NOR : MOMO2517046L

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Séance du mercredi 23 juillet 2025

Section des finances
Section de l'administration

N° 409774

EXTRAIT DU REGISTRE DES DÉLIBÉRATIONS

AVIS
sur un projet de loi de lutte contre la vie chère dans les outre-mer

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 14 juin 2025 d'un projet de loi de lutte contre la vie chère dans les outre-mer. Ce projet de loi et son étude d'impact ont été modifiés par deux saisines rectificatives reçues les 17 et 22 juillet 2025. Il comprend seize articles répartis en quatre titres, respectivement intitulés : « Agir pour le pouvoir d'achat et compenser les effets de l'éloignement », « Renforcer la transparence et l'intégrité des activités économiques », « Renforcer la concurrence » et « Soutenir le tissu économique ultramarin ».

2. En dehors d'exceptions ponctuelles, les dispositions du projet de loi sont applicables aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, ainsi qu'à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna. Ce choix, qui se justifie par le fait que les collectivités concernées sont celles où l'Etat détient la compétence pour fixer les règles commerciales, n'appelle pas de remarque en lui-même. Le Conseil d'Etat relève, en outre, que la question du niveau des prix des produits de première nécessité s'y pose, de manière générale, avec acuité, bien que dans des conditions qui peuvent différer d'une collectivité à l'autre.

3. Le Conseil d'Etat constate qu'à la date où il se prononce, l'ensemble des collectivités dont la consultation est requise ont été saisies dans un délai suffisant pour que leur avis ait été rendu ou soit réputé l'avoir été, compte tenu de ce qui est dit au point 37.

4. Si la consultation de l'Autorité de la concurrence n'est, en l'espèce, requise par aucun texte, le Conseil d'Etat relève qu'une saisine à titre facultatif aurait permis d'apporter un éclairage utile compte tenu de la présence, dans le projet de loi, d'un grand nombre de dispositions concernant le droit de la concurrence ou prévoyant l'intervention de cette Autorité.

5. Le Conseil d'Etat constate que ce projet de loi fait suite à plusieurs lois visant à mieux contrôler la formation des prix ou à remédier aux imperfections de marché outre-mer, notamment la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, la loi n° 2015-1268 du 14 octobre

2015 d'actualisation du droit des outre-mer et la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique. A cet égard, il estime que l'étude d'impact reçue le 21 juin 2025 aurait gagné à indiquer plus précisément le bilan qui peut être tiré de l'ensemble des mesures prévues par ces textes, dont certaines semblent n'avoir fait l'objet que d'applications très limitées. Il note aussi que cette étude d'impact est apparue, pour de nombreuses dispositions, insuffisante

En particulier, les effets attendus sur les entreprises et sur les services de l'Etat de certaines mesures, comme celles qui mettent à la charge des entreprises la transmission d'un volume important d'informations, ne paraissent avoir fait l'objet que d'une évaluation sommaire. Le Conseil d'Etat invite donc le Gouvernement à compléter l'étude d'impact et à l'enrichir de certains des éléments communiqués dans le cadre de l'élaboration du présent avis.

6. Le Conseil d'Etat observe également que le projet de loi ne comporte aucune disposition relative à l'octroi de mer, alors même que, comme l'ont relevé tant le rapport de la Cour des comptes de mars 2024 (*L'octroi de mer : une taxe à la croisée des chemins*) que l'avis n° 19-A-12 du 4 juillet 2019 de l'Autorité de la concurrence, une partie des objectifs qu'il vise pourraient être atteints plus directement par une évolution de cet impôt, dont l'incidence n'est qu'imparfaitement compensée par l'application d'une taxe sur la valeur ajoutée à taux zéro ou à un taux inférieur au taux métropolitain sur certains produits et dans certaines collectivités. A cet égard, il ne peut que noter que ce rapport et cet avis concluent tous deux à la nécessité d'accompagner les actions de lutte contre la vie chère outre-mer d'une réflexion sur l'octroi de mer menée en concertation avec les collectivités territoriales.

7. Au-delà de ces remarques liminaires, et indépendamment d'améliorations de rédaction qu'il suggère au Gouvernement de reprendre, ce projet de loi appelle, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Agir pour le pouvoir d'achat et compenser les effets de l'éloignement

Sur l'adaptation du seuil de revente à perte

8. Le projet de loi modifie l'article L. 442-5 du code de commerce pour que le seuil de revente à perte soit apprécié, dans les collectivités visées au point 2, sans tenir compte du prix du transport. Le seuil de revente à perte serait ainsi doublement minoré dans ces collectivités par rapport à celui de la métropole, d'abord en ce qu'il ne comprendrait pas la majoration de 10 % applicable jusqu'au 15 avril 2028, en vertu de l'article 125 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, aux denrées alimentaires et aux produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur, ensuite parce que le prix du transport ne serait plus inclus dans les composantes du prix d'achat effectif en-dessous duquel le commerçant n'est pas autorisé à vendre, sauf circonstances particulières.

9. Aux termes de l'article 73 de la Constitution : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités…* ». Aux termes de son article 74 : « *Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. / Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :/ -les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;… /- les conditions dans lesquelles ses*

institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité…».

10. Le Conseil d'Etat estime qu'eu égard à la situation particulière des collectivités concernées, qui se caractérise d'après l'Institut national de la statistique et des études économiques par des écarts de prix avec la métropole de 16 % pour les biens de consommation et de 40 % pour certaines denrées alimentaires, la mesure envisagée, dont l'objet est de permettre aux détaillants de disposer de plus de flexibilité pour réduire leurs prix sur des produits de première nécessité, entre dans le champ des adaptations que le législateur est autorisé à prévoir aussi bien au titre de l'article 73 que de l'article 74 de la Constitution.

