



Dossier annuel du droit public de l'économie 2015

Sous la direction de M. Gérard MARCOU et M. Laurent VIDAL
Co-directeurs du Master 2 Droit public des affaires
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Réalisé par les étudiants du Master 2 droit public des affaires
Avec la participation des enseignants du Master 2 DPA

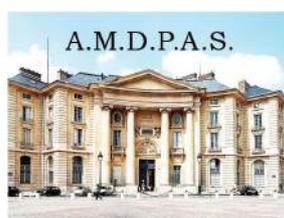
A.M.D.P.A.S.



Association du Master
de Droit
Public
des Affaires
de la Sorbonne

Dossier annuel du droit public de l'économie 2014-2015

1^{ère} édition



Association du Master
de Droit
Public
des Affaires
de la Sorbonne

COMITÉ DE RÉDACTION

**Directeurs du Master 2 Droit Public des Affaires
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne**

M. le Professeur Gérard MARCOU



Maître Laurent VIDAL



Membres de l'AMDPAS

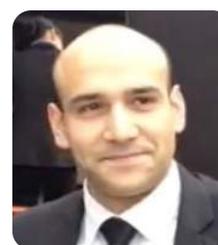
Mathieu DA SILVA
Président de l'AMDPAS



Marine ANCEL
Trésorière de l'AMDPAS



Christophe DELAISEMENT
Délégué 2014-2015



**Association du Master de Droit Public des Affaires de la Sorbonne (AMDPAS)
9, rue Malher
75004 Paris**

<http://www.univ-paris1.fr/associations/amdpes/>

SOMMAIRE

COMITÉ DE RÉDACTION	i
SOMMAIRE	ii
MOTS DES DIRECTEURS	1
PARTIE 1. VEILLE D'ACTUALITÉ	2
À PROPOS DE LA VEILLE.....	3
1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE.....	4
2. LES ACTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE	12
3. RÉGULATION	19
4. CONCURRENCE	36
5. PROPRIÉTÉS PUBLIQUES	46
6. CONTRATS PUBLICS.....	53
7. DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX PUBLIC.....	72
PARTIE 2. ARTICLES	85
LES DROITS D'ENTRÉE DANS LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC	86
LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE : GÉNÈSE, ENJEUX ET PERSPECTIVES D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ (PPPI) EN DROIT FRANÇAIS	94
LE POUVOIR DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DE LA PARTIE PRIVÉE À UN CONTRAT ADMINISTRATIF	102
TAXIS ET VTC – RÈGLEMENTER LE MARCHÉ DES TRANSPORTS PUBLICS PARTICULIERS.....	111
INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES ET DOMAINE PUBLIC : SUCCÈS ET LIMITE DE LA GREFFE D'UNE THÉORIE ÉCONOMIQUE ÉTRANGÈRE	119
LES FACILITÉS ESSENTIELLES DANS LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES.....	133
À PROPOS DE L'ARTICLE 43 DE LA LOI N° 2014-1545 DU 20 DÉCEMBRE 2014 RELATIVE À LA SIMPLIFICATION DE LA VIE DES ENTREPRISES– ASPECTS DOMANIAUX	134
LA MODERNISATION DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION	141
L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EN ALLEMAGNE	151
AIDES D'ÉTAT ET RÉGULATIONS-EXEMPLE DE LA COMPATIBILITÉ DES DEUX OBJECTIFS DANS LES COMMUNICATIONS BANCAIRES EN RÉPONSE À LA CRISE DE 2008.....	157
LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE RELATIVE À L'ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS.....	163
INDEX	171
TABLE DES MATIÈRES	173
LE MASTER	176
AUTRES PUBLICATIONS ET ÉVÉNEMENTS DE L'AMDPAS	177

MOTS DES DIRECTEURS

L'Année 2014-2015 du Droit public de l'Économie est la première édition d'une initiative des étudiants du Master 2 de Droit public des Affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (École de Droit de la Sorbonne), et nous espérons qu'elle sera suivie, de manière régulière, de beaucoup d'autres.

Elle se compose d'une chronique d'actualité présentant brièvement les principaux événements juridiques de l'année (législation, jurisprudence française et européenne...) et d'une série d'articles de fond. Ces travaux ont été organisés par les étudiants eux-mêmes, dans le cadre de l'Association du Master, avec l'appui de l'équipe pédagogique. Les articles ont été élaborés en liaison avec la préparation, selon les cas, du mémoire de recherche pour les étudiants du parcours Recherche, et du mémoire de stage pour les étudiants du parcours Professionnel. La chronique et les articles ont été relus, et le cas échéant amendés sur la suggestion des professeurs. Tous témoignent du haut niveau de compétence déjà atteint par leurs auteurs.

L'objectif de cette publication n'est pas seulement de faire connaître le Master 2 de Droit public des Affaires de l'Université Paris 1. C'est aussi de mettre à disposition sous forme électronique un document de synthèse permettant au lecteur de prendre rapidement une vue d'ensemble des principaux sujets qui ont donné lieu à des évolutions du droit ou justifié de faire un point sur l'état de la question. Cela permettra sans doute au lecteur de faire certains rapprochements auxquels il n'aurait peut-être pas immédiatement pensé, tant le rythme des activités empêche parfois de prendre le recul nécessaire.

À la lecture nous ne doutons pas que les praticiens comme les chercheurs apprécieront la qualité de ce travail. Celui-ci témoigne du niveau des étudiants, mais aussi de leur capacité d'initiative, de leur sens de l'organisation et du travail collectif.

Gérard Marcou et Laurent Vidal
Directeurs du M2 de Droit public des Affaires
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
École de Droit de la Sorbonne

VEILLE D'ACTUALITÉ

À PROPOS DE LA VEILLE

Émilie COSTE



Assia OURRAOUI



**L'équipe
de
rédaction**



Benjamin ROOR



Alexandre RENNESSON

vous présente

Une synthèse de l'actualité juridique de l'année écoulée.

Couvrant la période d'août 2014 à août 2015, cette veille adopte un format volontairement succinct. Elle offre un panorama des principaux développements intervenus dans le champ du droit public de l'économie.

Elle est prolongée par les fiches d'actualité hebdomadaires publiées par les étudiants du master et disponibles en ligne sur le site : <http://www.univ-paris1.fr/associations/amdpes/>

1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE

- I. LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE– LA CANDIDATURE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE À UN CONTRAT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EST SOUMISE À LA DÉMONSTRATION D'UN INTÉRÊT PUBLIC LOCAL (p.5)
- II. SÉCURITÉ JURIDIQUE ET CONFIANCE LÉGITIME – VERS UNE CONSÉCRATION CONSTITUTIONNELLE ? (p.6)
- III. DROIT DE PROPRIÉTÉ – JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL (p.7)
- IV. BRÈVES (p.9)

-FOCUS-

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE – La candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique est soumise à la démonstration d'un intérêt public local

CE, ass., 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563

Par Émilie COSTE

Par un arrêt du 30 décembre 2014, le Conseil d'État a posé la condition selon laquelle une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) ne peut candidater à un contrat de la commande publique que si cette candidature présente un intérêt public local et s'inscrit dans le prolongement d'une mission de service public.

La liberté du commerce et de l'industrie, condition classique de légalité de l'activité économique des personnes publiques, recouvre deux aspects : la protection du libre exercice d'une activité économique privée et la non-concurrence de l'activité des personnes privées. Ce dernier aspect concerne plus particulièrement l'intervention de la personne publique en tant qu'opérateur économique, lorsqu'elle se positionne sur le marché non pas en tant que demandeur mais en tant qu'offreur répondant au marché public d'une autre personne publique.

En l'espèce, afin qu'une personne publique puisse répondre à un appel d'offres, le Conseil d'État a posé la condition selon laquelle la candidature d'une collectivité territoriale ou d'un EPCI doit nécessairement présenter un intérêt public local et ainsi s'inscrire dans le prolongement d'une mission de service public.

La doctrine a pu s'étonner de l'absence de référence directe à la liberté du commerce et de l'industrie dans la décision commentée¹. Pourtant, l'arrêt du Conseil d'État soulève de nouvelles interrogations s'agissant de l'égalité concurrence entre personnes publiques et personnes privées que certains avaient pu déduire de l'arrêt *Département de l'Aisne* de 2009¹.

En l'espèce, le département de la Vendée avait lancé une procédure de passation d'un marché public attribué au département de la Charente-Maritime. La Société Armor SNC, candidate évincée, avait saisi le juge administratif de

Nantes, puis la Cour administrative d'appel de Nantes, qui avaient rejeté sa demande. La société s'étant dès lors pourvue en cassation, le Conseil d'État a annulé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes en considérant qu'elle avait commis une erreur de droit en ne cherchant pas si la candidature de la Charente-Maritime constituait le prolongement de l'une de ses missions de service public.

Au cas d'espèce, la légalité de la candidature de la personne publique en elle-même ne fait aucun doute. Il est acquis qu'une personne publique puisse se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Rappelant sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'État juge qu'« *aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique* ». Il est également acquis qu'une personne publique, une fois sa candidature admise, doit respecter le droit de la concurrence, au même titre que ses concurrents, notamment s'agissant des prix pratiqués. Le Conseil d'État rappelle également que cette exigence ne concerne toutefois pas la coopération, tant institutionnelle que contractuelle, entre personnes publiques.

L'apport de cette jurisprudence réside essentiellement dans les conditions dans lesquelles, au stade du dépôt des candidatures, la personne publique est recevable à présenter une offre à un marché public lancé par une autre personne publique. Alors que cette exigence était absente de sa jurisprudence *Département de l'Aisne*, le Conseil d'État considère « *qu'hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de*

¹ CE, 10 juillet 2009q, Département de l'Aisne, n° 324156.

l'État, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local » et que, par suite, une collectivité territoriale ou ses établissements publics « ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge » et sous réserve qu'elle ne compromette pas cette mission. La haute juridiction a livré une liste non exhaustive des cas où cette condition serait remplie : amortir des équipements, valoriser les moyens dont dispose le service ou assurer son équilibre financier. Dans ces conclusions, le rapporteur public Bertrand DACOSTA a notamment illustré ce prolongement avec le cas d'une commune qui aurait créé une imprimerie municipale pour satisfaire ses propres besoins, plutôt que de recourir à des prestataires extérieurs et qui proposerait ses services à une autre municipalité².

*

² Conclusions de Bertrand DACOSTA, CE ass., 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563, au Lebon avec les conclusions, *AJDA*, 2015, p. 7.

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET CONFIANCE LÉGITIME – Vers une consécration constitutionnelle ?

CC, 12 février 2015, n° 2015-710 DC, loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures

Par Benjamin ROOR

Par une décision du 12 février 2015, le Conseil constitutionnel semble faire une application implicite du principe de confiance légitime sur le fondement de l'article 16 de la DDHC.

Le Conseil constitutionnel avait à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi habilitant le Gouvernement à modifier par voie d'ordonnance le droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve. Les sénateurs à l'origine de la saisine soutenaient, entre autres, que « *la sécurité juridique serait méconnue compte tenu des modifications qui pourraient être apportées au droit des contrats et des obligations par le Parlement à l'occasion de la ratification de l'ordonnance* ».

Par le passé, le Conseil constitutionnel a longtemps refusé de consacrer constitutionnellement les principes de sécurité juridique et de confiance légitime³.

Le principe de confiance légitime peut être présenté comme le « *versant subjectif du principe de sécurité juridique* »⁴, visant à la protection des situations légalement acquises pour les particuliers en cas de mutation de la règle de droit. Si le Conseil constitutionnel se refuse toujours à reconnaître expressément un tel principe, sa jurisprudence a néanmoins sensiblement évolué ces dernières années dans le sens d'une prise en considération implicite du principe sur le fondement de l'article 16 de la

³ CC, 7 novembre 1997, n° 97-391 DC, Loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier.

⁴ D. SIMON, *La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ?*, *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles Bruylant, 2000,

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC).

Ainsi, dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a conditionné la possibilité pour le législateur de modifier rétroactivement une règle de droit à la poursuite d'un but d'intérêt général suffisant et au respect, tant des décisions de justice ayant force de chose jugée, que du principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions. Le Conseil constitutionnel a précisé en outre que « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ». En l'espèce, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution l'article attaqué.

Cette solution confirme le tournant pris par le Conseil dans une décision récente⁵ qui, déjà, avait amorcé l'introduction du principe de confiance légitime dans la jurisprudence constitutionnelle selon la doctrine⁶.

*

DROIT DE PROPRIÉTÉ – Jurisprudence du Conseil constitutionnel

CC, 21 novembre 2014, n° 2014-430 QPC ; CC, 6 février 2015 n° 2014-449 QPC ; CC, 13 février 2015, n° 2014-451 QPC

Par Alexandre RENNESSON

Trois questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont donné l'opportunité au Conseil constitutionnel de préciser le champ et la mise en œuvre de la protection du droit de propriété.

Par des décisions QPC du 21 novembre 2014 et du 6 février 2015, le Conseil constitutionnel a précisé le champ d'application du droit de propriété, confirmant en cela l'interprétation extensive qu'il lui confère. En effet, depuis que le Conseil a consacré la valeur constitutionnelle du

droit de propriété, sa jurisprudence a étendu le champ d'application de ce dernier. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a rappelé dans ces deux décisions que « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont connu depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ». Par la décision du 21 novembre 2014, le Conseil constitutionnel rappelle que la propriété intellectuelle fait partie des domaines protégés par le droit de propriété⁷. Aussi, il en tire la conséquence que les droits d'auteur et droits voisins sont protégés au titre du droit de propriété. Dans sa décision du 6 février 2015, il considère de même que ce sont « les portefeuilles de contrats ou de bulletins d'adhésion constitués par une personne dans l'exercice de l'activité d'assurance » qui sont protégés.

Par une décision du 13 février 2015, le Conseil constitutionnel est revenu sur les conditions de mise en œuvre de l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'expropriation constitue une privation du droit de propriété qui est régie par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Une telle privation suppose non seulement l'existence d'une nécessité publique ainsi qu'une juste et préalable indemnité. Ainsi, la décision du 13 février 2015 portait sur la conformité avec l'article 17 de la DDHC de l'article L. 15-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cet article, dans son ancienne rédaction, permettait dans certains cas à l'expropriant de prendre possession des biens avant indemnisation. C'est pourquoi, par une décision de 2012⁸, le Conseil constitutionnel l'avait censuré. En conséquence, le législateur a modifié la rédaction de cet article en vertu duquel « en cas d'appel du jugement fixant l'indemnité, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer qu'en cas d'infirmité, l'expropriant ne pourrait recouvrer tout ou partie des sommes qui lui seraient dues en restitution, celui-ci peut être autorisé par le juge à consigner tout ou partie du montant de l'indemnité supérieur à ce que l'expropriant avait proposé. » Autrement dit, si certains éléments laissent penser qu'il serait difficile de récupérer une partie de l'indemnité, l'expropriant peut décider de ne pas verser l'intégralité de l'indemnité fixée par le juge de première instance mais uniquement celle qu'il avait proposée tout en consignait l'écart entre

⁵ CC, 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014.

