

FICHE 18

Encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre

(Version 2023/2024)

1. Notion d’encadrement des activités économiques

L’encadrement des activités économiques entendu au sens de la présente fiche, regroupe l’ensemble des législations et réglementations économiques correspondant à la police des activités économiques privées, sans toutefois pouvoir être réduit à cette seule dimension.

Il s’agit pour l’essentiel d’examiner les conditions dans lesquelles les textes peuvent régir :

- l’étendue et la structure d’un marché ;
- l’accès à un marché ;
- le fonctionnement d’un marché.

La présente fiche ne traitera pas des textes législatifs et réglementaires traitant d’outils spécifiques, comme les textes instituant une fiscalité incitative, organisant l’urbanisme économique, définissant les conditions d’octroi des subventions, ou fixant le droit des marchés publics. On se reportera aux fiches correspondantes du présent guide.

Les textes encadrant les activités économiques affectent par nature les libertés économiques des opérateurs, résultant du droit interne (liberté du commerce et de l’industrie, liberté d’entreprendre) comme du droit de l’Union (libre circulation des marchandises, des capitaux, libre prestation de service et liberté d’établissement). Leur compatibilité avec les autres traités internationaux doit par ailleurs être vérifiée.

2. Les monopoles et droits exclusifs

2.1. Notion

Un droit exclusif est un droit accordé par acte d’une autorité publique réservant à un opérateur économique le droit de fournir un service ou une activité. Il s’approche donc de la notion de monopole légal. Toutefois, il existe des droits exclusifs n’engendrant pas nécessairement une position monopolistique, notamment s’il s’agit de droits exclusifs d’utilisation de certaines installations n’empêchant pas la concurrence de s’exercer par d’autres moyens. C’est le cas, par exemple, des droits exclusifs d’utilisation d’un réseau.

2.2. Exigences de droit interne

2.2.1. Compétence

Seul le législateur est compétent pour instituer un monopole (CE, sect., 9 octobre 1981, *CCI de Toulon et du Var*, n° [11151](#) ; v. *a contrario* : CE, 17 mars 2017, n° [403768](#), cons. 9 ; CE, 26 févr. 2020, *Sté Appligos*, n° [424407](#), cons. 4).

La création d'un simple droit exclusif ne relève pas forcément du législateur (CE Assemblée 13 mai 1983, *SA René Moline*, n° [37030](#) ; CE 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° [276928](#)). Par ailleurs, le code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence « *est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : [...] / 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;* » (L. [462-2](#) c. com).

2.2.2. Respect des libertés économiques

L'instauration d'un monopole ou d'un droit exclusif affectant l'initiative des autres opérateurs, il convient de vérifier qu'il n'apporte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du commerce et de l'industrie (v. pour un droit exclusif, CE 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° [276928](#), au rec. p. 20).

En ce qui concerne la protection du service public exploité exclusivement sur le domaine public, l'administration dispose de larges prérogatives pour limiter les activités commerciales exploitées sur ce dernier et concurrençant un service public (CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, n° [99532](#), au rec. p. 117).

2.3. Exigences du droit de l'Union

2.3.1. Cadre concurrentiel

Les notions de droits exclusifs et spéciaux font l'objet de définitions spécifiques en droit de l'Union.

Les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* » (art. 2, sous f) de la directive [2006/111/CE](#) relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises).

Les droits spéciaux sont, quant à eux, « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné (...) confèrent à une ou plusieurs entreprises (...) des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* » (art. 2, sous g) de la directive [2006/111/CE](#) précitée).

L'institution de droits exclusifs peut également contrevenir aux règles de concurrence, et notamment à l'interdiction des abus de position dominante, dès lors que ces droits confèrent à l'entreprise une position dominante sur un ou plusieurs marchés. Un tel abus peut être constitué lorsque l'entreprise bénéficiaire du droit exclusif n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser* précité, pt 31 ; CJCE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, EU:C:2011:112, pt 69). De même, l'attribution de droits exclusifs ne doit pas

mettre leur titulaire en situation d'exploiter une position dominante de façon abusive (CE, 26 mars 1997, Association française des Banques, n° 163098). En revanche, la circonstance que l'octroi de droits exclusifs confère à l'entreprise bénéficiaire une position dominante sur les marchés concernés ne la place pas pour autant en situation d'en abuser automatiquement (CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, n° 276928 au recueil; CE, 14 avril 2023, *European gaming et betting association*, n° [436434](#)).