11. Le Conseil d'Etat relève par ailleurs que, si la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, applicable dans l'ensemble des collectivités concernées à l'exception de Saint-Barthélemy, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, procède à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs et si les Etats membres de l'Union européenne ne peuvent en conséquence prendre, dans l'objectif d'assurer une protection plus complète des consommateurs contre des pratiques déloyales, des mesures plus restrictives que la directive (*CJUE 19 octobre 2017, C-295/16, Europamur Alimentacion SA c/ Direccion General de Comercio y Proteccion del Consumidor de la Communidad Autonoma de la Region de Murcia*), ni l'article L. 442-5 du code de commerce, qui a pour objet de réglementer les relations des commerçants entre eux ainsi qu'avec leurs fournisseurs, ni les dispositions du présent projet de loi modifiant cet article, qui assouplissent outre-mer le calcul du seuil de revente à perte dans le seul but de créer les conditions d'une baisse des prix de certains produits, ne sauraient être regardés comme visant à protéger les consommateurs contre des pratiques déloyales. Ils n'entrent ainsi pas dans le champ de la directive, qui ne fait par conséquent pas obstacle à l'adoption de la mesure envisagée.

Sur le renforcement du dispositif d'accord annuel de modération des prix, dit « bouclier qualité-prix »

12. L'article L. 410-5 du code de commerce, issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, a institué un dispositif dit « bouclier qualité-prix », applicable dans les collectivités visées au point 2 ci-dessus, à l'exception de Saint-Barthélemy compte tenu de la taille et des particularités de ce territoire. Il prévoit que le représentant de l'Etat négocie chaque année, avec les acteurs de la distribution, leurs fournisseurs et les entreprises de transport, un accord de modération du prix global d'une liste limitative de produits de consommation courante, qui est ensuite rendu public par arrêté préfectoral. En l'absence d'accord, situation qui ne s'est pas encore présentée depuis l'entrée en vigueur de la loi, le préfet arrête le prix global de la liste sur la base des négociations et des prix les plus bas pratiqués dans le secteur économique concerné.

13. Le projet de loi vise à renforcer la portée et le caractère contraignant de ce dispositif, notamment :

- en associant le président de la collectivité territoriale compétente aux négociations ;
- en permettant au représentant de l'Etat de convier aux discussions les associations de consommateurs ;
- en instituant une amende de 75 000 euros pour une personne physique et de 375 000 euros pour une personne morale en cas de méconnaissance de l'accord par un de ses signataires ;

- en imposant, à peine d'amende, aux entreprises qui n'ont pas signé l'accord de rendre publique cette information ;
- en donnant au représentant de l'Etat la possibilité de négocier également le prix global d'une liste de services.

14. En premier lieu, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du commerce et de l'industrie des limitations justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. Eu égard au niveau des prix observés dans les collectivités concernées et à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à modérer le prix d'un panier de biens de consommation courante, le Conseil d'Etat considère que le dispositif envisagé ne porte pas une atteinte disproportionnée à ces libertés.

15. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat relève que le dispositif a vocation à s'appliquer dans des collectivités qui, à l'exception des îles Wallis et Futuna, sont soumises à un régime d'application de plein droit des lois et règlements, en vertu soit de l'article 73 de la Constitution, soit des articles L.O. 6313-1 et L.O. 6413-1 du code général des collectivités territoriales. Il considère que, dans les collectivités et les matières ainsi régies par le principe d'identité législative, le pouvoir d'adaptation de la législation doit être regardé comme le corollaire de ce principe et qu'il est de même nature dans les collectivités relevant de l'article 73 ou de l'article 74 de la Constitution. Si le principe d'identité législative ne fait pas obstacle, en lui-même, à ce que le législateur édicte dans des collectivités qu'il régit des dispositions originales et sans équivalent en métropole, en vue d'adapter la règle générale à leur situation particulière, les mesures ainsi prises ne sauraient, par leur nature et par leur ampleur, s'écarter de la législation qu'il s'agit d'adapter au point de méconnaître ce principe.

Le Conseil d'Etat estime en l'espèce que, si les dispositions envisagées renforcent un mécanisme prévoyant dans les seules collectivités concernées une négociation annuelle sans équivalent en métropole, à l'issue de laquelle le représentant de l'Etat peut, le cas échéant, plafonner par arrêté le prix global d'une liste de produits, elles constituent, eu égard aux circonstances rappelées au point 14, des mesures proportionnées aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités et entrent, par conséquent, dans le champ de la faculté d'adaptation ouverte par les articles 73 et 74 de la Constitution pour les collectivités soumises au principe d'identité législative. Pour la même raison, elles présentent un lien suffisant avec l'organisation particulière de Wallis-et-Futuna.

16. En troisième lieu, le Conseil d'Etat observe que ni la liberté d'entreprise reconnue par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui n'a pas le caractère d'une prérogative absolue (*CJUE 9 septembre 2004, C-184/02 et C-223/02, Espagne et Finlande c/ Parlement et Conseil, §§ 51-52 ; CJUE 22 janvier 2013, C-283/11, Sky Österreich*), ni l'article 119 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes duquel « *l'action des Etats membres et de l'Union comporte… l'instauration d'une politique économique… conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », ne font en eux-mêmes obstacle au dispositif de modération des prix envisagé. Il note également que si le règlement n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des produits agricoles, qui s'applique à une large part des produits de première nécessité susceptibles d'être couverts par le « bouclier qualité-prix », implique que les distributeurs déterminent librement leurs prix de vente sur la base du libre jeu de la concurrence, ce règlement n'interdit pas aux Etats membres d'édicter, dans un objectif d'intérêt général autre que ceux visés par

l'organisation commune, des règles de nature à influer sur le fonctionnement du marché sous réserve qu'elles soient propres à garantir la réalisation de cet objectif et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (*CJUE 12 septembre 2024, C 557/23, SPAR Magyarország Kft. c/ Bács-Kiskun Vármegyei Kormányhivatal*). En l'espèce, le Conseil d'Etat note que l'accès de l'ensemble de la population à un panier de produits de première nécessité et la lutte contre l'inflation sont au nombre des objectifs d'intérêt général de nature à justifier la mesure envisagée et que cette mesure ne revêt pas, dans le contexte qui a été rappelé, un caractère disproportionné au regard de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, compte tenu notamment de son champ d'application géographique limité et de ce qu'elle ne vise qu'à plafonner le prix global d'un panier de produits, en laissant chaque distributeur libre des moyens à mettre en œuvre pour respecter cette limite.

Eu égard aux circonstances particulières de lieu et de temps auxquelles cette appréciation de proportionnalité est nécessairement liée, le Conseil d'Etat ne peut toutefois qu'inviter le Gouvernement, dès lors que le projet de loi prévoit que ce dispositif s'applique sans limitation de durée, à réévaluer régulièrement l'opportunité de le maintenir.