⁶ V. commentaire de la décision n° 2013-682 DC proposé sur le site du Conseil constitutionnel.

⁷ V. par exemple décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcool.

⁸ CC, 6 avril 2012, n° 2012-226 QPC.

ces deux sommes. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision, a admis ce dispositif sous la réserve que, dans le cas où le montant de l'indemnité fixée par le juge de première instance est finalement confirmé en appel, l'expropriant doit verser la différence qui avait été consignée,

*

mais également les intérêts afin de réparer le préjudice. Notons que l'ordonnance n° 2014-1345 du 6 novembre 2014 a abrogé l'article litigieux mais sa rédaction a été reprise *in extenso* à l'article L. 331-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

*

- BRÈVES -

Par Assia OURRAOUI

LÉGISLATION

LIBERTÉ CONTRACTUELLE - L'État encadre le recours aux partenariats public-privé pour certaines administrations

Loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, art. 34

À compter du 1^{er} janvier 2015 les hôpitaux, les établissements publics de santé, les structures de coopérations sanitaires dotées de la personnalité juridique ainsi que les organismes d'administration centrale tels que les administrations régionales de santé ou encore le CNRS, se voient interdire la conclusion directe de partenariats public-privé. Sont ainsi concernés les contrats de partenariat au sens de l'ordonnance de 2004, les autorisations d'occupation du domaine public, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) et les contrats de crédit-bail au sens des articles L. 313-7 à 11 du code monétaire et financier.

Afin de protéger ces organismes qui manquent d'expertise pour conduire ce type de négociations, l'État sera ainsi chargé de conclure en leur nom tous les contrats ayant pour objet « la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité

publique et destinée à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété ». À ce titre, tout projet de ce type sera contrôlé par le ministère de tutelle qui s'assurera de sa soutenabilité financière.

Un décret en Conseil d'État viendra fixer les conditions de l'intervention de l'État.

*

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE - Nouvelle procédure en matière d'urbanisme commercial

Décret n° 2015-165 du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial

Le décret d'application vient modifier la partie réglementaire du code de commerce relative à l'aménagement commercial afin de mettre en œuvre la nouvelle procédure prévue par l'article 39 de la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, dite « loi Pinel ».

Les procédures d'attribution d'un permis de construire et d'une autorisation d'exploitation commerciale ont ainsi été fusionnées. Des commissions départementales d'aménagement commercial sont chargées de l'attribution des autorisations d'exploitation. Leurs décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant une Commission nationale.

JURISPRUDENCE

PRINCIPE D'ÉGALITÉ - La tarification de la liaison TGV Lille-Paris ne méconnaît pas le principe d'égalité devant le service public

CE, 10 octobre 2014, TGV Nord-Lille-Paris, n° 368206

La région Nord-Pas-de-Calais avait introduit un recours en annulation de la décision prise par la SNCF relative à la tarification de la liaison TGV

Lille-Paris. Elle reprochait à cette décision de faire payer aux usagers, un tarif supérieur à celui pratiqué sur d'autres lignes à grande vitesse, et de méconnaître de ce fait le principe d'égalité des usagers devant le service public.

En l'espèce le Conseil d'État a commencé par rappeler qu'il résulte du cahier des charges de la SNCF, approuvé par le décret du n° 83-817 du 13 septembre 1983, qu'elle est habilitée à s'écarter du tarif de base « sur une relation déterminée lorsque celle-ci présente pour les usagers des avantages particuliers de rapidité et de confort ou est soumise à une forte concurrence de la part d'un

autre mode de transport ou d'un autre exploitant ferroviaire ». Le Conseil d'État a poursuivi son analyse en énonçant sa formule classique admettant des différences de traitement en présence de situations différentes. La Haute juridiction a finalement conclu à l'absence de violation du principe d'égalité en ce que la différence de tarif s'explique en l'espèce par les conditions d'exploitation ainsi que le confort particulier dont bénéficient les usagers de cette ligne « *assurée par des rames circulant à grande vitesse pendant la plus grande partie du parcours* ».

*

LIBERTÉ CONTRACTUELLE - Le Conseil constitutionnel a rappelé le rattachement du principe de liberté contractuelle à l'article 4 de la DDHC

CC, 9 octobre 2014, n° 2014-701 DC, Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt

Les requérants contestaient en l'espèce la possibilité offerte par la loi aux sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), de préempter la totalité des parts sociales d'une société ayant pour objet l'exploitation ou la propriété agricole, en ce qu'elle allait à l'encontre du principe d'*affectio societatis* et représentait donc une atteinte à la liberté contractuelle.

Le Conseil constitutionnel relève bien en l'espèce une violation de la liberté contractuelle et reprend à cette occasion son considérant de principe qui rattache cette liberté à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il avait opéré ce lien pour la première fois – et ainsi donné valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle – dans sa décision n° 99-419 du 9 novembre 1999 relative à l'examen de la loi instaurant le Pacte civil de solidarité. Les sages, en énonçant que « *la liberté contractuelle, découle de [l'] article 4 [de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen]* », confirment l'extension de la portée de cet article, désormais également garant de la liberté contractuelle.

*

DROIT DE PROPRIÉTÉ - Le Conseil constitutionnel a étendu le champ d'application du droit de propriété aux droits d'auteurs et droits voisins

CC, 21 novembre 2014, n° 2014-430 QPC, Mme Barbara D. et autres [Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction]

Le Conseil constitutionnel a commencé par rappeler la distinction entre la protection renforcée du droit de propriété assurée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en cas de privation de ce droit et celle, atténuée, de l'article 2 de la Déclaration susvisée en cas de simple atteinte à la propriété privée.

Les sages soulignent ensuite l'extension continue du champ d'application du droit de propriété à de nouveaux domaines, tels que celui de la propriété intellectuelle. En l'espèce, ils relèvent cependant « *que ni la protection constitutionnelle des droits de la propriété intellectuelle ni celle de la liberté contractuelle ne s'opposent à une règle selon laquelle la cession du support matériel de l'œuvre emporte cession du droit de reproduction à moins que les parties décident d'y déroger par une stipulation contraire; que, par suite, les griefs tirés d'une atteinte au droit de propriété et à la liberté contractuelle doivent être écartés* ».

*

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE - La LCI ne s'oppose pas à une fermeture administrative d'un établissement diffusant de la musique en cas d'atteinte répétée à l'ordre et à la tranquillité publique

CE, ord., 11 novembre 2014, n° 385452

Afin de confirmer l'arrêté préfectoral ayant prononcé la fermeture de l'établissement pour une durée de trois mois, le juge des référés a relevé une série de faits témoignant des nombreuses atteintes à l'ordre public dont cet établissement s'était rendu responsable. Il en a ainsi conclu, en opérant un contrôle de proportionnalité, « *qu'eu égard à leur nature et à leur caractère répété, ces faits caractérisent une atteinte à l'ordre et à la tranquillité publics en relation avec l'activité de l'établissement "Le White" de nature à justifier sa fermeture* ».

administrative ; qu'il suit de là que, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, le préfet de police n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté du commerce et de l'industrie qui, découlant de la liberté d'entreprendre, constitue une liberté fondamentale en ordonnant

la fermeture de l'établissement "Le White" pour une durée de trois mois qui n'est pas manifestement excessive ».

*

2. LES ACTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE

- I. FOCUS : RÉFORME FERROVIAIRE – LA NOUVELLE SNCF, UN GROUPE VERTICALEMENT INTÉGRÉ (p.13)
- II. ÉTAT ACTIONNAIRE – L'ANNÉE DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE (p.14)
- III. LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FACE AUX EMPRUNTS TOXIQUES (p.15)
- IV. BRÈVES (p.16)

RÉFORME FERROVIAIRE – La nouvelle SNCF, un groupe verticalement intégré

Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire ; Décrets d'application du 10 février 2015, n° 2015-137, n° 2015-138, n° 2015-139, n° 2015-140, n° 2015-141, n° 2015-142 et n° 2015-143

Par Benjamin ROOR

L'adoption des sept premiers décrets d'application de la loi du 4 août 2014 est l'occasion de revenir sur les points marquants de la réforme ferroviaire.

La loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire consacre la création du nouveau groupe public ferroviaire, désormais régi par les articles L. 2101-1 et suivants du code des transports. La création de cette organisation sous la forme d'un groupe institutionnel verticalement intégré, rattachant le gestionnaire d'infrastructure (« SNCF Réseau ») à l'exploitant historique (« SNCF Mobilités ») au sein d'une holding commune (« SNCF ») intervient à contre-courant des préconisations de la Commission européenne, qui projette d'imposer une séparation institutionnelle et patrimoniale entre les activités de gestionnaire de réseau et d'exploitant des services sur le réseau ferroviaire⁹. Une autre critique formulée à l'encontre de la réforme portait sur le choix du statut d'EPIC au lendemain de sa mise à mal par la Cour de justice au regard du droit des aides d'État¹⁰.

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)¹¹, comme l'Autorité de la concurrence¹², ont suivi de près les différentes étapes de la réforme, s'intéressant particulièrement à la question des garanties d'indépendance et d'impartialité que soulevait

l'émergence de ce nouveau groupe public ferroviaire. Il apparaît en effet indispensable, eu égard aux exigences concurrentielles, que soit garantie de manière efficace l'indépendance entre les différentes entités du groupe et plus particulièrement des entités en charge de la gestion du réseau (SNCF Réseau de manière générale et Gares & Connexions au sein de SNCF Mobilités concernant la gestion des gares de voyageurs).

Les autorités de régulation avaient identifié un risque d'immixtion de l'EPIC de tête, SNCF, dans les activités du gestionnaire, SNCF Réseau, dans la mesure où, d'une part, le conseil d'administration de SNCF Réseau comprenait pour un tiers de ses membres des représentants de SNCF et, d'autre part, la nomination de Président délégué du directoire de SNCF emporte nomination en qualité de Président du conseil d'administration de SNCF Réseau. L'Autorité de la concurrence avait alors préconisé que ni les représentants de SNCF dans SNCF Réseau, ni le Président du conseil d'administration de SNCF Réseau, ne prennent part aux votes qui concernent l'accès à l'infrastructure ferroviaire du réseau ferré national comprenant la répartition des capacités et la tarification de cette infrastructure. Cette proposition n'a cependant pas été reprise par les décrets d'application.

Toujours concernant l'indépendance du gestionnaire de réseau, l'ARAF déplorait le risque d'immixtion de SNCF dans les activités de gestionnaire d'infrastructure, recommandant de prévoir une véritable indépendance matérielle et géographique. Sur ce point néanmoins, le décret n° 2015-140 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Réseau est venu inclure un chapitre V intitulé « Indépendance des services responsables de l'accès à l'infrastructure ». Il y est prévu que « les services de SNCF Réseau

⁹V. en ce sens le projet de quatrième paquet ferroviaire proposé par la Commission européenne le 30 janv. 2013.

¹⁰CJUE, 3 avril 2014, République française c/ Commission, aff. C-559/12 P.

¹¹Autorité de régulation des activités ferroviaires, 27 novembre 2014, avis n°2014-025 sur le projet de décret relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités.

¹²Autorité de la concurrence, avis n°13-A-14 du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme et avis n° 15-À-01 du 6 janvier 2015 relatif aux projets de décrets pris pour l'application de la loi portant réforme ferroviaire.

responsables de l'accès à l'infrastructure du réseau ferré national bénéficiant de conditions matérielles qui leur assurent l'exercice indépendant de leurs missions vis-à-vis des entreprises exerçant une activité d'entreprise ferroviaire et notamment SNCF Mobilités ».

Un autre point litigieux soulevé par les autorités de régulation concernait l'imprécision de la définition des missions de SNCF, notamment en ce qui concerne les fonctions transversales et les fonctions mutualisées ainsi que le risque d'influence et de conflits d'intérêts possiblement engendrés. Il était relevé que les missions de l'EPIC de tête ainsi définies couvraient également des missions de nature opérationnelle. L'ARAF recommandait à cet égard l'élaboration d'une liste limitative des missions transversales afin que l'EPIC de tête n'exerce pas les missions relevant du gestionnaire d'infrastructure. Les décrets ont été l'occasion d'énumérer de manière plus précise les missions confiées à SNCF, sans pour autant emporter la conviction du régulateur, pour qui « certaines de ces missions restent peu définies dans les décrets » le risque étant « de voir s'élever des barrières à l'entrée pour les entreprises ferroviaires »¹³.

Enfin, concernant le point problématique de la gestion des gares de voyageurs, confiée en l'état à SNCF Mobilité dans l'attente d'un transfert à SNCF Réseau¹⁴, les décrets d'application¹⁵ organisent l'indépendance de Gares & Connexions au sein de SNCF Mobilité.

*

¹³ Autorité de régulation des activités ferroviaires, *Réforme ferroviaire : l'ARAF analyse les premiers décrets d'application*, Newsletter, 26 mars 2015.

¹⁴ Loi n° 2014-872, art. 29, VI.

¹⁵ Décret n° 2015-138 relatif aux missions et aux statuts de SNCF Mobilités, art. 24 à 30.

ÉTAT ACTIONNAIRE – L'année de l'État actionnaire

Par Alexandre RENNESSON

Au cours de l'année 2014-2015, l'État a mis en avant une politique active de l'actionnariat étatique, multipliant les opérations de cession et d'acquisition.

L'année 2014-2015 a été marquée par les nombreuses opérations de cession et d'acquisition réalisées par l'État actionnaire (environ 1,5 milliard d'euros de cessions et 1,2 milliard d'euros d'acquisitions depuis septembre 2014).

L'État a notamment fait usage des dispositifs introduits par la loi Florange¹⁶. L'article 5 de cette loi a généralisé le droit de vote double pour les actions des entreprises dont les titres sont admis sur un marché réglementé et qui sont inscrites au nominatif¹⁷ depuis plus de deux ans. Seule une clause inscrite dans les statuts lors de l'assemblée générale permet d'écarter l'instauration du droit de vote double. L'État, souhaitant bénéficier de ces droits de vote double dans les sociétés dont il est actionnaire, a donc mené des opérations d'acquisition de titres au printemps pour prévenir tout risque d'opposition lors des assemblées générales. C'est dans cette perspective qu'il a acquis en avril 2015, 4,73 % du capital de Renault (pour environ 1,2 milliard d'euros) et 1,7 % du capital d'Air France-KLM (environ 40 millions d'euros), en mai 2015.

