchets d'emballage plastiques, se distinguent ceux dit en « flux développement », qui ne sont pas consommables directement et nécessitent d'être « surtriés ». Leur valeur est négative, si bien qu'aucune offre pour leur reprise n'est proposée par les opérateurs de gestion des déchets. Ces options qui existent déjà et ce constat ne sont pas contestés dans le présent recours.

Mais l'arrêté attaqué a créé une 4eme option, « option de reprise directe par le titulaire », permettant à l'éco-organisme de proposer aux CT d'assurer lui-même la prise en charge à sa charge des déchets en leur garantissant une reprise selon la tarification nationale des déchets du flux standard.

C'est sur le fond le rôle de l'éco-organisme dans cette nouvelle option 4 qui commande la réponse à la plupart des moyens touchant à la légalité interne de l'arrêté.

1. Mais il faut d'abord vous dire un mot d'un moyen de légalité externe, qui fait reproche à l'arrêté de n'avoir pas été précédé de l'avis de l'autorité de la concurrence (AdlC) prévu par l'article L 462-2 du code de commerce. Cet article prévoit une telle consultation

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

obligatoire pour les textes « *instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : / 1° De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; / 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ; / 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* »

Vous n'avez jamais à notre connaissance censuré un texte réglementaire pour défaut de saisine de l'AdIC mais le texte prévoit bien une saisine obligatoire dans les 3 hypothèses qu'il définit. Indiquons que l'argument du ministre selon lequel l'arrêté litigieux ne constituerait pas un régime nouveau de sorte que la saisine n'aurait pas été requise doit être écarté. Le raisonnement est exact dans son principe, : vous jugez par exemple qu'une modification des règles applicables aux pharmaciens, qui ne modifient les principes de régulation de l'installation préexistants, n'a pas à faire l'objet d'une telle saisine (CE 30 avril 1997 sté Arkopharma n°169444). Mais en l'espèce, ce sont les conséquences de l'instauration de l'option 4 qui nécessiteraient selon les requérants un avis obligatoire. Et cette option 4 est bien nouvelle

Le régime est donc « nouveau » au sens de l'article L 462-2 mais, pour autant, il ne correspond à aucune des 3 hypothèses qui y figurent : restrictions quantitatives ; droits exclusifs ou imposition de pratiques uniformes. Ces différentes hypothèses sont d'interprétation stricte : le fait d'un texte puisse poser des questions de concurrence ne suffit pas sans quoi l'autorité serait submergée de demandes.

Ceci n'aurait évidemment pas empêché le ministre de saisir l'Autorité à titre facultatif, comme le permet l'article L 462-1 du code « sur toute question concernant la concurrence » dit le texte. Nous notons d'ailleurs qu'il l'a fait récemment, sur une question spécifique d'allotissement de divers marchés prévus par un projet d'arrêté portant cahier des charges d'agrément des éco-organismes de la filière à responsabilité élargie du producteur des huiles usagées, (avis n° 21-A-13 du 11 octobre 2021).

Vous écarterez donc ce 1^{er} moyen.

2. Pour en revenir au fond de l'affaire, l'argument des requérants est que l'éco-organisme agissant dans le cadre de la nouvelle option 4 deviendrait « un véritable prestataire de reprise en concurrence avec les repreneurs historiques ». Une telle possibilité pour l'éco-organisme poserait des difficultés au regard du droit de la concurrence notamment, car celui-ci ne serait pas seulement le concurrent des repreneurs, il serait également l'interlocuteur voire le représentant des producteurs et des collectivités locales qui ont vocation à contracter avec les repreneurs.

Cette idée que l'éco-organisme soit ou puisse être le concurrent des repreneurs est contestée en défense, selon nous à raison, notamment par le principal éco-organisme

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

CITEO. Et contrairement à ce qui est soutenu en réplique, ce n'est pas seulement la **pratique** de CITEO qui ne le place pas en concurrence avec les repreneurs, mais la **logique** des textes, pour touffus qu'ils soient.

L'option 4 prévoit pour les seuls flux particuliers dit « flux développement » que l'éco-organisme propose « *aux collectivités de reprendre, lui-même et à sa charge, les déchets d'emballages ménagers en garantissant aux collectivités une reprise, en toutes circonstances et selon le principe de solidarité* ».