17. En quatrième lieu, le projet de loi assortit la méconnaissance de l'accord par ses signataires d'amendes de 75 000 ou 375 000 euros. Le Conseil d'Etat relève que ces dispositions ne se heurtent à aucun principe ni règle de valeur constitutionnelle. En effet, si aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, ces dispositions n'interdisent pas au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même, de sorte que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut faire l'objet d'une répression pénale (*CC 10 novembre 1982, Loi relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, n° 82-145 DC, §3).* Le Conseil d'Etat considère, par ailleurs, que le montant prévu pour les amendes, qui est celui qui s'applique déjà en cas de manquement à certaines obligations comparables prévues au livre IV du code de commerce, ne revêt pas un caractère manifestement disproportionné (*CC 13 mars 2014, Loi relative à la consommation, n° 2014-690 DC*).

18. En dernier lieu, le Conseil d'Etat relève les difficultés pratiques que pourrait poser la mise en œuvre d'un dispositif qui, dans la version qui lui est soumise, suppose de réunir et, le cas échéant, de faire signer l'ensemble des entreprises des secteurs concernés. En accord avec le Gouvernement, il suggère donc de modifier le projet de loi afin de limiter les négociations aux organisations professionnelles et, au sein du secteur de la distribution et de ses fournisseurs, aux seules entreprises qui demandent à y être associées, en prévoyant en revanche que l'accord signé soit homologué par le représentant de l'Etat et qu'il soit dès lors possible à l'ensemble des entreprises soit d'y adhérer, soit d'indiquer publiquement, dans les conditions prévues par le projet de loi, qu'elles ne souhaitent pas y adhérer. Par ailleurs, le Conseil d'Etat propose, avec l'accord du Gouvernement, de compléter le texte du projet de loi pour indiquer que le président de la collectivité associée par l'Etat aux négociations sur l'accord de modération des prix est le président de la collectivité exerçant les compétences de la région ou, à Wallis-et-Futuna, le président de l'Assemblée territoriale, une telle précision relevant en effet, en vertu de l'article 72 de la Constitution, du domaine de la loi.

Sur la faculté donnée au président de l'observatoire des prix, des marges et des revenus de saisir le préfet en vue de la mise en œuvre d'une réglementation des prix

19. L'article L. 410-4 du code de commerce permet au Gouvernement, dans les collectivités mentionnées au point 2, de réglementer, après avis public de l'Autorité de la concurrence et par décret en Conseil d'Etat, le prix de vente de produits ou de familles de produits de première nécessité. Ces dispositions, issues de l'article 15 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, n'ont jamais été mises en œuvre. Le projet de loi entend leur apporter deux modifications.

20. En premier lieu, il précise que la compétence ainsi reconnue au Gouvernement pour réglementer le prix des produits de première nécessité s'exerce en cas de circonstances exceptionnelles ou lorsque la situation économique locale se traduit par des prix excessifs. Le Conseil d'Etat observe que ces conditions sont plus souples que celles auxquelles l'article L. 410-2 du code de commerce subordonne la possibilité pour le Gouvernement de réglementer les prix sur le reste du territoire de la République. Il constate toutefois que cette différence est en rapport à la fois avec la situation particulière des collectivités concernées et avec le champ d'application plus restreint de l'article L. 410-4 du code de commerce qui, contrairement à l'article L. 410-2 de ce code, porte sur les seuls produits de première nécessité. Il estime que la précision apportée par le projet de loi contribue à assurer la conformité des dispositions de l'article L. 410-4 à l'article 73 de la Constitution et au droit de l'Union européenne.

21. En second lieu, le projet de loi donne au président de l'observatoire des prix, des marges et des revenus la possibilité, lorsqu'il constate des variations excessives de prix spécifiques au territoire dont il a la charge, de saisir le représentant de l'Etat, qui est alors tenu d'indiquer, dans des conditions qui doivent être précisées par décret, s'il estime opportun de mettre en œuvre une réglementation du prix des produits de première nécessité. Le Conseil d'Etat observe que la modification envisagée est, en premier lieu, dépourvue d'effet utile, puisqu'elle se borne à rappeler la possibilité que le président de l'observatoire détient déjà, notamment en raison des missions confiées à cette structure, d'alerter le représentant de l'Etat sur la situation des prix dans une collectivité. Ensuite, en mettant à la charge de ce dernier l'obligation d'indiquer s'il juge opportun de recourir à la procédure d'encadrement des prix, cette modification est de nature à interférer avec la compétence que détient le Premier ministre pour décider, par décret en Conseil d'Etat, de mettre en œuvre cette procédure. Enfin, elle fait double emploi avec la possibilité reconnue à toute personne ayant intérêt pour agir de demander au Premier ministre, sous le contrôle du juge, de réglementer le prix des produits de première nécessité en application de l'article L. 410-4 du code de commerce. Le Conseil d'Etat propose, en conséquence, de ne pas retenir cette disposition.

Sur la création par l'Etat, à titre expérimental, d'un service public de gestion logistique en Martinique

22. En application de l'article 37-1 de la Constitution, le projet de loi prévoit, à titre expérimental, pour une durée de cinq ans, la création en Martinique par l'Etat d'un service public de gestion logistique.

23. Le Conseil d'Etat observe qu'eu égard aux difficultés que les entreprises locales rencontrent pour stocker et faire livrer, dans des conditions tarifaires acceptables, leurs commandes et leurs produits, la création du nouveau service, qui répond en raison de la carence de l'initiative privée à un intérêt public, ne pose pas de difficulté dans son principe.

24. Toutefois, le Conseil d'Etat note qu'en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, il appartient au seul pouvoir réglementaire de fixer les modalités de l'organisation d'un service public de l'Etat, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à des règles de nature législative. En

l'espèce, il estime qu'une telle atteinte n'est constituée ni par le caractère exclusivement commercial de l'activité confiée à ce nouveau service, ni par la circonstance que sa création par l'Etat limiterait, en pratique, la capacité de la collectivité concernée d'instituer un service identique en faisant usage de la compétence que lui reconnaît l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales pour « contribuer au développement économique (…) par (…) toutes interventions économiques ». Il propose donc de ne pas retenir les dispositions envisagées, qui ne relèvent pas du domaine de la loi.