La loi Florange a également permis à l'État de modifier sa participation dans le capital d'Engie. La loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie qui avait permis la privatisation de GDF Suez avait fixé la participation minimale de l'État au tiers du capital social. Toutefois, l'article 7 VI de la loi Florange dispose que cette obligation est remplie dès lors que l'État possède le tiers des droits de vote. Bénéficiant du mécanisme des droits de vote double, l'État a donc pu, durant l'été, céder 0,48 % du capital d'Engie, faisant ainsi passer sa participation en capital sous le tiers. Cette

¹⁶ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

¹⁷ Les actionnaires au nominatif sont inscrits directement sur les comptes tenus par la société par opposition aux actionnaires au porteur qui sont inscrits dans les comptes tenus par un intermédiaire financier et qui ne sont pas connus par la société.

cession ne pourrait être qu'un début, la presse ayant fait l'écho de la vente d'une partie de capital pouvant aller jusqu'à 10 %¹⁸.

La politique actionnariale de l'État dans le secteur de la Défense mérite également d'être mise en exergue. Celle-ci a été marquée par la poursuite de la cession des actions de l'État dans Safran (cession de 3,96 % du capital pour un milliard d'euros en mars 2015). L'État a ainsi conservé sa place d'actionnaire de référence grâce aux droits de vote double tout en dégageant des ressources afin de contribuer au désendettement. La politique actionnariale de l'État dans le secteur de la Défense a aussi été marquée, en novembre 2014, par son refus d'utiliser son droit de première offre sur les actions de Dassault Aviation détenus par Airbus Group. L'État aurait pu ainsi acquérir le bloc de 8 % du capital mis en vente par Airbus Group. Toutefois, l'État a préféré laisser le Groupe industriel Marcel Dassault acquérir ces actions et conclure avec ce groupe une convention d'une durée minimale de 20 ans afin de préserver les intérêts stratégiques nationaux que représente Dassault Aviation. Cette opération illustre un certain renouvellement de la politique actionnariale de l'État qui ne se focalise pas sur la seule détention de capital mais vise aussi à nouer des liens durables avec les autres actionnaires.

*

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES – Les collectivités territoriales face aux emprunts toxiques

Par Alexandre RENNESSON

Pour permettre aux collectivités territoriales de faire face à leurs dettes toxiques, plusieurs dispositifs ont été prévus ou sont entrés en vigueur ces derniers mois.

Le dispositif introduit au code général des collectivités territoriales (section 4 du chapitre I^{er} du titre I^{er} du livre VI) par le décret n° 2014-984 du 28 août 2014, destiné à encadrer les conditions d'emprunt des collectivités territoriales, de leurs groupements et des

¹⁸ «L'État pourrait prochainement céder des parts de GDF Suez, selon des analystes du secteur», *L'Usine nouvelle*, 16 décembre 2014.

services départementaux d'incendie et de secours, est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014. L'objectif de ce dispositif est de les empêcher d'avoir recours à des emprunts structurés trop risqués. Ainsi, les nouveaux contrats de prêts devront, notamment, être indexés sur les taux usuels de la zone euro. Cette mesure vise à éviter que des collectivités contractent, comme elles l'avaient fait avant la crise, des emprunts en francs suisses, avec des taux d'intérêt fluctuant, par exemple, en fonction du Libor, le taux du marché londonien. Par ailleurs, le taux d'intérêt est plafonné et ne peut être supérieur au double du taux le plus bas constaté dans les trois premières années de la vie de l'emprunt.

Par ailleurs, le début de l'année 2015 a été marqué par la forte hausse du franc suisse par rapport à l'euro ce qui a eu des conséquences graves pour certaines collectivités dont les emprunts sont indexés sur cette évolution. Par exemple, le département du Rhône a vu le taux d'intérêt des trois emprunts qu'il a contractés pour financer le musée des Confluences augmenter de respectivement 27,20 %, 20 % et 9 % pour une dette totale de 135 millions d'euros. Aussi, le gouvernement a annoncé le 24 février 2015 le doublement des capacités d'intervention du fonds de soutien aux emprunts à risque des collectivités territoriales. Ce fonds, créé par la loi de finances initiale pour 2014, avait jusqu'à présent une capacité d'intervention de 1,5 milliard d'euros cette capacité est donc désormais portée désormais à 3 milliards d'euros. Il vise à apporter une aide aux collectivités et à leurs groupements qui sont le plus fortement affectés par les emprunts structurés. Dans cette perspective, une doctrine d'emploi du fonds de soutien a été publiée en novembre 2014, par la Direction générale des finances publiques et la Direction générale des collectivités locales. Elle vise à définir les règles d'éligibilité au fonds de soutien, la fixation du pourcentage et du montant maximal de l'aide ainsi que les modalités de fixation et de versement de celle-ci. Le recours à ce fonds constitue un enjeu crucial pour l'État qui espère que les collectivités profiteront de l'aide et accepteront en contrepartie de mettre fin aux contentieux judiciaires les opposant à la SFIL (ayant succédé à Dexia). Au 30 avril 2015 (date limite de dépôt des dossiers), plusieurs centaines de collectivités avaient sollicité une aide du fonds de soutien.

*

- BRÈVES -

Par Alexandre RENNESSON

LÉGISLATIONS

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES - Nouvelle carte des régions

Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral et CC, 15 janvier 2015, n° 2014-709 DC

La loi n° 2015-29 met en place, notamment, la nouvelle carte des régions qui seront, à compter du 1^{er} janvier 2016, au nombre de douze en métropole, auxquelles il faut ajouter la collectivité territoriale de Corse. Alsace-Champagne-Ardenne-Lorraine, Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, Auvergne-Rhône-Alpes, Bourgogne-Franche-Comté, Languedoc-Roussillon-Midi-Pyrénées, Nord-Pas-de-Calais-Picardie et Normandie seront les nouvelles régions tandis que Bretagne, Centre, Île-de-France, Pays de la Loire et Provence-Alpes-Côte d'Azur resteront inchangées. Cette loi a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel qui a notamment écarté le moyen tiré de l'atteinte portée à la libre administration des collectivités territoriales et aux exigences constitutionnelles relatives à la consultation des collectivités territoriales. Au terme d'une période transitoire prenant fin au cours du premier semestre 2016, les nouvelles régions porteront un nouveau nom. De même, un premier décret pris avant le 31 décembre 2015 fixera un chef-lieu provisoire avant que le nouveau conseil régional issu des élections de décembre 2015 puisse donner son avis sur le futur chef-lieu définitif qui sera déterminé par décret en Conseil d'État.

*

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES - Réforme territoriale

Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation de la république (NOTRe) et CC, 6 août 2015, n° 2015-717 DC

La promulgation de la loi n° 2015-991 dite « loi NOTRe » marque l'aboutissement d'une nouvelle étape de la décentralisation. Objet d'une saisine parlementaire, l'article 59 a été partiellement censuré par le Conseil constitutionnel. Le mode d'élection et de répartition des sièges de représentants de Paris au conseil de la Métropole du Grand Paris a été déclaré contraire au principe d'égalité devant le suffrage. Cette loi permet tout d'abord le transfert de certaines compétences des départements vers les régions, à savoir les transports scolaires et les transports interurbains. En revanche, le transfert prévu par le gouvernement de la gestion des collèges, des routes, des ports et des transports pour enfants handicapés des départements vers les régions n'a pas été accepté par les parlementaires. Un autre thème de réforme est celui de l'intercommunalité. Le seuil des intercommunalités, aujourd'hui fixé à 5 000 habitants, va passer à 15 000 habitants. À partir de 2020, les compétences relatives à la gestion de l'eau et de l'assainissement seront transférées aux intercommunalités. Mais la volonté du gouvernement de favoriser le plan local d'urbanisme intercommunal et l'élection au suffrage universel direct sans fléchage des intercommunalités s'est heurtée au refus des sénateurs.

*

JURISPRUDENCES/DÉCISIONS AAI

ÉTAT ACTIONNAIRE - Continuité du service public du gaz et participation de l'État

CE, 11 février 2015, Fédération CFE-CGC Énergies, n° 384057

Par une décision du 11 février 2015, le Conseil d'État s'est prononcé sur le dispositif

introduit par la loi Florange autorisant l'État à descendre au-dessous du tiers du capital de l'entreprise Engie dès lors qu'il disposait de plus d'un tiers des droits de vote (voir précédemment). Les requérants avaient soulevé une question prioritaire de constitutionnalité considérant que ce dispositif, en ce qu'il permettait à l'État de baisser son niveau de participation, pouvait porter atteinte à la continuité du service public. Le Conseil d'État n'a pas accueilli cet argumentaire et a refusé de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Il a, en effet, souligné que la continuité du service public du gaz est assurée par diverses

dispositions du code de l'énergie imposant des obligations aux opérateurs gaziers, par l'action spécifique que possède l'État dans Engie et qui lui octroie des prérogatives spéciales et par les pouvoirs de police administrative dont dispose l'État et qui lui permettent, en cas de besoin, de procéder à toute réquisition de personnes, de biens ou de services. Aussi, la continuité du service public est, selon le Conseil d'État, garantie et ce, quel que soit le niveau de participation de l'État dans Engie.

*

AUTRES

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES – Les collectivités locales en chiffres 2015

Le 28 mai 2015, la direction générale des collectivités locales a publié la vingt-cinquième édition des Collectivités locales en chiffres. Voici quelques-uns des principaux chiffres issus de cette étude. Sur les 36 658 communes, 99,8 % sont couvertes par une intercommunalité à fiscalité propre, soit 94,0 % de la population. En 2013, les administrations publiques locales effectuaient 20,9 % de la dépense publique, réalisaient 58,8 % de l'investissement public et détenaient 9,4 % de la dette publique. En termes de ressources, la fiscalité locale représentait 75,9 milliards d'euros en 2014 (la taxe d'habitation et la taxe sur le foncier bâti représentant à elles seules deux tiers de ces ressources fiscales). Pour 2015, il est prévu que les transferts financiers de l'État aux collectivités territoriales représentent 101,4 milliards d'euros, dont 36,6 milliards d'euros de dotation globale de fonctionnement et 32,6 milliards d'euros de fiscalité transférée.

*

INVESTISSEMENT EUROPÉEN – Lancement du Fonds européen pour les investissements stratégiques

Une proposition de règlement établissant le Fonds européen pour les investissements stratégiques a été adoptée par la Commission le 13 janvier 2015 et est en cours de négociation. Ce fonds doit permettre de mettre en œuvre le plan d'investissement pour l'Europe présenté en

novembre 2014 par la Commission¹⁹ qui devrait mobiliser 315 milliards d'euros d'investissement public et privé d'ici la fin de l'année 2017.

*

SECTEUR FERROVIAIRE – Transformation de Thalys en entreprise ferroviaire

La SNCF et la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB) ont signé le 30 mars 2015 les accords permettant la transformation de Thalys en entreprise ferroviaire qui sera détenue à 60 % par la SNCF et à 40 % par la SNCB. Une entreprise ferroviaire est, d'après l'article 3-1 de la directive 2012/34, « une entreprise, à statut privé ou public, titulaire d'une licence conformément à la directive 2012/34, dont l'activité principale est la fourniture de prestations de transport de marchandises et/ou de voyageurs par chemin de fer, la traction devant obligatoirement être assurée par cette entreprise ». L'objectif de cette transformation est de permettre à Thalys de poursuivre son développement dans un contexte concurrentiel renforcé. Jusqu'à présent la SNCB, la SNCF (compagnie française) et la Deutsche Bahn (la compagnie ferroviaire allemande, DB) étaient co-actionnaires de Thalys (respectivement à hauteur de 29, 62 et 10 %) et avaient noué un partenariat avec la Nederlandse Spoorwegen (NS, la compagnie ferroviaire néerlandaise). Si la société Thalys était chargée de l'exploitation commerciale des trains, l'opération ferroviaire était réalisée par les quatre compagnies

¹⁹ Communication de la Commission du 26 novembre 2014, COM(2014)903.

ferroviaires, chacune étant responsable pour son pays. Désormais, la société Thalys pourra opérer en direct la mission de transport, ce qui implique des transferts de compétence en termes de gestion de la sécurité, gestion du planning, maintenance du matériel, *etc.*

*

SECTEUR FERROVIAIRE – Autorisation de la prise de contrôle exclusif d’Eurostar par SNCF Mobilités

La prise de contrôle exclusif d’Eurostar par SNCF Mobilités a été approuvée par la Commission européenne le 13 mai 2015 sous réserve que soient mis en œuvre les engagements permettant de faciliter l’accès de

nouveaux entrants pour les lignes desservies par Eurostar. Face aux craintes de la Commission que l’opération n’entrave l’accès pour des concurrents aux gares françaises et belges, la SNCF, Eurostar et la SNCB ont pris des engagements qui ont convaincu la Commission. Depuis sa création en 2010, la société Eurostar était détenue conjointement par la SNCF, le gouvernement britannique et par la SNCB (à hauteur de 5 %). Le gouvernement britannique ayant annoncé le 4 mars 2015 avoir cédé sa participation de 40 % à un consortium anglo-canadien, la SNCF a elle négocié un nouveau pacte d’actionnaires lui conférant le contrôle exclusif sur Eurostar.

*

3. RÉGULATION

- I. FOCUS : LA RÉGULATION DES TAXIS ET DES VOITURES DE TRANSPORT AVEC CHAUFFEUR (p.20)
- II. LA LOI POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES ADOPTÉE APRÈS UNE ANNÉE DE CRISPATIONS (p.21)
- III. CONCESSIONS AUTOROUTIÈRES – LUMIÈRES SUR LE DÉSÉQUILIBRE DES RAPPORTS ENTRE L'ÉTAT ET LES SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES (p.22)
- IV. PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES – LE DROIT DE PRÉSENTATION CONSERVE (p.23)
- V. PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES — CE QU'*IN FINE* PRÉVOIT LA LOI MACRON (p.23)
- VI. TARIFS RÉGLEMENTÉS DE VENTE D'ÉLECTRICITÉ ET DE GAZ NATUREL (p.24)
- VII. REDEVANCES AÉROPORTUAIRES – INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ DE SUPERVISION INDÉPENDANTE (p.25)
- VIII. COUR DES COMPTES – L'OUVERTURE À LA CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ (p.26)
- IX. COUR DES COMPTES – LES RÉSEAUX DE TRANSPORTS PUBLICS URBAINS DE VOYAGEURS (p.27)
- X. ÉNERGIE – ADOPTION DE LA LOI SUR LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE (p.27)
- XI. BRÈVES (p.29)

-FOCUS-

TRANSPORTS – La régulation des taxis et des voitures de transport avec chauffeur

Par Alexandre RENNESSON

Tandis que la loi du 1^{er} octobre 2014 avait mis en place plusieurs mécanismes pour réguler l'activité des voitures de transport avec chauffeur (VTC), la suite de l'année 2014-2015 a été marquée par plusieurs décisions jurisprudentielles.

La loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur (dite loi « Thévenoud ») a été votée afin de redéfinir les contours de la profession de taxi et encadrer la profession de VTC. S'agissant des taxis, la loi a eu pour objectif de mieux prendre en compte le rôle joué par Internet et a ainsi mis en place un registre de disponibilité des taxis sur la base du volontariat. Quant aux VTC, ils ne peuvent plus accepter de courses que par le biais de la réservation préalable. Par ailleurs, les VTC sont désormais contraints de retourner au siège de leur entreprise à moins qu'ils ne justifient d'une réservation préalable ou d'un contrat avec le client final (interdiction de la « maraude électronique »). Enfin, la loi prévoit que les licences délivrées aux taxis après la promulgation de la loi ne pourraient plus être cédées et qu'elles seraient valables cinq ans. Le décret n° 2014-1725 du 30 décembre 2014 relatif au transport public particulier de personnes est venu préciser les conditions d'application de la loi dite « loi Thévenoud ».

Dans un avis du 7 janvier 2015²⁰, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur ce décret d'application de la loi du 1^{er} octobre et, indirectement, sur le dispositif mis en place par cette loi. De manière générale, l'Autorité de la concurrence a critiqué l'incohérence consistant à instaurer des réglementations contraignantes en termes économiques afin de permettre le respect de principes de police (à savoir l'interdiction de la maraude et l'occupation du domaine public par les VTC).

S'agissant de l'obligation du retour au siège pour les VTC, l'Autorité a notamment souligné qu'il est préoccupant que la lutte légitime contre

²⁰ Avis n°14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes.

la maraude, relevant du monopole des taxis, risque d'avoir pour conséquence de fausser la concurrence sur le marché de la réservation préalable ouvert à la concurrence. L'Autorité a considéré à cet égard que d'autres mesures seraient plus efficaces et moins nocives pour la concurrence sur le marché de la réservation préalable comme la généralisation de la surveillance vidéo, l'accès sécurisé aux zones de prise en charge dans les aéroports et gares pour les VTC ou encore la mise en place de portiques qui permettent, dans ces zones, de vérifier à distance les temps d'attente. L'Autorité a pointé d'autres difficultés à prévoir concernant les exceptions au retour au siège pour les VTC, la garantie bancaire imposée aux VTC et l'alourdissement des charges administratives.

Le Conseil constitutionnel a également pris plusieurs décisions portant sur la régulation du transport public individuel.

Par une décision n° 2014-422 QPC du 17 octobre 2014, le Conseil constitutionnel a rejeté une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) d'un syndicat de taxis qui contestait la conformité de la réservation de VTC par des moyens électroniques aux principes à valeur constitutionnelle de liberté d'entreprendre et d'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel a noté, tout d'abord, que les activités de transport individuel sur réservation et celle de maraude étaient distinguées par le législateur. Il a considéré ensuite que la deuxième activité était réservée aux taxis pour des motifs d'ordre public tandis que, pour la première activité, le principe d'égalité n'imposait pas que les taxis et VTC soient traités différemment.

Par une décision n° 2014-468/469/472 QPC concernant les mesures mises en place par la loi du 1^{er} octobre, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur trois QPC portant sur les dispositions législatives régulant l'activité des VTC. Les deux premières QPC portaient sur les

dispositions du Code du tourisme réservant la maraude aux taxis. Ainsi, était contestée la conformité à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi de l'interdiction d'informer simultanément le client de la localisation et de la disponibilité du véhicule situé sur la voie publique. Le Conseil constitutionnel a rejeté l'argumentation des VTC soulignant que les sociétés de VTC pouvaient fournir séparément des informations sur la disponibilité et la localisation des VTC (mais pas simultanément) et qu'elles pouvaient informer les clients du temps d'attente. En conséquence, il a jugé qu'en égard à l'objectif de maintien de l'ordre public, les restrictions portées à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi des VTC n'étaient pas manifestement disproportionnées.

Était également contestée l'interdiction aux VTC d'user de certains modes de tarification, notamment la tarification kilométrique sur le modèle des taxis. Le Conseil constitutionnel a accueilli cette contestation, considérant que cette interdiction constituait une atteinte à la liberté d'entreprendre des VTC qui n'était pas justifiée par un motif d'intérêt général.

Enfin, le Conseil constitutionnel a considéré qu'était conforme à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi, l'obligation de retour au siège pour les VTC, sous réserve que les taxis se voient appliquer cette obligation lorsqu'ils ne sont pas dans leur zone de stationnement.

Notons, en outre, que le Conseil d'État a, dans une décision du 17 décembre 2014²¹, confirmé son ordonnance de référé²² suspendant l'obligation pour les VTC de respecter un délai de quinze minutes entre la réservation du véhicule et la prise en charge effective du client, en annulant le décret qui avait instauré cette obligation.

*

²¹ CE, 17 décembre 2014, Société Allocab et autres, n°374525 et 374553.

²² CE, 5 février 2014, Société Allocab et autres, n°374525 et 374554.

LOI MACRON - La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques adoptée après une année de crispations

Par Benjamin ROOR

La Loi Macron a été adoptée définitivement le 10 juillet 2015²³, l'occasion de revenir sur l'année mouvementée qui a précédé son adoption et sur les mesures phares qu'elle contient.

La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron ») aura été l'objet d'une bataille parlementaire longue et animée par les nombreux débats qu'elle a suscités. Qualifiée par certains de « loi fourre-tout », la loi Macron a pour ambition de stimuler l'économie en portant un certain nombre de réformes.

Le projet de loi, présenté au Conseil des ministres le 10 décembre 2014, rencontra de nombreux obstacles, poussant le Gouvernement à user à plusieurs reprises de l'article 49-3 de la Constitution afin de parvenir à son adoption définitive par l'Assemblée nationale.

La loi Macron s'organise en trois titres : Libérer l'activité (Titre I) ; Investir (Titre II) ; et Travailler (III).

Le Titre I - « Libérer l'activité » - vise à favoriser la concurrence sur l'ensemble du territoire français et dans tous les secteurs de l'économie. Parmi les mesures les plus marquantes, il est possible de citer celles relatives aux conditions d'exercices des professions juridiques réglementées²⁴ ; l'ouverture à la concurrence des lignes d'autocar interurbaines ; le renforcement de la régulation des activités routières (notamment les tarifs des péages autoroutiers) ou encore l'instauration d'une plus grande concurrence entre les grandes surfaces. Concernant ce dernier point, une enseigne de commerce de détail détenant une position dominante et pratiquant des prix et des marges élevés pourra dans l'absolu se voir obliger par l'Autorité de la concurrence de céder

²³ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, page 13537.

²⁴ V. infra l'article que nous avons spécialement consacré à ce sujet.

certaines de ses actifs (par exemples, certains de ses magasins).

Le Titre II - « Investir » - tend à simplifier le cadre juridique relatif à l'intervention de l'État actionnaire dans le but de la rendre plus efficace. Ce titre s'intéresse également à l'épargne salariale aux fins de renforcer l'actionnariat salarié.

Le Titre III - « Travailler » - contient parmi ses dispositions, l'une des mesures ayant suscité le plus de crispations : le travail dominical. Les maires pourront désormais autoriser chaque établissement de commerce de détail à ouvrir sept dimanches dans l'année, en plus des cinq dimanches pour lesquels l'ouverture dominicale est autorisée eu égard à l'existence d'évènements particuliers du calendrier. De plus, dans les zones touristiques internationales qui seront créées, les commerces pourront ouvrir toute l'année le dimanche et en soirée, sous réserve toutefois d'un accord avec leur syndicat. Ce titre contient un autre volet visant à rénover la justice prud'homale.

*

CONCESSIONS AUTOROUTIÈRES - Lumières sur le déséquilibre des rapports entre l'État et les sociétés cessionnaires

Par Émilie COSTE

L'accord trouvé le 9 mars 2015 entre l'État et les sociétés concessionnaires marque la fin d'un débat entamé après l'avis de l'Autorité de la Concurrence du 18 avril 2014 qui avait livré une analyse critique sur le secteur des autoroutes concédées, révélant/relevant notamment un rapport de force en défaveur de l'État.

Le déséquilibre des rapports, dans le secteur des autoroutes concédées, entre les sociétés concessionnaires et l'État, avait déjà fait l'objet d'un rapport de la Cour des comptes en 2013 dans la continuité duquel s'inscrit l'avis de l'Autorité de la concurrence du 18 avril 2014. Saisie par la commission des Finances de l'Assemblée nationale pour avis, l'Autorité a livré une analyse critique de l'évolution du secteur suite aux privations en 2006 des anciennes sociétés d'économie mixtes.

Parmi les travers mis en lumière, l'autorité s'est intéressée au rôle de régulateur de l'État des concessionnaires « historiques ». Elle a estimé

que leur monopole géographique se caractérise par une rentabilité exceptionnelle résultant, notamment, d'une augmentation continue des tarifs des péages. Selon elle, cette rentabilité n'apparaît justifiée ni par les coûts ni par les risques auxquels ces sociétés sont exposées. Afin de réduire cette dernière dans l'intérêt des usagers et du concédant, l'Autorité de la concurrence a recommandé, en contrepartie de la prolongation de leurs concessions, une indexation du tarif des péages rendant possible une baisse des tarifs en cas de forte hausse du trafic ainsi que des clauses de réinvestissement et de partage des bénéfices.

Par suite, le débat avait glissé sur le terrain politique.

Deux rapports concomitants de l'Assemblée nationale et du Sénat du 17 décembre 2014 avaient constaté un déséquilibre profond dans les contrats de concessions autoroutières, préconisant une reprise en main par l'État de l'écosystème autoroutier français. Toutefois, les recommandations des sénateurs et des députés différaient quant aux moyens à mettre en œuvre. L'Assemblée nationale privilégiait pour sa part la voie de la dénonciation des concessions en cours et la création d'un établissement public économique et commercial auquel seraient rattachés les concessionnaires historiques. Celui-ci aurait eu pour mission de rembourser leurs créanciers et de percevoir le produit des péages. Les sénateurs, quant à eux, préconisaient un mouvement en plusieurs temps par le rachat d'une concession, après une évaluation du bilan coûts et avantages, avant l'étape plus « radicale » du rachat généralisé.

Après avoir gelé les tarifs de péages autoroutiers par un arrêté du 27 janvier 2015, le gouvernement a finalement choisi la voie des négociations en trouvant un accord, le 9 mars 2015, avec les sociétés concessionnaires dans lequel les sociétés ont concédé un plan de relance autoroutier de 3,2 milliards d'euros en échange d'un allongement moyen de deux ans de la durée de leurs concessions.

*

PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES – Le droit de présentation conservé

CC, 21 novembre 2014, n° 2014-429 QPC & CC, 26
mars 2015, n° 2015-459 QPC

Par Benjamin ROOR

Par deux décisions en date du 21 novembre 2014 et du 26 mars 2015, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution le droit de présentation tant des notaires que des greffiers des tribunaux de commerce. De plus, la Loi Macron a abandonné toute idée de le supprimer.

Dans la ligne de mire d'Arnaud Montebourg lorsqu'il était ministre de l'Économie, les professions réglementées dans le domaine du droit ont focalisé toutes les attentions. Alors que l'ex-ministre entendait supprimer le droit de présentation propre à certaines de ces professions (avec les notaires en première ligne), le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité des droits de présentation existant en matière de professions juridiques réglementées.

C'est ainsi que le juge constitutionnel a jugé conforme le droit de présentation des notaires à la Constitution²⁵. Il était argué que la faculté pour un notaire titulaire d'un office de présenter son successeur à l'agrément du garde des Sceaux méconnaîtrait le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics et celui d'égalité devant la commande publique et devant l'emploi public garanti par les articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Le Conseil constitutionnel a écarté cette argumentation au motif d'une part, que « *les notaires titulaires d'un n'occupent pas des "dignités, places et emplois publics" au sens de l'article 6 de la [DDHC]* » et d'autre part, que « *la nomination d'un notaire ne constitue pas une commande publique* » de sorte que les principes invoqués ne trouvaient à s'appliquer.

Interrogé peu après sur le droit de présentation des greffiers des tribunaux de commerce à la Constitution, le Conseil

²⁵ CC, 21 novembre 2014, n° 2014-429 QPC.

constitutionnel, reprenant le même raisonnement que dans la décision précédente, a jugé ce droit de présentation conforme à la Constitution et, notamment, aux articles 6 et 14 de la DDHC²⁶. Le requérant invoquait également à l'appui de sa QPC l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui impose la nationalisation d'un service public national ou d'un monopole de fait. Néanmoins, le Conseil constitutionnel juge que la méconnaissance de cette disposition ne peut en elle-même être invoquée à l'appui d'une QPC.

Ces deux décisions ainsi que le coût qu'impliquerait la suppression du droit de présentation des professions réglementées, les notaires ayant réclamé à eux seuls en pareille hypothèse une indemnisation à hauteur de 8 milliards d'euros pour la profession, ont conduit à la suppression du droit de présentation dans le projet de loi Macron.

*

PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES — Ce qu'in fine prévoit la Loi Macron

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance,
l'activité et l'égalité des chances économiques²⁷
CC, 5 août 2015, n° 2015-715 DC²⁸

Par Benjamin ROOR

Abandon de la création de la profession d'avocat en entreprise ; liberté d'installation des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires ; encadrement de certains tarifs réglementés et incitation à l'inter-professionnalité : voilà ce qu'il faut retenir de la loi Macron sur les professions juridiques réglementées.

Il faut tout d'abord noter que le texte adopté ne prévoit plus, contrairement au projet de loi, la

²⁶ CC, du 26 mars 2015, n° 2015-459 QPC.

²⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n° 0181 du 7 août 2015 page 13537.

²⁸ CC, 5 août 2015, n° 2015-715 DC Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

création de la profession d'avocat en entreprise. Cela fait suite aux vives critiques ayant émané de la profession d'avocat en raison du caractère inconciliable de ce statut avec les règles de déontologie et avec la liberté que doit conserver l'avocat dans l'exercice de son art. Ce nouveau statut aurait permis à un juriste d'entreprise titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat d'apporter à son entreprise un conseil juridique couvert par le secret professionnel lié à la qualité d'avocat.