Il faut bien lire cette disposition à la lumière des divers considérations qui entre en ligne de compte dans le traitement des déchets :

- principe de la responsabilité élargie des producteurs qui doivent contribuer au traitement des déchets,
- rôle spécifique des CT en matière de déchet ménagers,
- objectifs législatifs de hiérarchie des modes de traitement des déchets (article L541-1) et de cible de recyclage des déchets d'emballage ménagers.

De ces divers éléments s'évince que l'objectif de recyclage doit être poursuivi alors même que les déchets du flux développement n'ont pas de viabilité économique, en tous cas aujourd'hui.

Dans le cadre de cette option 4, l'éco-organisme, lorsque les collectivités lui confient les déchets collectés concernés, devient le détenteur des déchets, et peut s'appuyer sur la responsabilité des producteurs dont il est l'émanation et qui lui apportent un soutien financier pour trouver et développer des solutions de recyclage viables économiquement.

Mais acquérir la responsabilité du détenteur n'implique nullement et c'est le point déterminant, qu'il réalise lui-même des opérations de recyclage habituellement réalisées par les opérateurs des filières et fédérations. En tant que détenteur, il appartient à l'éco-organisme, conformément aux dispositions de l'article L. 541-2 du code de l'environnement, d'en faire assurer le traitement en faisant appel aux opérateurs qu'il sélectionne.

Un tel système ne caractérise donc pas ce que l'on appelle parfois un abus de position dominante automatique. Comme a pu le relever l'Adlc dans un autre contexte¹, « *la théorie de l'abus automatique de position dominante, issue du droit européen, permet aux juridictions administratives d'annuler des dispositions structurellement génératrices d'abus : l'annulation de l'acte implique que l'opérateur concerné dispose d'une position*

¹ Décision n° 17-D-17 du 27 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la Française des Jeux dans le secteur des jeux de grattage

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

dominante sur un marché, que ce soit de son fait ou à l'initiative d'une autorité publique, et surtout, qu'il soit démontré que c'est la mesure elle-même, et non le comportement de l'opérateur sur le marché, qui conduit à l'exploitation abusive d'une position dominante (« La justification de pratiques par l'existence d'une réglementation », France, OCDE, 14 février 2011, points 44 et suivants). »

Dans la jurisprudence la plus récente de la CJUE, nous notons que c'est souvent l'octroi ou le maintien de droits exclusifs à une entreprise exerçant sur un marché concurrentiel et lui conférant ainsi un avantage concurrentiel qui est considéré comme étendant la position dominante de cette entreprise, une telle extension du fait de la mesure administrative suffisant à méconnaître les règles des articles 102 (abus de position dominante) et 106 (édiction de droits exclusif), sans avoir à démontrer que l'entreprise a effectivement abusé de sa position dominante (CJUE 17 juillet 2014 Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) C-553/12). Cf aussi par ex. CE, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens, n° 348909, p. 231

Dans notre affaire, il suffit donc de constater que le cahier des charges litigieux ne donne pas un avantage concurrentiel à l'éco-organisme sur le marché sur lesquels opère les requérants pour trancher le nœud gordien et écarter les moyens tirés de ce que l'arrêté attaqué méconnaîtrait le principe de libre concurrence et la liberté d'entreprendre des opérateurs sur ce marché, comme ceux tirés de la méconnaissance des articles 102 et 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Un autre groupe de moyen estime que l'arrêté méconnaîtrait le principe de libre administration des collectivités territoriales en leur imposant de contracter avec CITEO pour la reprise du « flux développement ». Mais la prémisse est encore une fois erronée : les collectivités sont libres d'adopter ou non le modèle de tri à deux standards, qui conduit à isoler le flux développement. Et lorsqu'elles font ce choix, elles peuvent, pour les flux classiques, continuer à opter pour l'option 1 ou 2 avec l'opérateur de leur choix ainsi que le prévoit le point VI.5 du cahier des charges. Les situations contractuelles acquises ne sont donc pas affectées, le moyen de méconnaissance du principe de sécurité juridique pourra être écarté comme celui de méconnaissance du principe d'égalité dont l'invocation au cas d'espèce n'est pas claire.

PCMNC au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des requérantes une somme globale de 4000 euros au titre de l'article L 761-1 du CJA à verser à la société CITEO.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.