Sur l'habilitation à mettre en place par ordonnance un mécanisme de péréquation des frais d'approche

25. Le projet de loi autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans un délai d'un an, toute mesure relevant du domaine de la loi en vue de mettre en place, dans les collectivités visées au point 2, un mécanisme de péréquation des frais d'approche destiné à réduire ces frais sur les produits de première nécessité.

Eu égard à l'obligation qu'a le Gouvernement, en application de l'article 38 de la Constitution, de décrire avec précision la finalité des mesures qu'il envisage, le Conseil d'Etat estime nécessaire de définir plus exactement la notion de frais d'approche. Il propose, en conséquence, avec l'accord du Gouvernement, d'indiquer que ceux-ci s'entendent de l'ensemble des frais de logistique et d'acheminement facturés aux importateurs, grossistes ou distributeurs établis dans les collectivités concernées. Il propose également de préciser que le mécanisme de péréquation pourra, le cas échéant, passer par l'institution d'un prélèvement, une telle modalité, envisagée par le Gouvernement, devant être expressément prévue par la loi d'habilitation pour pouvoir ensuite figurer dans une ordonnance prise sur son fondement.

26. Par ailleurs, il attire l'attention du Gouvernement sur les difficultés pratiques et juridiques que la mise en œuvre d'un tel dispositif occasionnera nécessairement.

Renforcer la transparence et l'intégrité des activités économiques

Sur l'extension du rôle des observatoires des prix, des marges et des revenus et des missions de leur président

27. Le projet de loi prévoit de renforcer les prérogatives des observatoires des prix, des marges et des revenus, institués aux articles L. 910-1 A et suivants du code de commerce, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, d'une part, en modifiant les dispositions régissant les missions de ces organismes et, d'autre part, en permettant à leurs présidents de saisir l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation de toute question en matière de consommation et de concurrence.

Le Conseil d'Etat relève, d'une part, que le texte qui lui est soumis n'entend modifier que très marginalement les dispositions de l'article L. 910-1 A du code de commerce aux termes desquelles chaque observatoire analyse le niveau et la structure des prix, des marges et des revenus, en leur assignant la mission d'« *éclaire*[r] *les pouvoirs publics sur la formation des prix et des marges ainsi que sur leur évolution* », alors que dans sa rédaction actuelle cet article les charge de « *fourni*[r] *aux pouvoirs publics une information régulière sur leur évolution* ». Il estime que ces modifications qui, au demeurant, ne font l'objet d'aucune mention dans le projet

d'exposé des motifs ni dans le projet d'étude d'impact, n'induisent aucune évolution notable des missions de ces organismes. Il relève, d'autre part, que l'ajout, au même article, d'un alinéa relatif à la saisine de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation par le président de chaque observatoire se borne à prévoir une faculté pour ce dernier de procéder à cette saisine et ne crée aucune obligation pour l'autorité administrative saisie, qui reste libre des suites qu'elle entend y donner, ainsi que le confirme le projet d'étude d'impact joint au projet de loi.

Le Conseil d'Etat constate, ainsi, que la disposition proposée par le projet de loi est dépourvue de caractère normatif et n'apparaît pas nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi de renforcement des prérogatives des observatoires des prix, des marges et des revenus. Il propose donc de ne pas la retenir.

Sur l'obligation de transmission d'informations sur les prix et sur les quantités vendues des produits de grande consommation

28. Le projet de loi prévoit que les distributeurs exploitant, dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, ainsi que dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, un ou plusieurs établissements de commerce de détail à prédominance alimentaire d'une surface supérieure à 400 mètres carrés, transmettent, à la demande de l'autorité administrative chargée de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les informations, relatives aux prix et aux quantités des produits de grande consommation mentionnés au I de l'article L. 441-4 du code de commerce vendus par ces établissements.

29. Le Conseil d'Etat observe, en premier lieu, que les données dites de « sortie de caisse » présentent un intérêt direct dans les territoires concernés, dont les marchés sont caractérisés par des prix au détail plus élevés qu'en métropole, notamment s'agissant des produits de grande consommation alimentaire, pour la mise en œuvre, dans ces territoires, des prérogatives mentionnées aux articles L. 410-2 à L. 410-5 du code de commerce. Il constate que l'administration chargée de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ne dispose pas, actuellement, d'un accès à l'ensemble des données pertinentes, malgré l'affichage d'une partie de celles-ci en magasin et la possibilité qu'elle a de mobiliser les pouvoirs d'enquête qu'elle tient de l'article L. 450-3 du code de commerce en cas de suspicion de manquement aux dispositions des titres II et III du livre IV du code de commerce.

30. En second lieu, le Conseil d'Etat relève, d'une part, que l'administration sera l'unique destinataire de ces données, qui n'ont pas vocation à être rendues publiques et, d'autre part, qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, de veiller à ce que l'ampleur et la périodicité des demandes de communication n'excèdent pas les besoins liés à la politique de réglementation des prix dans les territoires concernés. Il propose, à cet égard, avec l'accord du Gouvernement, de compléter le projet de loi en précisant que les informations susceptibles de faire l'objet de ces demandes de communication de la part de l'administration sont celles nécessaires à la mise en œuvre des articles L. 410-2 à L. 410-5 du code de commerce.

Le Conseil d'Etat estime, dans ces conditions, que l'obligation de communication instituée par ces dispositions ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre (Conseil constitutionnel, décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, paragraphe 25).

NOR : MOMO2517046L

Sur l'obligation de transmission d'informations sur les remises, rabais, ristournes et autres avantages obtenus des fournisseurs

31. Le projet de loi prévoit que les distributeurs exploitant, dans les collectivités régies par l'article 73 de la Constitution, ainsi que dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, un ou plusieurs établissements de commerce de détail à prédominance alimentaire, transmettent, chaque année, à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, les montants correspondant aux remises, rabais, ristournes et à la rémunération de services liés à la revente des produits ou ayant un objet distinct qu'ils ont obtenus auprès de leurs fournisseurs.