Ensuite, si l'idée de supprimer le droit de présentation a finalement été abandonnée, la loi Macron vient poser le principe de la liberté d'installation des notaires, huissiers de justice et des commissaires-priseurs. La finalité est de permettre un rajeunissement de ces professions et de laisser le choix aux jeunes diplômés de racheter la charge d'un prédécesseur ou de créer un nouvel office. Elle est limitée aux seules « zones où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services »²⁹, étant précisé que ces zones sont identifiées par les ministres de la Justice et de l'Économie sur proposition de l'Autorité de la concurrence.

Autre point important, la loi introduit désormais des « tarifs réglementés applicables aux prestations des commissaires-priseurs judiciaires, des greffiers de tribunal de commerce, des huissiers de justice, des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires et des notaires »³⁰. Ces tarifs réglementés ne concernent toutefois pas les prestations que les professionnels susvisés exercent en concurrence avec d'autres professionnels qui ne sont pas soumis à un tarif réglementé. Concernant la fixation de ces tarifs, la loi précise qu'ils doivent prendre « en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs »³¹.

La dernière innovation qui mérite d'être mise en exergue est l'incitation à l'inter-professionnalité qu'opère la loi. Ainsi, cette dernière autorise le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures légales pour « faciliter la création de sociétés ayant pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaire-priseur judiciaire, d'huissier de justice, de notaire, d'administrateur

²⁹ *Ibid.* art. 52-I.

³⁰ *Supra* note 27. art. 50-I 1°) portant modification du code de commerce et création de l'art. L444-1.

³¹ *Ibid.* art. 50-I 1°) portant modification du code de commerce et création de l'art. L444-2.

judiciaire, de mandataire judiciaire, de conseil en propriété industrielle et d'expert-comptable »³².

Enfin, le Conseil constitutionnel a validé la conformité de la majorité des nouveaux dispositifs mis en place à l'exception du mécanisme spécifique d'indemnisation des titulaires d'offices et de la taxe dite « contribution à l'accès au droit ». Le premier était destiné à mettre à la charge du titulaire d'un nouvel office l'atteinte potentielle à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé, en rupture du principe d'égalité devant les charges publiques³³. La seconde mesure a fait l'objet d'une censure au visa de l'article 34 de constitution « en habilitant le pouvoir réglementaire à fixer les règles concernant l'assiette de la taxe contestée, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence »³⁴.

*

TARIFS RÉGLEMENTÉS DE VENTE D'ÉLECTRICITÉ ET DE GAZ NATUREL – Le Conseil d'État et l'Autorité de la concurrence ont approuvé les nouvelles dispositions en matière de tarifs réglementés

Avis n° 14-A-14, 26 septembre 2014 ; CE, ord. référé, 7 janvier 2015, ANODE, n° 386076 ; CE, 15 décembre 2014, ANODE, n° 370321 ; CE, avis, 16 septembre 2014, n° 389174

Par Assia OURRAOUI

Dans un contexte de libéralisation des marchés de l'électricité et du gaz naturel imposé par le droit communautaire, les nouvelles règles de fixation des tarifs réglementés de vente de gaz et d'électricité ont fait l'objet de plusieurs décisions et avis favorables au cours de l'année écoulée.

Les nouvelles règles adoptées en matière de tarifs réglementés ont fait l'objet de demandes d'avis par le gouvernement ainsi que de plusieurs

³² *Ibid.* art. 65 2°) autorisant le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions légales nécessaires dans un délai de huit mois à compter de la promulgation de la loi.

³³ *Supra* note 28, au para. 77-78.

³⁴ *Ibid.*, au para. 51.

recours de l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE).

En matière d'électricité, de nouvelles règles de fixation des tarifs ont été adoptées par le décret n° 2014-1250 du 28 octobre 2014 et l'arrêté du 30 octobre 2014.

L'Autorité de la concurrence ainsi que la Commission de régulation de l'énergie ont accueilli de manière globalement favorable le décret, notamment en ce qu'il substituait à une méthode de calcul des prix fondée sur les coûts comptables, une méthode d'empilement des coûts destinée à favoriser la concurrence. L'Autorité a également préconisé un contrôle périodique de ladite méthode, qui « *bien qu'orientée vers la contestabilité, continue d'assurer la couverture des coûts supportés par EDF pour la fourniture de ces tarifs* ».

Quant à l'arrêté, objet d'un recours en référé à l'initiative de l'ANODE, le Conseil d'État n'y a relevé qu'une disposition susceptible de créer un doute sérieux sur sa légalité, celle relative à la fixation des tarifs « verts » dont « *l'augmentation serait d'un niveau manifestement insuffisant pour assurer le rattrapage des écarts tarifaires passés* ». Néanmoins le juge a rejeté la demande de suspension en ce que la condition d'urgence n'était pas caractérisée.

Concernant les tarifs réglementés du gaz, tandis que la section contentieuse du Conseil d'État a décidé, par un arrêt du 15 décembre 2014, de renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la conformité de la réglementation française au droit communautaire, sa section consultative a rendu, le 16 septembre 2014, un avis sur l'éligibilité des personnes publiques à l'offre transitoire faisant suite à la suppression progressive de ces tarifs pour le client non domestique. Dans cet avis, le Conseil d'État a approuvé la disposition prévoyant le basculement automatique vers une offre de marché du fournisseur historique pour les consommateurs n'ayant pas conclu de nouveau contrat à la date de caducité de leur contrat initial afin d'éviter une interruption brutale de la fourniture de gaz. Ainsi, ce délai de six mois laissé « *aux pouvoirs adjudicateurs pour passer un nouveau marché [...] est compatible avec les délais exigés par les autres procédures de passation des marchés de fournitures* ».

*

REDEVANCES AÉROPORTUAIRES – Indépendance de l'autorité de supervision indépendante

CE, 29 avril 2015, SCARA, n° 37974

Par Alexandre RENNESSON

Par une décision du 29 avril 2015, le Conseil d'État a considéré que la désignation de la direction du transport aérien (DTA) au sein de la direction générale de l'aviation civile (DGAC) comme autorité de supervision indépendante (ASI) en matière de redevances aéroportuaires ne respectait pas l'exigence d'indépendance prévue par le droit européen. Il a enjoint le Premier ministre à prendre de nouvelles dispositions dans un délai de huit mois.

L'article 11 de la directive 2009/12/CE sur les redevances aéroportuaires impose la mise en place d'une ASI intervenant, notamment, en cas de désaccord entre une entité gestionnaire d'aéroport et un usager d'aéroport sur une décision relative aux redevances aéroportuaires. Cette ASI doit présenter des garanties d'indépendance : elle doit être « *juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens* » et dans le cas où l'État est propriétaire ou contrôle des aéroports, des entités gestionnaires d'aéroports ou des transporteurs aériens, il doit veiller « *à ce que les fonctions liées à cette propriété ou à ce contrôle ne soient pas confiées à l'autorité de supervision indépendante* ».

Le décret n° 2011-1965 a transposé la directive 2009/12 en créant l'article R. 224-3-2 du code de l'aviation civile qui prévoit que la DTA au sein de la DGAC (une direction du ministère des Transports) joue le rôle d'ASI.

Saisi par un syndicat de compagnies aériennes d'un recours portant sur le refus du Premier ministre d'abroger l'article R. 224-3-2, le Conseil d'État a considéré que la désignation d'une direction ministérielle ne peut être compatible avec la directive que si des garanties d'indépendance sont apportées, eu égard notamment aux participations que détient l'État dans le capital social d'une compagnie aérienne (Air France), d'entités gestionnaires d'aéroports (ADP) et au fait qu'il est propriétaire de plusieurs aéroports (Lyon, Nice, etc.). Or, le Conseil d'État a estimé que les garanties présentées par l'État,

notamment le fait que les activités d'actionnaire et de gestionnaire du domaine aéroportuaire soient confiées à des directions distinctes de la DTA (respectivement à l'Agence des participations de l'État et à France Domaine) étaient insuffisantes. En conséquence, il a annulé la décision refusant d'abroger le décret et a enjoint le Premier ministre de prendre des dispositions pour se conformer au droit européen.

Notons que le défaut d'indépendance résultant de la désignation de la DTA avait été relevé, dès 2011, par l'Autorité de la concurrence. En pratique, la France est l'un des seuls États membres à ne pas avoir désigné une autorité administrative indépendante comme ASI.

Pour le moment, le gouvernement n'a pas indiqué quelles seraient les mesures envisageables pour que l'ASI satisfasse l'exigence d'indépendance.

*

COUR DES COMPTES – L'ouverture à la concurrence sur le marché de l'électricité

Par Assia OURRAOUI

Dans son rapport annuel 2015, la Cour des comptes a dénoncé les obstacles à l'ouverture à la concurrence sur le marché de l'électricité.

Dans son rapport annuel publié le 11 février 2015, la Cour des comptes a dressé, comme à l'accoutumée, une longue liste de dysfonctionnements allant de la gestion des agences de l'eau à la rémunération des fonctionnaires d'outre-mer en passant par les partenariats public-privé des collectivités territoriales ou encore le coût lié à la construction du ? MuCEM. Mais en matière de politiques publiques, sa critique des conditions d'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité mérite une attention particulière.

Selon la Cour des comptes, le manque d'information des consommateurs ainsi que la rigidité des prix sur le marché de l'électricité conduisent *de facto* à empêcher les fournisseurs alternatifs de proposer des offres concurrentielles, afin de se démarquer des fournisseurs historiques. Il en résulte, en pratique, un blocage de l'ouverture du marché à la concurrence.

Pour remédier à ce constat, la Cour estime qu'une meilleure information du public sur l'ouverture à la concurrence est indispensable, s'agissant des consommateurs particuliers et des petites entreprises. Elle note en effet qu'au contraire, « *les grands industriels fortement consommateurs se sont rapidement inscrits dans la logique de l'ouverture* ». Les sages en appellent notamment à la mise en place d'une véritable stratégie de communication des fournisseurs et des entités publiques, mais encore à la généralisation du compteur électrique communicant Linky, qui permettrait aux fournisseurs de proposer des offres adaptées au profil de chaque consommateur.

La Cour invite enfin le législateur à se saisir de la question. Elle plaide notamment, au même titre que la Commission de régulation de l'énergie (CRE), pour plus d'indépendance entre EDF et sa filiale ERDF en charge du réseau de distribution. La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte ne contient cependant aucune disposition allant

dans le sens d'un renforcement de la séparation juridique entre les deux sociétés.

*

COUR DES COMPTES – Les réseaux de transports publics urbains de voyageurs

Par Assia OURRAOUI

Dans son rapport annuel 2015, la Cour des comptes préconise l'adoption de mesures sur l'offre et la demande afin de parvenir à un équilibre financier en matière d'exploitation des réseaux de transports publics urbains de voyageurs. Elle s'est également prononcée sur la question du réseau de trains Intercités.

Le rapport annuel de la Cour des comptes dénonce notamment le déséquilibre financier des réseaux de transports publics urbains de voyageurs et propose un certain nombre de mesures pour y remédier.

La Cour a relevé un certain nombre de dysfonctionnements, tel qu'un taux de productivité insuffisant lié à « *des conditions de travail accommodantes* » pour les salariés de ces réseaux. Ces derniers bénéficient en effet d'une rémunération qui augmente plus vite que l'inflation, travaillent souvent moins de 35 heures par semaine et se distinguent par un fort taux d'absentéisme. Elle a également noté une baisse du taux de couverture des coûts par les usagers. La situation est selon elle d'autant plus inacceptable que ces services représentent un coût extrêmement important pour les collectivités en période de restrictions budgétaires.

Les Sages ont ainsi estimé que « *le rétablissement durable de l'équilibre des services de transport public urbain de voyageurs est subordonné à la mise en œuvre rapide de mesures allant dans trois directions* ». Premièrement, une « *incitation à l'utilisation des transports en commun* », deuxièmement, « *la maîtrise des dépenses d'exploitation et d'investissement* » et enfin, « *un accroissement de la contribution des usagers au financement du service* ».

La Cour des comptes a en outre préconisé une réorganisation des réseaux ainsi qu'une meilleure lutte contre la fraude, tout en ajoutant que « *par-delà les efforts à réaliser sur les coûts et*

la hausse des tarifs, le rétablissement durable de l'équilibre financier des réseaux passe par leur rationalisation : il s'agit d'optimiser le service en répondant à la demande de mobilité de la population, à un coût raisonnable pour la collectivité ».

Enfin, les Sages ont par ailleurs insisté sur le nécessaire maintien du réseau de trains Intercités, pour des raisons d'aménagement du territoire. Toutefois, ils estiment qu'un tel maintien ne sera possible que s'il est accompagné d'une réelle stratégie afin d'accroître sa rentabilité. Sensible à ces critiques, l'État a annoncé un investissement de 1,5 milliard d'euros pour le renouvellement des trains Intercités le 7 juillet 2015.

*

ÉNERGIE – Adoption de la loi sur la transition énergétique

Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

Par E. COSTE & A. RENNESSON

La loi inscrit dans le code de l'énergie les grands axes de la politique énergétique française que sont notamment le développement d'une économie compétitive, la sécurité d'approvisionnement, la protection de l'environnement et la cohésion sociale et territoriale. Sont également énoncés les objectifs du nouveau modèle énergétique français : réduction des émissions des gaz à effet de serre de 40 % à l'horizon de 2030, réduction de la consommation énergétique finale de 50 % en 2050 par rapport à 2012, augmentation de la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique, et surtout diminution à 50 % de la part du nucléaire à l'horizon 2025.

Afin de concrétiser ces ambitions, les mesures prises se déploient sur un large champ d'activités. Un certain nombre de mesures d'application immédiate concernent en particulier la rénovation des bâtiments, les économies d'énergie et le développement de transports propres. D'autres mesures qui entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2016 visent notamment à promouvoir l'économie circulaire, modèle de développement économique dont l'objectif est de produire des biens et des services durables en limitant la consommation et le

gaspillage des matières premières. D'autres dispositions qui entreront en vigueur en 2016 portent sur la sûreté nucléaire, les réseaux électriques ou le droit des consommateurs.

Très peu de mesures d'importance portent directement sur le secteur de l'énergie, si ce n'est la confirmation de la procédure d'autorisation unique des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) jusqu'alors expérimentée. Cette mesure vise à favoriser le développement du parc éolien (les éoliennes étant des ICPE) en réunissant dans l'autorisation unique un ensemble de formalités administratives auxquelles doivent se soumettre

les producteurs d'éoliennes (permis de construire, autorisation de défrichage, etc.).