Enfin, comme dans le cadre des services d'intérêt économique général (SIEG ci-après), l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux doit toujours s'accompagner de la définition, par l'autorité publique, de la mission pour l'accomplissement de laquelle ces droits sont accordés.

2.3.2. Cadre marché intérieur

L'institution de droits exclusifs constitue également une restriction aux libertés de circulation garanties par le Traité. A ce titre, il convient de rappeler que toute restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services doit être justifiée par les motifs énumérés par le Traité (art. 51 et 52 TFUE) ou des raisons impérieuses d'intérêt général, propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit (principe de nécessité) et ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (principe de proportionnalité).

En outre, le choix du titulaire du droit exclusif doit faire l'objet d'une obligation de transparence, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur (CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd contre Minister van Justitie*, aff. C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 point 47.). Il est toutefois possible de déroger à cette obligation s'il peut être démontré que l'Etat exerce un contrôle étroit sur les activités du titulaire du droit exclusif (CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd contre Minister van Justitie*, aff. C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 point 59. ; CE 14 avril 2023, *LFDJ*, n° 436439, Inédit au recueil Lebon, pt 15 ; CE, 10 janvier 2020, *Ecofolio*, n° 404468, Inédit au recueil Lebon, pt 10).

2.3.3. Le cas particulier des SIEG et l'exigence impérative d'intérêt général

Il existe une exception généralisée aux règles du traité, fondée sur la notion de SIEG, inscrite au paragraphe 2 de l'article [106](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). Ce dernier stipule que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». L'arrêt *Corbeau* de la CJCE du 19 mai 1993 (aff. [C-320/91](#), pt 14) admet l'octroi de droits exclusifs et spéciaux aux entreprises chargées de la gestion de SIEG pour la réalisation de leur mission. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt *Commune d'Almelo* de la Cour de justice du 27 avril 1994 (aff. [C-393/92](#), pts 47-50).

Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG (v. Tribunal, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff T-17/02, point 216) : la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste (Tribunal, 15 novembre 2018, *Stichting Woonlimie e.a. c. Commission*, [T-202/10 RENV II et Stichting Woonpunt e.a. c. Commission](#), [T-203/10 RENV II](#), point 79). Le juge administratif contrôle le bien-fondé de l'attribution de droits exclusifs à l'aune des prescriptions du paragraphe 2 de l'article [106](#) du TFUE (v. par exemple CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° [218067](#) ; CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° [276928](#)) et des directives sectorielles (CE, Ass., 17 juin 2015, *La Chaîne Info*, n° [384826](#)).

Un acte d'investiture de la part de la puissance publique doit être pris, par exemple, sous la forme d'une habilitation unilatérale ou l'octroi d'une concession de service public (CJCE, *Almelo*, préc point 47 et Tribunal, 12 février 2008, *BUPA e.a./ Commission*, aff T-289/03, points 181 à 183.), définissant de manière suffisamment précise, à tout le moins, la nature, la durée et la portée des obligations de service public incombant aux entreprises chargées de l'exécution de ces obligations (Tribunal, 26 avril 2018, *Cellnex Telecom c. Commission*, aff. C-91/17 P et C-92/17 P).

Une mesure ne peut être justifiée au regard de l'article [106 § 2](#) du TFUE que si elle est nécessaire pour permettre l'accomplissement de la mission et proportionnée.

Un droit exclusif peut par ailleurs être légitimé au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général. De même, l'octroi de droits exclusifs pour un tel motif doit être adéquat et proportionnel (CJUE, 24 janvier 2013, *Stanleybet International Ltd*, aff. jtes C-186 et 209/11).

3. Le contrôle de l'accès à une profession ou à une activité

Le contrôle de l'accès à un marché peut prendre **trois formes**, plus ou moins contraignantes :

- l'exigence, pour l'exercice d'une activité, du dépôt d'une déclaration préalable ;
- la soumission d'une activité à autorisation ;
- l'interdiction pure et simple d'une activité.