32. Le Conseil d'Etat observe, en premier lieu, que ces informations sur les « marges arrière » présentent un intérêt direct dans les territoires concernés, dont les marchés sont caractérisés par un éloignement entre les fournisseurs et les distributeurs ainsi que par des circuits d'approvisionnement et de commercialisation plus complexes qu'en métropole, susceptibles d'avoir un effet sur le fonctionnement de ces marchés et le niveau des prix au détail. Il constate que l'administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ne dispose pas aujourd'hui d'un accès aux informations pertinentes en ce domaine, l'obtention de celles-ci supposant de croiser un grand nombre de conventions et documents de facturation.

33. En second lieu, le Conseil d'Etat relève, d'une part, que l'administration sera l'unique destinataire des données concernées, qui n'ont pas vocation à être rendues publiques et, d'autre part, que celles-ci seront transmises à l'autorité administrative selon une périodicité annuelle. Il propose, avec l'accord du Gouvernement, de compléter le projet de loi en précisant que l'obligation instituée par ces dispositions ne sera applicable qu'aux distributeurs exploitant un ou plusieurs établissements de commerce de détail à prédominance alimentaire d'une surface de vente supérieure à 400 mètres carrés, afin de ne pas imposer aux petits distributeurs une telle obligation de communication, alors qu'ils ne sont, pour la plupart d'entre eux, pas susceptibles d'obtenir les mêmes avantages de leurs fournisseurs.

Le Conseil d'Etat estime, dans ces conditions, que l'obligation instituée par ces dispositions ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre (Conseil constitutionnel, décision n° 2019-774 QPC précitée).

Sur l'interdiction des discriminations au seul motif que des produits de grande consommation sont destinés à des marchés situés au sein de collectivités concernées par le projet de loi

34. Le projet de loi définit une nouvelle pratique restrictive de concurrence à l'article L. 442-1 du code de commerce consistant à obtenir des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires au seul motif que des produits de grande consommation sont destinés à un ou des marchés situés dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution ou dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna. Il prévoit parallèlement, aux articles L. 441-1 et L. 441-1-2 du même code, que les conditions générales de vente sur le fondement desquelles les conventions concernées sont conclues ne peuvent être différenciées selon des catégories d'acheteurs au seul motif que les produits sont destinés à ces mêmes marchés. Il propose, enfin, d'insérer un nouvel article L. 441-4-2 dans le code de commerce, faisant obligation à tout fournisseur ou grossiste de communiquer, sur demande de l'autorité administrative chargée de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes,

les conditions générales de vente et les conventions concernées et de préciser les motifs des différenciations qu'elles pourraient prévoir s'agissant des produits destinés à ces marchés.

Le Conseil d'Etat observe que ces dispositions visent à empêcher que les conditions générales de vente des fournisseurs ou que des conventions entre fournisseurs, grossistes et distributeurs comportent des clauses spécifiquement applicables aux produits destinés aux marchés situés dans les territoires des collectivités concernées au seul motif de cette destination. Il constate que de telles clauses ne sont pas, en l'état actuel de la législation, formellement proscrites par les dispositions en vigueur, les articles L. 441-1 et L. 441-1-2 du code de commerce permettant de pratiquer des conditions générales de vente différentes selon les catégories d'acheteurs de produits ou de prestations de services, tandis que l'article L. 442-1 n'interdit les clauses discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles dans les conventions relevant de la négociation commerciale que lorsqu'elles emportent, pour le partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. La législation actuellement en vigueur ne permet donc pas de faire obstacle à des conditions générales de ventes ou des conventions commerciales différenciées selon que les produits sont destinés à être distribués en métropole ou en outre-mer. Le Conseil d'Etat constate, en outre, que l'administration ne dispose pas, en application des dispositions en vigueur, d'un accès à ces conditions générales et conventions.

35. Le Conseil d'Etat relève, en premier lieu, que les dispositions du projet de loi ne visent pas à créer une interdiction des différenciations des conditions générales de vente et conventions commerciales selon que les produits sur lesquels elles portent sont destinés à la métropole ou à l'outre-mer mais seulement à exiger, dans l'objectif d'intérêt général de lutter contre des prix artificiellement plus élevés outre-mer, que les conditions générales et conventions éventuellement moins favorables prévues pour les produits destinés à ces marchés soient justifiées par des considérations objectives, telles que, par exemple, les conditions de transport, vers ces collectivités et territoires, éloignés de la plupart des sites de fabrication, des produits qui y sont consommés.

36. Le Conseil d'Etat observe, en deuxième lieu, que l'administration sera l'unique destinataire des données relatives aux conditions générales de vente et des conventions susceptibles de lui être communiquées et qu'elles n'auront pas vocation à être rendues publiques, non plus que les justifications qui pourraient les accompagner. Il relève, également, qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge administratif, de veiller à ce que l'ampleur et la périodicité des demandes de communication n'excèdent pas les besoins liés à la vérification du respect des nouvelles règles fixées aux articles L. 441-1, L. 441-1-2 et L. 442-1 du code de commerce. Il suggère, à cet égard, avec l'accord du Gouvernement, de préciser à l'article L. 441-4-2 que ces demandes sont celles qui seront nécessaires à la mise en œuvre des nouvelles dispositions de ces articles et que, par voie de conséquence, comme ces dernières, elles ne seront applicables qu'aux conditions générales soumises à la négociation et aux conventions conclues postérieurement à son entrée en vigueur. Le Conseil d'Etat estime, dans ces conditions, que ces dispositions du projet de loi ne portent pas, à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi (Conseil constitutionnel, décisions 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 et 2019-774 QPC précitée).

37. Le Conseil d'Etat relève, enfin, que dans le texte qui lui est soumis et sur lequel les différentes collectivités d'outre-mer ont été consultées, les dispositions relatives à la communication à l'administration des conditions générales de vente et des conventions commerciales ne sont applicables qu'aux collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution.

Les collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution ont, ainsi, été omises du champ d'application de cette partie du dispositif, ce qui est de nature à nuire à sa cohérence.

Le Conseil d'Etat considère, dans le cas d'une consultation obligatoire d'une collectivité d'outre-mer, que le fait d'introduire, après cette consultation, une mention d'applicabilité dans un article d'un projet de loi ou de texte réglementaire lui ayant été soumis sans cette mention, est en principe de nature à soulever une question nouvelle pour cette collectivité, justifiant une nouvelle saisine de celle-ci sur les dispositions qui lui sont rendues ainsi applicables.