Pays hôte de la conférence sur le Climat de décembre 2015, la France par ce nouveau modèle énergétique souhaite se placer en exemple européen. Aussi le ministère a annoncé la publication sous six mois de l'ensemble des textes d'application nécessaires, soit une centaine de décrets et une cinquantaine d'ordonnances.

*

- BRÈVES -

Par Alexandre RENNESSON

LÉGISLATIONS

RÉGULATION BANCAIRE – Adaptation du droit français au mécanisme de surveillance unique

Ordonnance n° 2014-1332 du 6 novembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au mécanisme de surveillance unique des établissements de crédit

L'ordonnance n° 2014-1332 du 6 novembre 2014 permet d'adapter le droit français au mécanisme européen de supervision unique³⁵. Elle précise notamment les modalités de coopération entre l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et la Banque centrale européenne (BCE) désormais compétente pour la supervision des groupes bancaires les plus importants. Ainsi, c'est désormais la BCE qui va contrôler les 10 groupes bancaires français identifiés comme importants. La coopération entre l'ACPR et la BCE prendra notamment la forme d'équipes de supervision conjointe et l'ACPR participera à l'élaboration des décisions du Conseil de surveillance de la BCE.

Le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2014-1332 a été déposé au Sénat le 11 février, mais n'a toujours pas fait l'objet d'une première lecture.

*

VIE DES ENTREPRISES – Adoption de mesures pour simplifier les démarches à suivre pour les entreprises

Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises

Rapport « La négociation collective, le travail et l'emploi » de Jean-Denis Combrexelle

La loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 permet d'adopter diverses mesures en matière

³⁵ Mécanisme régi par le règlement (UE) n°2014/2013 du Conseil du 15 octobre 2013.

de droit du travail, de procédures administratives, d'urbanisme ou de droit fiscal ayant pour vocation de simplifier les démarches et procédures que doivent suivre les entreprises. Un certain nombre de mesures sont déjà applicables comme l'article 6 de la loi qui vise à pérenniser le contrat à durée déterminée à objet défini ou l'article 3 qui ajoute un article L. 6243-1-2 au Code du travail afin de permettre à Pôle Emploi de mieux accompagner les entreprises sans apprentis.

Un autre ensemble de mesures nécessitera le recours à des ordonnances que cette loi autorise le gouvernement à prendre, par exemple concernant l'harmonisation de la notion de jours en droit du travail et en droit de la sécurité sociale.

Par ailleurs, le 9 septembre 2015, le président de la section sociale du Conseil d'État Jean-Denis Combrexelle a remis au Premier ministre un rapport portant sur la réforme du code du travail. Ce rapport vise, en particulier, à promouvoir largement la négociation collective dans le monde du travail. À court terme, il est ainsi proposé d'élargir le champ de la négociation sociale dans les domaines des conditions de travail, du temps de travail, de l'emploi et des salaires en donnant la priorité aux accords d'entreprise. À plus long terme, une réforme en profondeur du code du travail est promue. Y serait distingué un socle de dispositions d'ordre public impératives comme la durée maximum de travail hebdomadaire, le reste étant, en principe, décidé par la négociation collective.

*

ÉNERGIE – Obligation pour Engie de donner accès à son fichier client

Autorité de la concurrence, n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 et CA Paris, 31 octobre 2014, n° 2014/19 335

Par une décision du 9 septembre 2014, l'Autorité de la concurrence, confirmée en cela par la Cour d'appel de Paris, a imposé à Engie (ex-GDF Suez) de donner accès à ses concurrents à une partie des données de son fichier client aux tarifs réglementés du gaz. La Cour d'appel de Paris a cependant accordé des délais plus importants à Engie pour donner accès à ses fichiers, à savoir le 13 novembre 2014 et le 15 janvier 2015.

Ces décisions ont été prises alors que la libéralisation du marché de la fourniture de gaz n'a pas atteint les résultats escomptés, ce que l'Autorité de la concurrence avait déjà souligné dans son avis n° 13-À-09 du 25 mars 2013. Au 31 mars 2015, la part de marché des fournisseurs alternatifs représente 17,6 % des sites résidentiels et 32,9 % des sites non résidentiels (industriels).

*

COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES – Mise en œuvre par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) de son pouvoir de sanction

À la suite du rétablissement de son pouvoir de sanction par l'ordonnance du 12 mars 2014 et par le décret du 1^{er} août 2014, l'ARCEP a, en septembre 2014, procédé à l'ouverture de 19 procédures à l'encontre de 11 opérateurs des marchés fixe et mobile. Ces procédures concernent, en particulier, le déploiement des services mobiles, notamment dans les zones moins denses. Après l'instruction de ces dossiers, l'ARCEP peut, soit prononcer un non-lieu à poursuivre, soit mettre en demeure l'opérateur de se conformer à ses obligations, ce qui pourrait donner dans un second temps à la mise en œuvre d'une procédure de sanction.

*

COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES – Maintien de la publication par l'ARCEP du premier observatoire sur les mesures de la qualité du service fixe d'accès à l'internet

CE, ord., 12 décembre 2014, Société Free SAS, n° 386004

Par une ordonnance de référé du 12 décembre 2014, le Conseil d'État a rejeté la demande de la société Free de suspendre la décision de l'ARCEP de publication de l'observatoire sur les mesures de la qualité du service fixe d'accès à l'internet. Le Conseil d'État a considéré que la condition d'urgence indispensable pour la recevabilité d'un référé suspension n'était pas constituée dès lors que le préjudice grave et immédiat dont faisait état Free ne trouvait pas son origine dans la décision de publication, mais dans l'utilisation qui était faite du rapport par des tiers.

*

VIE DES ENTREPRISES – Repos dominical et travail

CE, 24 février 2015, Fédération des employés et cadres CGT FO et autres, n° 374726

Par une décision du 24 février 2015, le Conseil d'État a considéré que les décrets n° 2013-1306 du 30 décembre 2013 et n° 2014-302 du 7 mars 2014 autorisant l'ouverture des magasins de bricolage le dimanche respectent les conditions de fond et de procédure auxquelles une ouverture dérogeant à la règle du repos dominical est soumise³⁶. L'article L. 3132-12 du Code du travail autorise le gouvernement à déterminer les catégories d'établissement pour qui « le fonctionnement ou l'ouverture est rendu nécessaire » le dimanche. Le Conseil d'État a précisé que ce caractère nécessaire pouvait s'interpréter soit lorsque ces établissements répondent à des besoins de première nécessité, et lorsqu'ils permettent la réalisation d'activités de loisir correspondant à la vocation du dimanche, jour traditionnel de repos. Il a considéré que les enseignes de bricolage correspondaient au second cas de figure.

³⁶ Articles L. 3132-3 et L. 3132-12 du code du travail.

*

VIE DES ENTREPRISES – Exercice de la profession de pharmacien et liberté d'établissement

CE, 27 février 2015, Association Collectif des SEL de pharmaciens, n° 369949

Par une décision du 27 février 2015, le Conseil d'État est revenu sur la conformité aux principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux consacrés par le droit européen de certaines dispositions du Code de la santé publique qui limitent l'exercice de la profession de pharmaciens d'officine. Plus précisément, le Code de la santé publique limite le nombre de sociétés d'exercice libéral de pharmaciens d'officine dans lesquelles des participations peuvent être détenues et impose que la majorité du capital de ces sociétés soit détenue par des pharmaciens en exercice dans la société. Ceci était contesté par un collectif de pharmaciens. Le Conseil d'État a considéré, cependant, que le législateur n'avait pas dépassé la marge d'appréciation qui lui était reconnue et que ces dispositions étaient propres à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique.

*

VIE DES ENTREPRISES – Possibilité pour le CSA de délivrer une autorisation à une société déjà détenue par une personne de nationalité étrangère

CE, 4 février 2015, Association Racif, n° 3675191

Par une décision du 4 février 2015, le Conseil d'État a considéré que les dispositions de l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication avaient pour seul objet d'interdire à une société de nationalité étrangère d'acquérir plus de 20 % du capital d'une société titulaire d'une autorisation à un service de radio ou de télévision. En revanche, il a estimé que ces dispositions n'avaient pas pour objet d'interdire au CSA de délivrer une autorisation à une société déjà détenue à plus de 20 % par une personne de nationalité étrangère.

*

TRANSPORTS – Non-approbation du système de séparation comptable de Fret SNCF

Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), décision n° 2015-010 du 22 avril 2015 relative à la tenue de comptes séparés pour l'activité de fourniture de services de transport ferroviaire de fret de SNCF Mobilités

Par une décision du 22 avril 2015, l'ARAF a refusé d'approuver le référentiel de séparation comptable de Fret SNCF. L'Autorité a considéré que ce référentiel ne permettait pas d'assurer l'absence de subventions croisées entre Fret SNCF, qui exerce des activités sur un marché ouvert à la concurrence, et les autres activités non ouvertes à la concurrence de la SNCF. En effet, le déséquilibre financier récurrent de Fret SNCF pose la question de l'existence éventuelle de telles subventions croisées. Selon Pierre Cardon, président de l'ARAF, « une entreprise ferroviaire indépendante exerçant son activité dans les mêmes conditions que Fret SNCF n'aurait pas pu survivre aussi longtemps avec des résultats aussi déficitaires et des capitaux propres aussi détériorés ».

*

TRANSPORTS – Régime contentieux des avis de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et régulation du transport international de voyageurs

CE, 30 janvier 2015, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 374022

Par un arrêt du 30 janvier 2015, le Conseil d'État a apporté des précisions sur le régime contentieux des avis donnés par l'ARAF sur le point de savoir si une desserte intérieure réalisée dans le cadre d'un service international de voyageurs compromet l'équilibre économique d'un contrat de service public. Selon le Conseil d'État, de tels avis, rendus à la suite d'une saisine de l'ARAF en application de l'article L. 2121-12 du code des transports, sont des actes susceptibles de faire l'objet de recours pour excès de pouvoir. Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle normal sur les appréciations portées par l'ARAF.

Sur le fond, le Conseil d'État a, en outre, confirmé que le service Thello de transport

ferroviaire de voyageurs entre Milan et Marseille ne porterait pas atteinte au contrat de service public passé entre la région et la SNCF. Dans le cadre de la libéralisation du transport international de voyageurs, les entreprises européennes bénéficient d'un droit d'accès à l'infrastructure ferroviaire dès lors que cet accès ne compromet pas l'équilibre économique du contrat de service public passé entre l'autorité organisatrice de transport et l'opérateur ferroviaire historique³⁷. En l'espèce, l'ARAF puis le Conseil d'État ont considéré qu'une telle compromission n'était pas avérée.

*

AUDIOVISUEL – Nomination de Delphine Ernotte Cunci à la présidence de France Télévisions

CSA, 23 avril 2015, nomination à la présidence de France Télévisions, n° 2015-159

Par une décision du 23 avril 2015, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a nommé Delphine Ernotte Cunci à la tête de France Télévisions en remplacement de Rémy Pflimlin. Cette nomination a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment en raison du caractère jugé confidentiel par certains de la procédure de sélection. Une requête en annulation de la décision de nomination a été déposée, le 8 juin 2015, devant le Conseil d'État, par le syndicat SNPCA-CGC qui conteste notamment le défaut de motivation de la décision de nomination et le manque d'impartialité du CSA. Le 10 juin, la CFDT a également déposé une requête en annulation.

Plusieurs plaintes judiciaires ont également été déposées, dont l'une pour abus d'autorité par Didier Quillot, ancien candidat à la présidence de France Télévisions, et l'autre pour trafic d'influence par le syndicat SNPCA-CGC.

*

AUDIOVISUEL – Annulation du refus du CSA du passage à la TNT gratuite de LCI et Paris Première

CE, 17 juin 2015, Société LCI, n° 384826 - CE, 17 juin 2015, Société Métropole Télévision, n° 385475

Par deux décisions du 17 juin 2015, le Conseil d'État a annulé les décisions du CSA du 28 juillet 2014 refusant d'agréer le passage à la télévision numérique terrestre (TNT) gratuite des chaînes LCI et Paris Première. Ces annulations sont dues à des vices de procédure de la part du CSA qui a publié les études d'impact en même temps que les décisions alors que selon le Conseil d'État, la publication des études d'impact aurait dû intervenir préalablement.

Le CSA a pris acte de ces décisions, lançant immédiatement une nouvelle procédure de consultation et a annoncé qu'il tirerait de nouvelles conclusions fin juillet 2015. Le sens de ces conclusions pourrait être différent eu égard à l'évolution favorable du marché publicitaire depuis le début de l'année 2015 et à la bonne santé financière des chaînes d'information présentes sur la TNT gratuite.

*

³⁷ Article 1-8 de la directive 2007/58/CE repris par l'article L. 2121-12 du code des transports.

AUTRES

ÉNERGIE – Lancement du projet d'une Union de l'énergie

Présenté par la Commission européenne le 25 février 2015, le projet d'Union de l'énergie a été entériné par le Conseil européen réuni à Bruxelles le 19 mars suivant. Le Conseil a ainsi pris neuf décisions qui doivent permettre de renforcer les politiques européennes dans le domaine de l'énergie avec comme principal objectif de garantir l'approvisionnement énergétique de l'Union européenne. Il est ainsi notamment question d'accélérer les projets d'infrastructure pour l'électricité et le gaz, notamment en ce qui concerne les interconnexions vers les régions périphériques. En revanche, les mesures, concernant le développement des énergies renouvelables, sont plus vagues, et il est essentiellement renvoyé au droit de chaque État membre de décider de son propre bouquet énergétique.

*

ÉNERGIE – Un bilan plus que mitigé de l'ouverture à la concurrence du marché de l'énergie

Rapport d'activité 2014 du Médiateur national de l'Énergie

Dans son rapport d'activité 2014 publié le 16 juin 2015, le médiateur national de l'énergie, Jean Gaubert, a effectué un bilan de l'ouverture du marché de l'électricité et du gaz naturel à la concurrence depuis 2007. Ce rapport note tout d'abord une hausse globale des tarifs que ce soit pour l'électricité, en raison des hausses de la CSPE, ou du gaz du fait de la réforme tarifaire de 2013. Il est par ailleurs souligné que la meilleure pénétration sur le marché des fournisseurs alternatifs depuis 2014 a eu des effets pervers pour le consommateur, notamment le démarchage agressif et la hausse significative des litiges avec les opérateurs alternatifs.