3.1. Le cadre juridique national

3.1.1. Compétence

Le contrôle de l'accès au marché, c'est-à-dire l'instauration d'un régime restrictif, est réservé au législateur, en tant qu'il affecte l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre (v. not., CE, 3 septembre 2007, *Amiel c. Ordre national des médecins*, n°s [295344](#) et [295403](#)). Seule la loi peut limiter l'accès à une profession et en fixer les conditions (art. 34 de la Constitution ; CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne Isle et Dordogne maritimes*, n° [75544](#)). Ainsi, sauf habilitation législative, les autorités détentrices de pouvoirs de police administrative, en particulier le pouvoir réglementaire local, n'ont pas compétence pour subordonner l'exercice d'une activité à une autorisation ou à une déclaration préalable (CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n°s [00590](#) et [02551](#) ; CE, Ass. 13 avril 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n°[397047](#), cons. 10). Une restriction qui ne consiste pas en une interdiction générale et absolue peut toutefois être édictée par l'autorité de police locale pour des motifs d'ordre public (CE, Ass., 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes-filmeurs* n°s [00590](#) et [02551](#)).

Seules deux hypothèses peuvent légitimer l'intervention du pouvoir réglementaire :

- lorsque le pouvoir réglementaire ne vient que préciser ou compléter une législation restrictive (CE, Sect., 25 juillet 1975, *Min. de l'équipement c/ Sieur Richoux*, n° [96377](#) ; CE Ass , 7 juillet 2004, *Min. de l'intérieur c/ M. Benkerrou*, n° [255136](#) ; CE 5 décembre 2016 *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de places CGT-Taxis* n° [395086](#)) ; ainsi, en application de la théorie jurisprudentielle de « l'état de la législation antérieure », le Conseil d'Etat considère que, dès lors que le législateur est intervenu, avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1958, pour aménager l'exercice d'une profession, l'autorité réglementaire peut, au titre de son pouvoir autonome, prévoir des prescriptions complémentaires à celles que la loi prévoit déjà en ce domaine (CE, Ass., 7 juillet 2004, *ministre de l'intérieur c/Benkerrou*, préc. ; CE, 21 novembre 2008, *Association Faste Sud Aveyron et autres*, n°

[293960](#)) ; le pouvoir réglementaire doit toutefois veiller avec attention à ne pas altérer le champ et l'équilibre de la législation ;

- lorsqu'il s'agit de soumettre à un régime d'autorisation préalable des activités s'exerçant sur le domaine public et faisant un usage distinct de l'usage normal des dépendances de ce domaine (CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, [n° 99532](#)).

3.1.2. Respect des libertés économiques

L'instauration de régimes restrictifs par la loi doit respecter la liberté d'entreprendre, qui est un principe de valeur constitutionnelle (CC, décision n° [81-132 DC](#) du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* ; n° [2014-692 DC](#) du 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*) et, lorsqu'ils sont introduits par le pouvoir réglementaire, la liberté du commerce et de l'industrie qui implique que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi (CE, Ass., 22 juin 1951 *Daudignac*, préc. ; CE, 23 mai 2012, *Régie Autonome des transports parisiens*, [n° 348909](#) CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, [n° 341173](#)).

En cas de fixation d'un contingent d'autorisations, ce nombre doit être déterminé en considération des équilibres économiques et de la régulation de la concurrence. La pertinence de la fixation de ce contingent est soumise au contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, n° [292855](#)).

S'il n'existe aucun texte encadrant la fixation des critères de délivrance d'une autorisation, l'administration doit veiller à ne pas fixer des conditions susceptibles de méconnaître le principe d'égalité ou le droit de la concurrence (CE, 23 février 1979, *Ville de Strasbourg*, n° [10230](#) ; CE, 16 juin 1978, *Ville de Clermont-Ferrand*, n° [04193](#)).

3.2. Exigences découlant du droit de l'Union

3.2.1. Les libertés

Le principe de libre concurrence suppose l'affirmation de la liberté d'accès au marché. En droit de l'Union, cette liberté générale d'accès au marché est traduite par **cinq libertés particulières** : la liberté de circulation des marchandises (art. [28](#) à [37](#) du TFUE), la liberté de circulation des personnes (citoyens de l'Union : art. [20](#) et [21](#) ; travailleurs : art. [45](#) à [48](#)), la liberté d'établissement (art. [49](#) à [55](#)), la liberté de prestation de services (art. [56](#) à [62](#)), et la liberté de circulation des capitaux (art. [63](#) à [66](#)).

Ces libertés économiques sont assorties d'un principe général de non-discrimination (à raison de la nationalité : art. [18](#) du TFUE ; pour les autres critères : v. art. [19](#) du TFUE, directive [2000/43/CE](#) et directive [2000/78/CE](#)).