Le Conseil d'Etat observe toutefois au cas présent, d'une part, que l'omission affectant le texte initialement soumis à consultation ne porte que sur une partie d'un article constituant un dispositif d'ensemble et expressément applicable pour le reste à toutes les collectivités pertinentes et, d'autre part, que l'exposé des motifs du projet, joint au dossier de la consultation des collectivités, retenait un champ d'application uniforme pour l'article concerné. Dans ces conditions, il estime que la correction de l'omission de ces collectivités postérieurement à leur consultation ne soulève pas une question nouvelle justifiant une nouvelle consultation. En conséquence, le Conseil d'Etat propose de rectifier le projet de loi sur ce point, en accord avec le Gouvernement.

Sur la création d'une nouvelle procédure d'injonction en cas de défaut de dépôt des comptes d'une société

38. Le projet de loi prévoit d'introduire un nouvel article L. 123-5-1-1 dans le code de commerce instituant une procédure d'injonction en cas de défaut de dépôt des comptes au tribunal de commerce, ouvrant dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et à Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon et à Wallis-et-Futuna, la faculté pour le représentant de l'Etat et les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 621-1 du code consommation de saisir le juge des référés, lequel peut ordonner le dépôt de ces documents sous astreinte, dont le montant pourra aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires. Le président du tribunal peut, à la demande d'une partie, ordonner la publication de la décision sur un support et pour une durée qu'il détermine aux frais de la personne objet de l'injonction.

Le Conseil d'Etat observe que ces nouvelles dispositions sont motivées par le souci de renforcer les obligations de transparence pesant sur les entreprises ultramarines, ces dernières respectant moins, selon le Gouvernement, leurs obligations de dépôt et de publication des comptes que leurs homologues de métropole. Il constate néanmoins que la seule donnée figurant dans l'étude d'impact à l'appui de ce constat concerne la Martinique, où seules 24 % des sociétés déposent leurs comptes, alors que ce pourcentage est de 85 % au niveau national, et qu'aucune indication n'est fournie sur la situation des autres collectivités d'outre-mer.

39. Le Conseil d'Etat relève qu'en l'état du droit, plusieurs mécanismes d'injonction existent, au plan civil, pour assurer le respect des obligations de dépôt des comptes résultant des lois et règlements, figurant respectivement aux articles L. 123-5-1 et L. 123-5-2 et au II de l'article L. 611-2 du code de commerce, auxquels s'ajoute la possibilité ouverte par l'article R. 210-18 du même code de faire désigner, également en référé, un mandataire pour obtenir l'accomplissement de cette formalité. Ces procédures spéciales coexistent, en outre, avec la procédure de référé de droit commun de l'article 873 du code de procédure civile qui peut être mise en œuvre, nonobstant l'existence de ces voies spéciales, pour obtenir le respect des obligations de dépôt de comptes, ainsi que l'a confirmé la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. com., 3 mars 2021, 19-10.086). A ces voies civiles s'ajoute la possibilité d'une action

pénale, le non-respect des obligations de dépôt des comptes étant puni d'une contravention de cinquième classe, ainsi que le prévoit l'article R. 247-3 du code de commerce.

40. Le Conseil d'Etat constate qu'aucune évaluation de ces six mécanismes n'apparaît dans l'étude d'impact, qui n'en rappelle d'ailleurs l'existence que de manière très parcellaire et sans faire état de données quantitatives ou qualitatives sur leur mise en œuvre.

Le Conseil d'Etat estime, dans ces conditions, qu'aucun lien ne peut être établi entre la situation à laquelle le projet de loi entend remédier dans les collectivités concernées, qui gagnerait au demeurant à être appuyée sur des données relatives à la situation de chacune d'entre-elles, et d'éventuelles insuffisances des voies civiles et pénales tendant déjà à assurer, en l'état du droit, le respect des obligations de dépôt des comptes. En l'absence d'éléments justifiant le bien-fondé de la création d'une septième voie de droit tendant aux mêmes fins, dans son principe comme dans ses modalités, le Conseil d'Etat propose de ne pas retenir les dispositions proposées.

Renforcer la concurrence

41. Le projet de loi vise à modifier l'article L. 461-4 du code de commerce pour créer, au sein des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, deux services distincts sous l'autorité du rapporteur général, l'un pour les affaires intéressant le territoire de la métropole, l'autre pour les affaires concernant les territoires des collectivités d'outre-mer.

Le Conseil d'Etat observe que le droit de l'Union européenne a récemment renforcé les garanties d'indépendance opérationnelle des autorités nationales de concurrence. Ainsi, les articles 4, paragraphe 5, et 5, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 mettent à la charge des Etats membres l'obligation d'assurer l'indépendance des autorités nationales de concurrence dans la fixation de leurs priorités et dans l'emploi de leur dotation budgétaire, ce dont il découle que le rapporteur général, ordonnateur des dépenses des services d'instruction par détermination du sixième alinéa de l'article L. 461-4 du code de commerce, doit pouvoir décider en toute indépendance de l'emploi des ressources humaines et budgétaires au sein des services d'instruction sans que la loi puisse lui prescrire une organisation particulière de ces derniers. Le Conseil d'Etat propose, en conséquence, de ne pas retenir ces dispositions.

42. Le projet de loi crée, par ailleurs, une voie de recours spécifique pour connaître des décisions du rapporteur général de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie refusant la protection du secret des affaires ou levant cette protection. Le Conseil d'Etat estime que cette disposition ne se heurte à aucun obstacle d'ordre constitutionnel ou conventionnel et permet, au contraire, de respecter les exigences liées au droit à un recours juridictionnel effectif prévues par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il rappelle toutefois que la fixation du délai dans lequel ce recours doit être exercé ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire et n'a pas à figurer dans la loi. En conséquence, il propose de ne pas retenir la précision selon laquelle le recours s'exerce dans un délai de deux mois.

Soutenir le tissu économique ultramarin

NOR : MOMO2517046L

Renforcer la possibilité de réglementer les prix ou importations de produits dont le prix de vente dans les outre-mer est manifestement inférieur à celui pratiqué dans l'hexagone, en ajoutant la notion de produits locaux « substituables

43. Le projet de loi modifie le deuxième alinéa de l'article L. 420-5 du code de commerce relatif aux produits dits « de dégagement » visant, à l'heure actuelle, les denrées alimentaires arrivant en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à La Réunion et dans le département de Mayotte, qui sont « identiques ou similaires » à celles qui sont produites et commercialisées localement et sont proposées aux consommateurs à des prix manifestement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone.