*

ÉNERGIE – Différence entre les distributeurs historiques et leur maison-mère

Rapport de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur le respect des codes de bonne conduite et l'indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel en 2013-2014

Dans son rapport pour la période 2013-2014 publié le 6 janvier 2015, la CRE a demandé aux gestionnaires historiques de réseaux de distribution, ERDF (pour l'électricité) et GRDF (pour le gaz) dans une moindre mesure, de différencier davantage leur identité visuelle de celles de leurs maisons mères. Cette demande a pour but de mieux marquer la séparation entre le distributeur, opérateur monopolistique sur sa zone de desserte exclusive, et la maison mère, qui a des activités de fourniture sur un marché concurrentiel.

*

ÉNERGIE – Retour sur la contribution au service public de l'électricité

Rapport de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur la contribution au service public de l'électricité (CSPE) : mécanisme, historique et prospective

Dans un rapport publié le 16 octobre 2014, la CRE est revenue sur la situation de la CSPE. Elle note notamment que la CSPE a servi au financement du service public pour un montant cumulé de 30 milliards d'euros entre 2002 et 2013 et qu'elle devrait atteindre un montant cumulé de près de 100 milliards d'euros entre 2014 et 2025. Près de deux tiers de ce montant serviront à financer le parc de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable actuellement en service.

*

ÉNERGIE – Fonctionnement des marchés de gros

Rapport de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) sur le fonctionnement des marchés de gros de l'énergie (électricité, gaz et CO2) en 2013-2014

Dans son rapport publié le 24 novembre 2014, la CRE souligne la baisse des prix de l'électricité sur le marché de gros en raison du développement des énergies renouvelables et du faible niveau des prix sur le marché du charbon. Elle note par ailleurs que le marché du gaz a été marqué par des écarts de prix particulièrement importants entre les places de marché du Nord (PEG Nord) et celles du Sud (PEG Sud). Elle explique enfin que le prix spot du quota européen de CO2 a baissé entre 2012 et 2013 du fait du surplus de quotas en circulation.

*

ÉNERGIE – Validation du projet d'investissement de General Electric avec Alstom

Le projet d'investissement de General Electric dans la branche énergie de la société française Alstom a franchi les différents contrôles des régulateurs nationaux et européens permettant sa mise en œuvre d'ici la fin de l'année 2015. Le 5 novembre 2014, le ministre de l'Économie Emmanuel Macron avait autorisé cet investissement. En effet, l'activité de la branche objet de l'investissement fait partie de celles pour lesquelles les investissements étrangers (en provenance de pays tiers à l'Union européenne) sont soumis à autorisation préalable³⁸. Par la suite, dans le cadre du contrôle des concentrations, la Commission européenne a, à son tour, autorisé le rapprochement entre Alstom et General Electric le 8 septembre 2015.

*

NUMÉRIQUE – Initiatives pour la mise en place d'un marché unique numérique

Le 6 mai 2015, la Commission européenne a rendu public les seize actions qu'elle entend

³⁸ Conformément à l'article L.151-3 du code monétaire et financier.

mener d'ici la fin 2016 pour permettre la mise en place d'un marché unique numérique. Ces actions sont centrées sur trois piliers : l'amélioration de l'accès aux biens et services numériques, la création d'un environnement propice au développement des réseaux et services numériques innovants dans des conditions concurrentielles équitables et la maximisation du potentiel de croissance de l'économie numérique.

*

TRANSPORTS – Abandon de l'écotaxe et suites

Après l'abandon définitif de l'écotaxe (la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises) annoncé en octobre 2014 par le gouvernement, le conseil d'administration de l'Agence de financement des infrastructures de transport de France a validé, le 18 février 2015, le montage de paiements d'indemnités à hauteur de 969 millions d'euros au consortium franco-italien cocontractant de l'État.

Le Secrétaire d'État chargé des Transports Alain Vidalies a annoncé, le 25 juin 2015, que le gouvernement allait décider fin juillet de la forme que prendrait pour 2016 le dispositif mettant à contribution les transporteurs routiers pour financer les infrastructures en remplacement de l'écotaxe.

*

TRANSPORTS – Accord de coopération entre l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) et l'Office of rail regulation (ORR)

Depuis le 16 juin 2015, l'accord de coopération entre l'ARAF et l'ORR (autorité britannique de régulation du système ferroviaire) est entré en vigueur afin de permettre le contrôle conjoint des conditions d'accès et les tarifs des péages du tunnel sous la Manche. Cet accord avait été signé le 16 mars 2015. Jusqu'à présent, ce contrôle était exercé par la Commission intergouvernementale (CIG)³⁹ ; mais le droit européen imposant que le

³⁹ Cette commission a été mise en place par le traité de Cantorbéry relatif au tunnel sous la Manche signé le 12 février 1986 entre le Royaume-Uni et la France. Elle suit par délégation des deux gouvernements les questions liées à l'exploitation du tunnel, notamment concernant

contrôle des infrastructures ferroviaires soit exercé de manière indépendante, il a fallu transférer ces compétences à des autorités administratives indépendantes. Ce sont donc désormais ces deux autorités qui sont chargées de garantir que les conditions d'accès au tunnel transfrontalier sont transparentes et équitables pour toutes les entreprises ferroviaires.

*

la transposition des directives pertinentes dans les limites de la concession d'Eurotunnel.

4. CONCURRENCE

- I. FOCUS : LA COMMISSION ADRESSE UNE COMMUNICATION DE GRIEFS À GOOGLE POUR ABUS DE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ DES COMPARETEURS DE PRIX (p.37)
- II. AIDE D'ÉTAT ET CONTRAT ADMINISTRATIF – INDEMNISATION DES BIENS DE RETOUR NON AMORTIS (p.38)
- III. BRÈVES (p.39)

-FOCUS-

GOOGLE – La Commission adresse une communication de griefs à Google pour abus de position dominante sur le marché des comparateurs de prix

Communiqué de presse n° IP/15/4780 de la Commission, 15 avril 2015

Par Assia OURRAOUI

La firme est soupçonnée de réserver un traitement systématiquement favorable à son comparateur de prix au détriment de ses concurrents.

Après quatre années d'enquête préliminaire et malgré les différentes propositions d'engagement de Google, la Commission européenne a fait parvenir le 15 avril 2015, une communication de griefs à l'entreprise américaine. Elle soupçonne ainsi Google d'abuser de sa position dominante sur le marché des recherches générales en ligne en privilégiant de manière systématique son propre comparateur de prix au détriment de celui de ses concurrents.

Cette notification de griefs n'a pas le caractère d'une décision ; elle annonce seulement l'ouverture d'une enquête approfondie par la Commission, qui a laissé dix semaines – soit un délai assez court - à Google pour présenter des observations et solliciter une audition.

Concrètement, la commissaire en charge de la politique de la concurrence reproche à l'entreprise d'avoir méconnu les règles européennes en matière d'entente et d'abus de position dominante en ce qu'elle semble faire apparaître systématiquement son comparateur de prix Google shopping en tête des résultats. Une pratique qui, si elle est confirmée, conduirait à évincer ses concurrents en détournant les consommateurs de manière artificielle. En outre cela affecterait également les utilisateurs qui, *de facto*, ne seraient pas dirigés vers les résultats les plus pertinents. La Commission somme donc Google d'assurer un traitement égal entre ses comparateurs de prix et ceux de ses concurrents.

Néanmoins, bien que la firme dispose de plus de 90 % du marché des recherches en ligne, il faudra que la Commission parvienne à prouver que les activités de l'entreprise conduisent à limiter le choix des utilisateurs ou à porter préjudice à ses concurrents. D'autant plus que les utilisateurs privilégient de plus en plus le recours aux applications permettant d'accéder directement aux sites de ventes comme Ebay, plutôt qu'au moteur de recherche de Google.

Google a déjà publié en ligne deux longs communiqués tendant à démontrer l'absence

d'abus de sa position dominante sur le marché des recherches en ligne⁴⁰. L'entreprise y expose des graphiques montrant, par exemple, que Amazon.fr capte 15 millions de visiteurs contre 1,5 million pour Google Shopping et qu'en Allemagne Booking.com attire 6 millions de visiteurs contre seulement 400 000 pour Google Voyage.

Parallèlement à cette procédure, la Commission s'intéresse aussi à une autre pratique révélée par la *Federal Trade Commission* dans un rapport dévoilé dans la presse américaine⁴¹. L'autorité américaine rapportait non seulement l'abus de position dominante de la firme, mais également ses pratiques de « scrapping », consistant à puiser dans les données de certains sites réunissant des commentaires de consommateurs tels que TripAdvisor ou Amazon, afin de les réutiliser pour ses propres services. Google aurait ainsi fait pression sur ses concurrents – craignant un déréférencement – pour récupérer ces données.

Enfin, la Commission européenne a également lancé une enquête relative à Android, le système d'exploitation pour smartphone de Google. La Commission souhaite ainsi vérifier l'existence d'un abus de position dominante de Google. Elle soupçonne en effet la firme d'utiliser sa position pour imposer aux fabricants la pré-installation de ses applications sur les écrans d'accueil des smartphones⁴².

La Commission européenne, qui avait la possibilité d'enquêter sur de nombreux dossiers concernant Google, a donc préféré se focaliser pour le moment sur l'affaire « *Androïd* » et celle relative au marché des comparateurs de prix.

⁴⁰ G. GRALLET, *Accusation de position dominante : Google répond à Bruxelles*, *Le Point*, 9 avril 2015.

⁴¹ L. CALIXTE, *Concurrence : pourquoi Bruxelles hausse le ton face à Google ?*, *Challenges*, 15 avril 2015.

⁴² N. NALEPA, *Pratiques anticoncurrentielles : une enquête sur Google peut en cacher une autre*, *Dalloz actualités*, 4 mai 2015.

AIDE D'ÉTAT et CONTRAT ADMINISTRATIF – L'indemnisation des biens de retour non amortis

CE, 13 février 2015, Communauté d'agglomération d'Épinal, n° 373645

Par Alexandre RENNESSON

Par une décision du 13 février 2015, le Conseil d'État a admis que la personne publique puisse indemniser son cocontractant, dès le début de l'exécution du contrat pour la valeur nette des biens non amortis sur la durée du contrat.

L'affaire *Communauté d'agglomération d'Épinal* a permis au Conseil d'État de confirmer certaines solutions consacrées précédemment en matière d'indemnisation du cocontractant pour les biens de retour mais également de préciser les modalités de cette indemnisation.

Le Conseil d'État rappelle, tout d'abord, les principes établis dans ces arrêts *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole* et *Commune de Douai*⁴³. En principe, lorsque les biens sont amortis par le cocontractant grâce à son droit d'exploiter l'ouvrage, ils sont remis gratuitement à la personne publique. Il s'agit de l'hypothèse de principe selon laquelle la durée des délégations de service public est calculée en fonction du montant des investissements. Toutefois, il est également possible de prévoir une durée d'exécution du contrat qui soit inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés. Dans ce cas, le cocontractant peut être indemnisé pour la valeur des investissements non amortis.

Par ailleurs, la décision *Communauté d'agglomération d'Épinal* apporte des précisions sur le moment auquel peut être effectué le versement de l'indemnisation. Dans le contrat en question, il était prévu qu'elle soit versée dès le début de l'exécution du contrat. La société requérante, à laquelle la Cour administrative d'appel avait donné raison, considérait qu'un tel versement constituait alors une aide d'État qui, faute de notification à la Commission, entrait en

⁴³ CE, 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, n° 352417 et n° 352318 ; CE, 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 242788.

contradiction avec l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Pour la Cour administrative d'appel, l'indemnité ne respectait pas les critères *Altmark* de la compensation de service⁴⁴ public échappant à la qualification d'aide d'État. En effet, constatant que le taux de rentabilité interne de l'opération serait, du fait de l'indemnité, sensiblement plus élevé que celui d'opérations similaires, cette indemnité constituait un avantage économique favorisant son bénéficiaire (il s'agit du deuxième critère de la jurisprudence *Altmark* qui n'aurait donc pas été respecté).

Pour le Conseil d'État cependant, le juge d'appel a commis une erreur de droit : il aurait uniquement dû rechercher si le montant versé correspondait effectivement à la valeur nette comptable de la partie non amortie des biens. Ainsi, comme cela est noté explicitement par le Conseil d'État, l'indemnité est analysée comme un prix d'acquisition et non comme une subvention comme l'avait fait le juge d'appel. En outre, selon le Conseil, aucun principe ni aucun texte n'interdit, dès lors que cette indemnité est régulièrement calculée, qu'elle soit versée avant le terme du contrat, y compris au début de l'exécution du contrat.

*

⁴⁴ CJCE, 24 juillet 2003, Alrmark Trans, aff. C-280/00.

- BRÈVES -

Par Benjamin ROOR

LÉGISLATION

GÉNÉRAL - Infractions au droit de la concurrence et réparation

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne

La directive 2014/104/UE a pour objet de préciser les règles qui régissent les actions en dommages et intérêts qui peuvent être intentées à la suite d'infractions commises aux dispositions

du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

La directive permet de faciliter la réparation des victimes de dommages concurrentiels. En ce sens, elle organise notamment les actions, tant individuelles que collectives, qui peuvent être intentées et pose le principe de la réparation intégrale du préjudice subi, précise les règles de preuve ainsi que les délais de ces actions et ainsi que d'autres mesures.

*

JURISPRUDENCE

-PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES-

a - Abus de position dominante

ABUS - Abus de position dominante de TDF sur la diffusion hertzienne en outremer

*Autorité de la concurrence, 5 février. 2015,
Décision 15-D-01*

TDF, opérateur historique en diffusion hertzienne terrestre et OMT en outre-mer, a commis un abus de position dominante en ne publiant aucune des informations techniques et tarifaires relatives à l'accès à ses infrastructures, informations nécessaires à ses concurrents pour répondre aux appels d'offres de France TV sur l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT en outre-mer.

*

ABUS DE POSITION DOMINANTE AUTOMATIQUE - Législation anticoncurrentielle conduisant à un abus automatique de position dominante

CJUE, 17 juillet 2014, Dimosia Epicheiristi Ilektrismon, C-553/12P

La Cour de justice rappelle qu'un État membre enfreint le droit de la concurrence lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique ou une entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est amenée, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus.

*

ENGAGEMENTS - L'Autorité de la concurrence accepte les engagements de la SNCF pour l'égalité concurrence des candidats aux appels d'offres d'assistance technique aux exploitants de transport urbain

*Autorité de la concurrence, 15 avril 2015,
Communiqué de presse*

À la suite d'une procédure ouverte devant l'Autorité de la concurrence par Transdev, la SNCF a pris des engagements destinés à empêcher sa filiale Keolis, active sur le marché concurrentiel du transport urbain, ou toute autre de ses filiales, de mobiliser à son seul profit le

savoir-faire ferroviaire de la maison mère pour présenter des offres non répliquables par les concurrentes pour l'attribution de marchés de conseil et d'assistance technique aux exploitants de transport urbain.