En conséquence, toute restriction à l'accès au marché (par l'interdiction d'exercer une activité ou par l'exigence d'une autorisation préalable par exemple) doit être justifiée.

3.2.2. Les textes d'harmonisation

Directive « services »

Le législateur doit se conformer à la directive [2006/123/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, plus communément appelée « directive

services ». Cette directive a pour objectif, entre autres, d'encadrer les régimes d'autorisation voire de tendre à leur suppression dans certains domaines. En particulier :

- pour les services relevant de son champ d'application, elle ne permet aux États membres de recourir au régime d'autorisation que sous certaines conditions énumérées par son article 9, à savoir : 1) le régime d'autorisation ne doit pas être discriminatoire à l'égard du prestataire visé ; 2) seule une raison impérieuse d'intérêt général peut justifier qu'un État membre subordonne l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation ; 3) l'État membre doit établir que l'objectif poursuivi ne pouvait être atteint par une mesure moins contraignante ; les trois principes à respecter sont donc la non-discrimination, la nécessité et la proportionnalité ;
- l'article 10 de la directive fixe des critères encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente ; de même, il prévoit que toute décision de retrait d'autorisation doit être dûment motivée et doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ;
- son article 13 incite les États membres à faciliter les procédures et les formalités d'autorisation dans le cadre de la liberté d'établissement afin de ne pas rendre celles-ci dissuasives ;
- ses articles 14, 15 (concernant la liberté d'établissement) et 16 (concernant la libre prestation de service) encadrent les exigences qui peuvent accompagner ou constituer les conditions d'une autorisation ;
- l'article 14 fournit une liste « d'exigences interdites » (notamment la preuve d'un besoin économique ou encore l'intervention, même indirecte, d'un opérateur potentiellement concurrent dans une procédure d'autorisation) ; de telles exigences ne peuvent être imposées aux prestataires par les États membres ;
- l'article 15 fournit quant à lui une liste d'exigences à évaluer en matière d'établissement des prestataires ; ces exigences, sans être nécessairement contraires à la directive ont en commun le fait de restreindre l'accès aux activités de services ou de rendre celui-ci moins attrayant, notamment pour les prestataires des autres États membres ;
- l'article 16 rappelle que les États membres ne peuvent en principe restreindre la libre prestation de service, notamment en imposant une autorisation préalable à un prestataire établi dans un autre État membre ou d'autres exigences qui constituent des restrictions injustifiées à la libre prestation de services.

Par ailleurs, la directive (art. 6) impose aux États membres la mise en place de « guichets uniques », permettant d'accomplir en ligne les formalités nécessaires à l'accès à une activité de service, en particulier les déclarations, notifications ou demandes nécessaires aux fins d'autorisation auprès des autorités compétentes. Son article 7 affirme le droit à l'information juridique des prestataires (exigences opposables et voies de recours), par l'intermédiaire de ces guichets uniques.

La directive [2006/123/CE](#) prévoit un régime de notification à la Commission des textes, réglementaires ou législatifs, qui subordonnent l'accès aux activités de services ou l'exercice de ces activités à une autorisation, obligation, interdiction, condition ou limite. Elle s'applique à l'ensemble des services, qu'elle définit comme toute activité économique exercée contre rémunération, à l'exception de ceux dont la liste est dressée au point 2 de son article 2.

A la différence de la procédure de notification prévue par la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015, les notifications opérées dans le cadre de la directive « services » n'empêchent pas les États membres d'adopter les projets de texte en cause. Cependant, afin

d'assurer la sécurité juridique des destinataires de la réglementation, la circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2011 recommande de veiller à ce que la notification à la Commission intervienne avant l'adoption et la publication des textes.

Directive « qualifications professionnelles »

De même, le législateur doit prendre en compte la directive [2005/36/CE](#) du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour la liberté d'établissement. Cette dernière modernise le système européen de reconnaissance des qualifications professionnelles en prévoyant un régime général de reconnaissance des formations, complété par un régime sectoriel.