Le Conseil d'Etat observe que la modification proposée porte sur les denrées alimentaires concernées en ajoutant, aux denrées « identiques ou similaires » à celles qui sont commercialisées localement, les denrées qui leur sont « substituables ». Il constate que cette extension est présentée par l'exposé des motifs du projet de loi comme de nature à permettre une application effective des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 420-5 du code de commerce, introduites en 2017, et qui n'ont depuis lors pas été appliquées en raison des incertitudes qui affectent leurs conditions de mise en œuvre.

44. Le Conseil d'Etat relève toutefois, d'une part, que, dans un avis n° 19-A-12 du 4 juillet 2019, l'Autorité de la concurrence a estimé non seulement que les notions de produits « identiques ou similaires » figurant dans le texte actuel n'avaient pas de traduction exacte en droit de la concurrence mais aussi que les produits de dégagement ne pouvaient être regardés comme « substituables » à la production locale des collectivités concernées. Le même avis souligne, en outre, les questions techniques entourant l'appréciation de la condition tenant à l'existence de prix manifestement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone. Il résulte de cet avis que le seul ajout des produits « substituables » tel qu'il est proposé par le projet de loi, n'est pas de nature à résoudre les difficultés relatives à la définition du champ d'application du deuxième alinéa de l'article L. 420-5 du code de commerce.

45. Le Conseil d'Etat relève, d'autre part, que le projet de loi se limite à cette seule extension du champ d'application, sans procéder à une modification du régime prévu par les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 420-5 du code de commerce, alors que leur portée est très incertaine. Cet article prévoit en effet la conclusion d'un accord entre les acteurs de l'importation et de la distribution, d'une part, et ceux de la production et de la transformation locales, d'autre part, sans en définir le contenu, les dispositions applicables se contentant de préciser que l'accord doit mentionner les opérations continues menées par la distribution afin d'offrir au consommateur des denrées produites localement ainsi que la politique menée par les producteurs locaux afin de satisfaire au mieux les besoins des consommateurs. Or, cet accord peut être rendu obligatoire par le représentant de l'Etat dans le territoire et, en l'absence d'accord dans le délai de dix jours ouvrables à compter de l'ouverture des négociations, le représentant de l'Etat dans le territoire peut prendre par arrêté toute mesure relevant de sa compétence permettant de répondre aux objectifs précités, sans que le texte précise davantage l'étendue des prérogatives susceptibles d'être mises en œuvre à cet égard. De telles incertitudes sont de nature à soulever des difficultés de mise en œuvre de cet article mais aussi des difficultés sérieuses au plan constitutionnel comme au plan conventionnel.

Le Conseil d'Etat considère qu'eu égard tant au champ limité des modifications proposées qu'aux questions d'opportunité que soulèverait nécessairement une réécriture plus large des

dispositions en vigueur pour lever les incertitudes susceptibles d'en affecter la constitutionalité et la conventionnalité, ces dispositions ne peuvent être maintenues dans le projet de loi.

Il souligne l'intérêt qui s'attacherait à l'engagement d'une réflexion, en lien le cas échéant avec l'Autorité de la concurrence, afin d'identifier l'ensemble des évolutions de ce dispositif qui permettraient d'atteindre les objectifs poursuivis, avant d'en préciser le cadre juridique dans des conditions propres à garantir le respect des exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Donner un accès prioritaire des PME ultramarines aux marchés publics dans les Outre-mer

46. Le Gouvernement entend, par deux dispositions concernant la commande publique, soutenir les microentreprises et les petites et moyennes entreprises (PME) basées dans les collectivités d'outre-mer, en créant deux mesures présentées comme des expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution. Le projet de loi prévoit ainsi, d'une part, de permettre aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de réserver jusqu'à 20 % du montant de leurs marchés aux microentreprises et PME locales, s'agissant des seuls marchés dont la valeur est inférieure aux seuils européens, et d'autre part, d'imposer aux entreprises qui n'ont pas la qualité de microentreprises ou PME, de remettre un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation de microentreprises ou PME locales à l'exécution du marché auquel elles postulent, pour les marchés dont le montant est supérieur à 500 000 euros hors taxe.

47. Mises en place pour une durée de cinq ans, d'une part, dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 73 de la Constitution ainsi que dans les collectivités de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, et d'autre part en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et à Wallis-et-Futuna pour ce qui concerne les seuls marchés passés par les services et établissements publics de l'Etat, les mesures n'ont pas vocation, à l'issue de l'expérimentation, à être étendues sur tout le territoire national.

48. Le Conseil d'Etat estime que les mesures envisagées, pour lesquelles, ainsi qu'il a été dit, le Gouvernement n'envisage aucune généralisation en dehors des territoires où elles s'appliquent et qui, à l'intérieur de ces territoires, sont applicables à toutes les collectivités, et non à un simple échantillon de celles-ci, ne constituent pas une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la Constitution. Ces mesures n'entrent dès lors pas dans le champ des dérogations au principe d'égalité qui sont autorisées par l'article 37-1 de la Constitution.

Selon une jurisprudence constitutionnelle constante, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Le Conseil d'Etat rappelle en outre que si le juge constitutionnel admet qu'il est loisible au législateur, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis (DC n° 2001-452, 6 décembre 2001, cons. 6).

49. En l'espèce, l'objet des deux mesures consiste à favoriser la participation à la commande publique des microentreprises et des PME dont le siège social est situé dans les collectivités visées par l'expérimentation, afin de soutenir leur activité économique. Toutefois, en l'état des

informations transmises au Conseil d'Etat, le Gouvernement n'établit pas l'existence de difficultés particulières des PME localisées outre-mer dans l'accès à la commande publique par rapport à ce qui est le cas des PME en métropole. Le Conseil d'Etat constate par ailleurs que les deux dispositifs proposés ont déjà fait l'objet d'une première expérimentation législative, introduite par voie d'amendement parlementaire dans la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique, sur la période 2017-2022, et que cette expérimentation n'a pas fait l'objet d'une évaluation. La seule donnée transmise, selon laquelle moins de 4 % des acheteurs ont eu recours au dispositif de réservation du marché, constitue au demeurant l'indice d'un échec de cette expérimentation, que le Gouvernement n'avait dès lors pas jugé pertinent de pérenniser.

50. S'agissant du dispositif de réservation d'une partie des marchés à des microentreprises et PME locales, la différence de traitement entre les différents types d'entreprises est en rapport direct avec l'objet de la mesure, qui vise à renforcer la participation des microentreprises et PME locales à la commande publique et à favoriser l'émergence d'opérateurs nouveaux. Cependant, si cette mesure, qui ouvre une simple faculté pour les acheteurs publics, n'est applicable qu'aux marchés inférieurs aux seuils européens et ne peut concerner que jusqu'à 20 % du montant total de chaque marché, et se situe ainsi dans les limites tracées par la décision DC n° 2001-452, 6 décembre 2001, la composition du tissu économique ultramarin, dans lequel les microentreprises sont très majoritaires, et les données relatives à la précédente expérimentation conduisent le Conseil d'Etat à estimer que le critère de stricte nécessité posé par cette décision n'est pas rempli.

51. S'agissant de l'obligation faite aux entreprises qui ne sont pas des microentreprises ou des PME de présenter, lorsqu'elles soumissionnent à des marchés dont le montant est supérieur à 500 000 euros hors taxe, un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation d'entreprises ayant la même qualité et dont le siège social est établi dans les territoires ultramarins à l'exécution du marché auquel elles postulent, la différence de traitement appliquée à ces entreprises n'apparait ni nécessaire ni en rapport avec l'objet de l'expérimentation. En effet, cette mesure n'encadre pas les motifs pouvant être invoqués dans le plan de sous-traitance pour justifier le non recours à la sous-traitance par des microentreprises ou PME locales et permet ainsi au soumissionnaire de se borner à indiquer qu'il ne souhaite pas recourir à une sous-traitance locale. Le Conseil d'Etat estime dès lors que cette mesure est dépourvue d'incidence significative sur la participation des microentreprises et PME à la commande publique, alors qu'elle conduit à imposer aux entreprises soumissionnaires une contrainte supplémentaire qui n'est pas strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

52. Le Conseil d'Etat considère au surplus que la conformité du dispositif de réservation des marchés au droit de l'Union européenne, lequel s'applique aux collectivités visées par l'expérimentation n'ayant pas le statut de pays et territoires d'outre-mer (PTOM), n'est pas assurée. Le Conseil d'Etat relève que le dispositif envisagé par le Gouvernement ne vise que les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens applicables aux marchés publics, conduisant ainsi à écarter l'application des directives européennes sur les marchés publics. Le Conseil d'Etat rappelle toutefois qu'en dessous de ces seuils, si les Etats membres sont libres de fixer les règles de passation des marchés publics, ils sont tenus, dès lors que le marché présente un caractère transfrontalier certain, de respecter les règles générales du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et notamment le principe de non-discrimination à raison de la nationalité.

53. Or, le dispositif permettant aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de réserver une partie de leurs marchés à des PME établies dans les collectivités d'outre-mer considérées constitue une restriction qui, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, est de nature à avoir pour effet d'empêcher la candidature de l'essentiel des prestataires issus d'autres Etats membres. Le Conseil d'Etat estime que, dès lors qu'il déroge ainsi au principe européen de non-discrimination à raison de la nationalité, le dispositif envisagé ne saurait, sans méconnaître le droit de l'Union européenne, s'appliquer aux marchés présentant un intérêt transfrontalier certain.

54. Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) juge de manière constante que l'appréciation de l'intérêt transfrontalier certain repose sur une appréciation concrète, au cas par cas, des caractéristiques de chaque marché (CJUE, 15 mai 2008, SECAP SpA, C-147/06). Si les marchés visés par l'expérimentation, situés dans les collectivités d'outre-mer, sont caractérisés par leur éloignement des frontières du marché intérieur, et si le montant des marchés pouvant être réservés à des PME locales s'élève au maximum à 100 000 euros HT, l'existence d'un intérêt transfrontalier certain ne semble toutefois pas pouvoir être écartée par principe pour l'ensemble des marchés publics concernés par la mesure. Le Conseil d'Etat considère par conséquent que, pour assurer la conformité du dispositif de réservation des marchés au droit de l'Union européenne, il importerait alors de le réserver aux seuls marchés inférieurs aux seuils européens dépourvus d'intérêt transfrontalier certain.

55. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à ne pas retenir les mesures envisagées, qui se heurtent à des obstacles d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

Autres dispositions du projet

Le projet de loi comporte d'autres dispositions qui ont pour objet notamment :

- de créer, au sein du collège de l'Autorité de la concurrence, une nouvelle catégorie de personnalités qualifiées, comportant deux membres choisis en raison de leur compétence en matière d'outre-mer dans le domaine économique ou dans celui de la concurrence ;

- de permettre à l'Autorité de la concurrence de recueillir des informations pour le compte de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et de les lui transmettre, sans que lui soit opposable l'obligation de secret professionnel ;

- d'abaisser l'un des seuils du contrôle des concentrations de 5 à 3 millions d'euros de chiffre d'affaires, lorsque l'une des parties au moins exerce ses activités dans le commerce de détail dans les collectivités d'outre-mer ;

- d'abaisser de 50 à 25 % le seuil de parts de marché à partir duquel la commission d'aménagement commercial peut consulter l'Autorité de la concurrence afin d'apprécier la puissance économique déjà détenue, au sein d'une zone de chalandise, par l'entreprise qui sollicite une autorisation d'exploitation commerciale ;

- d'habiliter le Gouvernement, en vue d'améliorer l'accessibilité du droit, à prendre par ordonnance toutes mesures relevant du domaine de la loi pour modifier et compléter le livre IX du code de commerce, afin de codifier, à droit constant, les dispositions par lesquelles l'Etat

exerce les compétences qui lui demeurent dévolues en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française en vertu des lois organiques du 19 mars 1999 et du 27 février 2004.

Ces dispositions n’appellent pas d’observations particulières de la part du Conseil d’Etat, sous réserve de précisions et d’améliorations de rédaction qu’il suggère au Gouvernement de retenir.

NOR : MOMO2517046L

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat dans son Assemblée générale du mercredi 23 juillet 2025.