La directive (UE) [2013/55](#), entrée en vigueur le 17 janvier 2014, a modifié en profondeur la directive [2005/36/CE](#) précitée, notamment en introduisant le principe d'accès partiel issu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par dérogation au principe selon lequel la reconnaissance des qualifications professionnelles par l'État membre d'accueil permet aux professionnels d'accéder dans cet État membre à la même profession que celle pour laquelle ils sont qualifiés dans l'État membre d'origine et de l'y exercer dans les mêmes conditions que les nationaux, le principe d'accès partiel permet à un professionnel qualifié dans son État membre d'origine pour exercer certaines activités de les exercer dans l'État d'accueil qui réglemente un ensemble plus large d'activités exercées par une profession réglementée avec des exigences de qualifications professionnelles en conséquence plus importantes. En outre, à l'instar de la directive « services » pour les régimes d'autorisation, les exigences limitant l'accès à une profession ou l'exercice de celle-ci aux titulaires d'un titre de formation particulier, y compris le port de titres professionnels et les activités professionnelles autorisées, doivent être compatibles avec les principes de non-discrimination, nécessité et proportionnalité.

Dans le cadre des fonctions publiques nationales, le droit de l'Union a imposé aux Etats membres de permettre l'accès des ressortissants européens à tous les emplois publics sauf ceux consistant en la participation à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat (CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, [aff. 149/79](#), pt 19). La directive « qualifications professionnelles » s'applique à ces fonctions comme dans le secteur privé, ces fonctionnaires occupant des emplois autres que ceux liés à l'exercice de la puissance publique ou à la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat sont, comme les salariés, des travailleurs en droit de l'Union (CJCE, 9 septembre 2003, *Isabelle Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, [aff. C-285/01](#), pts 43-55).

4. La normalisation et la réglementation techniques des produits et services

4.1. La normalisation

La normalisation renvoie à une « *activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* » (art. 1^{er} du décret [n° 2009-697](#) du 16 juin 2009 relatif à la normalisation). Si les normes techniques sont d'application volontaire, l'article 17 du même décret prévoit la possibilité de les rendre d'application obligatoire par arrêté du ministre de l'industrie. Les normes rendues obligatoires sont consultables gratuitement sur le site internet de

l'Association française de normalisation. Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion de censurer un arrêté rendant obligatoire une norme technique dont l'accessibilité libre et gratuite n'était pas garantie en jugeant que les dispositions du décret sur le fondement duquel était pris l'arrêté « *ne peuvent être regardé[e]s comme ayant pour objet ou pour effet de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article 17 du décret du 16 juin 2009, qui prévoit, dans le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité de la règle de droit, que les normes dont l'application est rendue obligatoire doivent être consultables gratuitement* » (CE, 10 févr. 2016, *FNME-CGT*, [n° 383756](#)).

La coordination de cette activité est assurée en France par l'Association française de normalisation (AFNOR). Au niveau européen, les organismes de normalisation sont : le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) et l'Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI). L'Organisation internationale de la normalisation (ISO) et le Comité électrotechnique international (IEC) sont les organismes internationaux de normalisation. A l'exception de l'ETSI, les positions françaises sont portées au sein des instances européennes et internationales par l'AFNOR.

4.2. La réglementation technique

4.2.1. Droit international

En droit international, l'accord OTC (« obstacles techniques au commerce »), conclu le 12 avril 1979, et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1980, dans le cadre du cycle de négociations de Tokyo entre les États membres de l'OMC, vise à éliminer les OTC constituant des barrières non-tarifaires au commerce ou des instruments de défense à visée protectionniste.

4.2.2. Droit de l'Union

Cadre général

En droit de l'Union, les réglementations techniques nationales doivent respecter les exigences générales découlant du traité et la jurisprudence, notamment le caractère nécessaire et proportionné de la mesure et sa justification par l'un des intérêts supérieurs définis à l'article 36 du TFUE ou reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice.

Le démantèlement des barrières non-tarifaires au commerce entre les États membres a par ailleurs fait émerger le principe de reconnaissance mutuelle des réglementations techniques nationales, érigé en principe directeur du droit de l'Union (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, [aff. 120/78](#), dite *affaire du cassis de Dijon*). Le règlement (UE) [2019/515](#) du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 relatif à la reconnaissance mutuelle des biens commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant le règlement (CE) n° 764/2008 formalise les règles en matière de reconnaissance mutuelle.

Des directives sectorielles peuvent en outre s'appliquer et certaines d'entre elles s'opposent à l'adoption de textes nationaux pour les produits et intérêts concernés.

Notifications

La directive (UE) [2015/1535](#) prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information impose la notification à la Commission européenne des projets de textes comportant des règles techniques. Cette notification doit intervenir au moins trois mois avant leur adoption, à peine d'inopposabilité du texte aux tiers. En outre, le juge administratif regarde l'absence de notification préalable de dispositions contenant des normes

techniques comme un vice de procédure justifiant leur annulation (cf. par exemple CE, 10 juin 2013, *M. Pitte*, n° 327375 ; CE, 16 mars 2015, n°370072 ; CE, 9 mars 2016 *Société Uber France et autre - Association Taxilibre et autre - Syndicat des artisans taxis de l'Essonne* n°388213 388343 388357 ; CE, 31 mars 2017 *Société Vitamins et autres* n°397644).

La réception de la notification par la Commission européenne ouvre un délai de trois mois durant lequel le texte notifié ne peut pas être adopté. Pendant ce délai (dit « délai de *statu quo* »), qui peut être prolongé dans certains cas, la Commission et les autres États membres peuvent émettre des observations sur le projet de texte, auxquelles l'État qui notifie est tenu de répondre avant l'adoption du texte.

Sont concernés par cette procédure les projets de textes réglementant les produits de fabrication industrielle et les produits agricoles, quel que soit le type de règle technique en cause : niveau de qualité, caractéristiques d'emploi, sécurité, dimensions, dénomination de vente, terminologie, symboles, essais, emballages, marquage, étiquetage, cycle de vie du produit après sa mise sur le marché, conditions d'utilisation, de recyclage, de réemploi...

Sont également concernés les projets de texte relatifs aux services de la société de l'information, c'est-à-dire tout service assuré normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

5. La réglementation des prix

5.1. Droit de l'Union

Les États peuvent réglementer les prix sous réserve de ne pas porter atteinte aux libertés de circulation, notamment la liberté de circulation des marchandises (art. 34 à 37 du TFUE). Si une restriction aux libertés de circulation est constatée, les États peuvent tenter de justifier leur réglementation sur la base des dérogations du traité ou des exceptions jurisprudentielles (CJCE, 26 février 1976, *Tasca*, aff. 65/75 pts 12-14 : les États membres peuvent fixer des prix maximum ou minimum sous réserve qu'ils ne rendent pas les importations plus difficiles ou impossibles). En matière de services, la directive 2006/123/CE interdit, depuis le 28 décembre 2006, d'imposer aux prestataires des tarifs obligatoires minimum ou maximum sauf si une telle exigence est justifiée, non discriminatoire et proportionnée (v. article 15).

En outre, les textes de droit dérivé (règlements, directives) peuvent prévoir un encadrement des prix (y compris sur les marchés de gros) dans certains secteurs régulés, qu'il appartient aux États et plus particulièrement à leurs autorités de régulation de mettre en œuvre.

Ainsi, dans l'arrêt « ANODE » du 7 septembre 2016 (affaire C-121/15), la CJUE a dit pour droit que l'intervention d'un État membre consistant à imposer à certains fournisseurs, parmi lesquels le fournisseur historique, de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés constituait une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue par la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et que cette réglementation des prix de la fourniture du gaz naturel ne pouvait être admise qu'à la triple condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt économique général, qu'elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps et, enfin, qu'elle soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Ce cadre ainsi défini, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a annulé le décret du 16 mai 2013 réglementant les tarifs de vente du gaz naturel au motif que, n'ayant pas pour objectif de garantir ni la sécurité des approvisionnements de la France en gaz naturel, ni une harmonisation des prix sur l'ensemble du territoire national ni un prix raisonnable de la fourniture du gaz naturel, cette réglementation tarifaire qui constituait une entrave à la réalisation d'un marché du gaz ne poursuivait aucun objectif d'intérêt économique général (CE Ass, 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°370321 – point 15).

Transposant cette jurisprudence en matière de tarifs de vente de l'électricité des prix, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a jugé que la réglementation française était incompatible avec les objectifs de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité en ce qu'elle ne prévoyait pas un réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail (CE Ass, 18 mai 2018, *Société Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°413688 et 414656 - point 26). En outre, il a jugé qu'en ce qu'elle s'appliquait à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, dont la puissance souscrite sur le site considéré était inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, sans distinction entre les professionnels ayant une faible consommation d'électricité, et les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises, cette même réglementation allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix de la fourniture d'électricité qu'elle poursuivait et qu'elle était, par suite, incompatible dans cette mesure avec les objectifs de la directive 2009/72/CE (point 27). Voir aussi CE, 3 octobre 2018, l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) n°404502.

5.2. Droit interne

L'ordonnance n° [86-1243](#) du 1^{er} décembre 1986 a posé le principe selon lequel les prix sont fixés librement par le jeu de la concurrence. Cette disposition est désormais codifiée à l'article [L. 410-2](#) du code de commerce. **Deux exceptions** sont toutefois prévues.

D'une part, une réglementation permanente des prix peut être instituée dans les secteurs où la concurrence par les prix est faible, soit en raison de situations de monopole, soit en raison de difficultés durables d'approvisionnement, soit du fait de dispositions législatives ou réglementaires. Cette réglementation permanente relève d'un décret en Conseil d'État pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur l'existence de ces conditions (CE, 3 mars 1993, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (Cofiroute)*, [n° 105461](#)). Le juge examine les spécificités du marché qui fondent la réglementation des prix (CE, 18 janvier 2006, *Société des ciments antillais*, [n°269406](#)). A titre d'illustration, sont réglementés de manière permanente aujourd'hui les prix des courses de taxis (CE, 5 décembre 2016, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de places CGT-Taxis*, [n° 395086](#)) ; les prix des péages autoroutiers ; certains tarifs applicables à la fourniture de gaz et d'électricité (CE Ass, 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, [n° 370321](#) préc.).

D'autre part, une réglementation des prix peut être mise en place de manière conjoncturelle, dans le but d'éviter des fluctuations (à la hausse ou à la baisse) excessives des prix, dues à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles, à une calamité publique ou à une situation manifestement anormale de marché dans un secteur déterminé. Une telle réglementation relève d'un décret pris après avis du Conseil national de la consommation. Elle a par exemple été mise en œuvre pour réglementer le prix des produits pétroliers après la crise du Golfe persique (décret n° [90-701](#) du 8 août 1990) et pour réglementer

le prix de vente des gels hydro-alcooliques lors de la crise sanitaire liée à la covid-19 ([décret n°2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydro-alcooliques](#)).

Dans sa décision [n°2019-774](#) QPC du 12 avril 2019, le Conseil constitutionnel a jugé que plusieurs dispositifs d'encadrement des marges commerciales institués en Nouvelle-Calédonie ne portaient pas à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée. En revanche, il a jugé que le dispositif de réglementation provisoire des prix « en cas de dérives sur les prix manifestement excessives constatées » à la suite de la mise en place de la taxe générale sur la consommation, s'il poursuivait l'objectif d'intérêt général de protection des consommateurs, portait à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée (pts 33 à 38).

6. Les mécanismes innovants de réglementation

Parmi différents types de réglementation innovante, les marchés de droits occupent une place particulière.

Ceux-ci ont été institués à ce jour en matière de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Ce dispositif repose sur des instruments internationaux et européens. En application du protocole de Kyoto de 1997, la directive [2003/87/CE](#) a créé le Système communautaire d'échange des quotas (SCEQE), qui correspond à un marché d'échange de quotas d'émission de CO₂. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, ce système constitue un mécanisme innovant d'internalisation des externalités liées à l'émission de gaz à effet de serre (GES). Le dispositif a été révisé par la directive 2018/410 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2018, qui fait évoluer ses règles pour la quatrième phase de sa mise en œuvre (2021-2030). En droit interne, le dispositif a été transposé par l'ordonnance n° [2012-827](#) du 28 juin 2012 relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2013-2020 et par l'ordonnance [n° 2019-1034](#) du 9 octobre 2019 pour le volet 2021-2030, codifiée aux articles [L. 229-5](#) et suivants du code de l'environnement.

Le dispositif plafonne les émissions de GES d'entreprises à forte consommation d'énergie, qui sont responsables collectivement de près de 50 % des émissions européennes. Des quotas d'émission sont délivrés aux entreprises concernées : celles dont la pollution effective est inférieure au quota qui leur est alloué peuvent alors vendre leurs droits à polluer sur un marché spécifique, tandis que les autres peuvent dépasser leurs quotas en achetant les excédents sur ce même marché.

Le SCEQE constitue ainsi un mécanisme de réglementation original, visant à la fois la réduction des externalités négatives constituées par la pollution tout en encourageant l'innovation. Ce type de dispositif pourrait être utilisé dans d'autres secteurs.