*

b - Ententes

CARTEL – Le cartel des producteurs de lait sanctionné par l'Autorité de la concurrence

*Autorité de la concurrence, 11 mars 2015,
Décision 15-D-03*

L'Autorité de la concurrence a mis au jour l'existence d'un cartel dans le secteur de la production de lait et a infligé à ses membres une amende totale de 192,7 millions €. Ce cartel a pu être découvert grâce à la procédure de clémence. Il consistait notamment en un échange d'informations, d'une entente sur les prix et d'un partage des volumes entre différents producteurs de lait.

*

CLÉMENCE – Examen de la constitutionnalité de la politique de clémence de l'Autorité de la concurrence

Cass. com., 4 mars 2015, QPC, n° 14-40.052

La Cour de cassation refuse de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC relative à la conformité à la Constitution de la procédure de clémence prévue à l'article L. 464-2 du code de commerce, jugeant que les questions posées étaient dépourvues de caractère sérieux.

La Cour de cassation relève notamment qu'« en permettant à l'Autorité de la concurrence d'accorder une exonération totale ou partielle de sanctions pécuniaires aux entreprises ou organismes, ayant participé à une entente, qui en dénoncent l'existence et contribuent à l'établissement de l'infraction et à l'identification de ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement, les dispositions contestées ont pour objectif, dans l'intérêt de l'ordre public économique, de faciliter la détection des ententes et de les faire cesser plus rapidement ; qu'elles définissent les conditions d'octroi de l'exonération et confient à l'Autorité de la concurrence, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, l'appréciation, à l'issue d'une procédure

contradictoire, et par une décision motivée soumise au contrôle du juge, de l'étendue de l'exonération à accorder au demandeur de clémence, sur la base de critères objectifs, liés à la nature et à l'importance de la contribution apportée par celui-ci à l'établissement de l'infraction et en considération des données individuelles propres à chaque entreprise ou organisme, conformément au principe d'individualisation de la peine ».

*

CLÉMENCE - Révision du programme de clémence devant l'Autorité de la concurrence

*Autorité de la concurrence, 3 avril 2015,
Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif
au programme de clémence français*

L'Autorité de la concurrence, réunie en séance plénière, a adopté le texte révisé de son communiqué de procédure relatif au programme de clémence.

En premier lieu, cette révision a pour but d'instaurer une procédure plus transparente durant la phase d'enquête par la mise en œuvre de communiqués de presse.

En second lieu, elle a pour but de préciser le cadre des exonérations partielles de sanctions pécuniaires dont pourront bénéficier les opérateurs.

*

INDEMNISATION – Une entente qui engendre une augmentation de prix chez les concurrents peut conduire les membres de l'entente à devoir répondre du préjudice ainsi causé

CJUE, 5 juin 2014, Kone, C-557/12

Une entente concernant l'installation et l'entretien d'ascenseurs et d'escaliers roulants avait été sanctionnée par la Commission. Une société autrichienne, ayant acheté les produits précités auprès de sociétés non membres de l'entente, demandait aux membres de l'entente de l'indemniser du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait que ses fournisseurs avaient fixé un prix plus élevé que celui qu'elle aurait dû acquitter en l'absence d'entente. Or, le droit autrichien ne permettait d'accéder à une telle requête, le préjudice résultant d'une décision d'un fournisseur non membre de l'entente.

La Cour de justice donne raison à la requérante, jugeant que « l'article 101 TFUE (...)

s'oppose à une interprétation et à une application du droit interne d'un État membre qui consiste à exclure de manière catégorique, pour des motifs juridiques, que des entreprises participant à une entente répondent sur le plan civil de dommages résultant de prix qu'une entreprise ne participant pas à cette entente a fixés, en considération des agissements de ladite entente, à un niveau plus élevé que celui qui aurait été appliqué en l'absence d'entente ».

*

-OPÉRATIONS DE CONCENTRATION-

INTERDICTION - La concentration entre Deutsche Börse et Nyse Euronext jugée incompatible

TUE, 9 mars 2015, T-175/12

La Commission européenne avait décidé d'interdire le projet de concentration entre la Deutsche Börse et Nyse Euronext.

Le Tribunal de l'Union européenne confirme cette décision, estimant qu'un tel projet aurait entraîné la création d'un quasi-monopole sur le marché international des produits financiers dérivés européens. Ensemble, les deux bourses contrôlent plus de 90 % des transactions mondiales sur ces produits.

*

GRANDE DISTRIBUTION - Le rachat de Dia France par Carrefour autorisé

*Autorité de la concurrence, 21 novembre 2014,
Décision 14-DCC-173*

L'Autorité de la concurrence autorise l'opération de concentration entre Carrefour et Dia France. Elle conditionne toutefois l'opération à la cession par Carrefour de 56 magasins.

*

TECHNOLOGIE - La Commission européenne approuve le rachat de WhatsApp par Facebook

*Commission européenne, 3 octobre 2014,
Facebook/WhatsApp, aff. M.7217*

La Commission européenne a autorisé sans condition le rachat pour 19 milliards de dollars le service WhatsApp par Facebook.

À l'issue de l'enquête de la Commission, il apparaît que l'entité fusionnée continuerait

d'être confrontée à une concurrence suffisante, justifiant ainsi le feu vert rendu.

*

TÉLÉCOMS - Concentration Numéricable /SFR : la naissance d'un nouveau modèle d'opérateur de télécommunication

*Autorité de la concurrence, 30 octobre 2014,
Décision 14-DCC-160*

Par cette décision, l'Autorité de la concurrence a autorisé, sous conditions, le rachat de SFR par Numéricable. Cette opération permet à Numéricable de devenir un opérateur incontournable dans le secteur des télécoms, SFR étant le leader dans le secteur de l'accès à internet à très haut débit.

L'Autorité de la concurrence a identifié un certain nombre de risques concurrentiels résultant de l'opération de concentration, parmi lesquels le renforcement de la position de Numéricable/SFR sur l'accès à internet à très haut débit pour les particuliers, la réduction du nombre d'opérateurs télécoms pour le marché professionnel ainsi que le risque de concurrence sur le marché de la télévision payante que représente l'entrée du groupe Vivendi dans le groupe Numéricable, Vivendi ayant notamment pour filiale le Groupe Canal Plus.

Pour que l'opération se réalise, l'Autorité a obtenu de Numéricable un certain nombre d'engagements. Les quatre principaux engagements sont les suivants : 1/Numéricable devra ouvrir son réseau câblé aux opérateurs concurrents ; 2/Numéricable devra céder le réseau cuivre de Completel, opérateur à destination des professionnels ; 3/Numéricable devra se séparer d'Outremer Télécom ; 4/le nouvel ensemble Numéricable/SFR devra prendre des dispositions afin qu'aucune information stratégique ne soit transmise à Vivendi.

*

TÉLÉCOMS – L’offensive de Numéricable continue avec le rachat de Virgin Mobile autorisé par l’Autorité de la concurrence

*Autorité de la concurrence, 27 novembre 2014,
Décision 14-DCC-179*

L’Autorité de la concurrence autorise l’acquisition par Numéricable de la société Omer Telecom Limited (« OTL »), opérateur virtuel de téléphonie mobile actif sous la marque Virgin Mobile.

Le seul risque concurrentiel identifié par l’Autorité, lié au risque de préemption des abonnés Virgin aux offres multiple play de Numéricable, a été traité par l’engagement souscrit par Numéricable lors du rachat de permettre à l’ensemble des MVNO (« Mobile Virtual Network Operator » ou opérateur de réseau mobile virtuel) d’accéder à son réseau câblé afin de proposer des offres couplées.

*

TÉLÉCOMS – Numéricable stoppé dans son élan : Bouygues repousse l’offre d’achat

Le lundi 22 juin 2015, Numéricable/SFR confirmait avoir déposé une offre de rachat du groupe Bouygues Telecom, offre à hauteur de dix milliards d’euros. Pour rappel, moins d’un an seulement auparavant, Numéricable et Bouygues Telecom s’affrontaient pour l’acquisition de SFR, bataille remportée par le Groupe Numéricable.

Néanmoins, Numéricable s’est vu freiné dans son élan, le groupe Bouygues rendant très rapidement publique la décision de son conseil d’administration face à cette offre de rachat, faisant ainsi savoir dans un communiqué que « *le conseil d’administration a décidé à l’unanimité, après un examen approfondi, de ne pas donner suite à l’offre non sollicitée du groupe Altice* ».

*

-AIDES D’ÉTAT-

QUALIFICATION D’AIDE – Le « tax ruling » constitutif d’une aide d’État ? La Commission mène l’enquête

*Commission européenne, 11 juin 2014, C(2014)
3627*

La Commission européenne a décidé d’enquêter sur le « tax ruling », pratique dont auraient notamment bénéficié Apple ou Starbuck.

Le « tax ruling » (traductible par « décision anticipative en matière fiscale ») est une pratique fiscale permettant à une entreprise de demander à l’avance la manière dont sa situation sera traitée par l’administration fiscale d’un pays, en obtenant certaines garanties juridiques. Ce « tax ruling » prend alors la forme de lettres d’intention émanant des autorités fiscales du pays et éclairant l’entreprise sur la manière dont son imposition sera calculée ou sur l’application de dispositions fiscales particulières.

Une telle pratique peut alors impliquer des aides d’États selon la Commission lorsqu’elle est utilisée pour conférer des avantages sélectifs à une entreprise déterminée.

*

TEST DE L’INVESTISSEUR PRIVÉ – Annulation partielle d’aides d’États accordées à la SNCM

*CJUE, 4 septembre 2014, SNCM et France
c/Corsica Ferries, C-533/12P*

La SNCM, initialement détenue entièrement par l’État par le biais de la SNCF et de la CGMF – sociétés elles-mêmes détenues à 100 % par l’État français – avait fait l’objet d’une ouverture de capital en 2006, à l’occasion d’un plan de privatisation. S’étaient alors opérés une cession de la SNCM à un prix négatif de 158 millions d’euros, un apport en capital par la CGMF à hauteur de 8,75 millions d’euros et une avance en compte courant pour un montant de 38,5 millions d’euros en vue du financement d’un éventuel plan social mis en place par les repreneurs.

La Commission européenne, par décision du 8 juillet 2008, avait estimé cet apport compatible avec le marché commun, de même qu’elle avait considéré que les mesures du plan de privatisation de 2006 ne constituaient pas des aides d’État. Le Tribunal avait annulé partiellement cette décision.

La Cour de justice confirme l’annulation partielle de la décision de la Commission, retenant que la Commission n’était pas parvenue à démontrer que le comportement de l’État français respectait le test de l’investisseur privé en économie de marché.

*

TEST DE L'INVESTISSEUR PRIVÉ – L'aide de la SNCF à SeaFrance jugée incompatible

TUE, 15 janvier 2015, T-1/12

Le tribunal juge les aides accordées par la SNCF à SeaFrance incompatibles avec le marché intérieur : la SNCF n'a pas agi tel un investisseur privé en économie de marché en accordant l'aide de sauvetage. Ce standard de l'investisseur privé en économie de marché, fréquemment mobilisé, permet en effet de distinguer le droit au capitalisme d'État, autorisé par le droit de l'Union, du versement d'aides publiques, par principe prohibé.

*

TEST DE L'INVESTISSEUR PRIVÉ – L'avance d'actionnaire proposée à France Télécom ne constitue pas une aide d'État

TPIUE, 2 juillet 2015, France c/Commission, T-425/04

Par un arrêt du 2 juillet 2015, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de la Commission du 2 août 2004 qui considérait que l'avance d'actionnaire proposée en 2002 par l'État à France Télécom constituait une aide d'État.

Cet arrêt est le dernier épisode d'une longue saga judiciaire. L'État français avait, en 2002, par plusieurs déclarations publiques, annoncé qu'il prendrait toutes les mesures pour que les difficultés rencontrées par France Télécom soient surmontées. Il avait, le 4 décembre 2002, publié un projet d'avance d'actionnaire au profit de l'entreprise. La Commission avait alors décidé que ce projet d'avance dans le contexte des déclarations publiques constituait une aide d'État.

Par un premier arrêt⁴⁵, le Tribunal avait annulé la décision de la Commission : selon lui, le projet d'avance ne constituait pas une aide dès lors qu'aucune ressource d'État n'était effectivement engagée. La Cour de justice avait annulé cet arrêt considérant que l'avantage était octroyé au moyen de ressources d'État dès lors que son budget était potentiellement grevé.

⁴⁵ TPIUE, 21 mai 2010, France c/ Commission, T-425/04.

L'affaire était donc renvoyée au Tribunal pour qu'il statue sur les autres arguments⁴⁶.

Le Tribunal annule de nouveau la décision de la Commission au motif que le test de l'investisseur privé avisé n'a pas correctement été appliqué par la Commission. Il considère que la Commission a commis une erreur en appliquant le test uniquement aux déclarations publiques et non au projet d'avance. Selon le Tribunal, le projet d'offre ne pouvait être considéré comme la simple matérialisation des déclarations publiques, ces déclarations présentant un caractère ouvert, imprécis et conditionnel.

*

RÉCUPÉRATION D'UNE AIDE – La France n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour récupérer les aides illégales octroyées aux producteurs de fruits et légumes

CJUE, 12 février 2015, Commission c/France, C-37/14

La Commission européenne avait conclu au caractère illégal d'aides d'État octroyées par la France aux producteurs français de fruits et légumes, appelant alors l'État français à récupérer lesdites aides auprès des producteurs.

La Cour de justice constate dans cet arrêt que la France s'est abstenue de prendre les mesures à même de récupérer les aides illégalement octroyées dans le délai imparti par la Commission. L'État français avait entamé la procédure de récupération des aides avec près de deux années de retard.

La Cour rappelle par ailleurs qu'est sans influence sur la récupération des aides le fait que leurs bénéficiaires soient en difficulté financière.

*

RÉCUPÉRATION D'UNE AIDE – L'aide d'État indûment versée doit être récupérée

CE, 23 juillet 2014, Commune de Ventranges, n° 364466

Le Conseil d'État juge qu'« une décision de la Commission européenne demandant à un État membre le recouvrement d'une aide de l'Union européenne indûment octroyée s'impose aux autorités comme aux juridictions nationales

⁴⁶ CJUE, 19 mars 2013, Bouygues c/ Commission, C-399/10 P.

lorsque sa validité n'a pas été contestée dans les délais devant les juridictions de l'Union par le bénéficiaire de l'aide ».

RÉCUPÉRATION D'UNE AIDE – Absence de remboursement de la contribution au service public de l'électricité (CSPE)

CE, avis, 22 juillet 2015, n° 388853

Alors que le mécanisme de l'obligation d'achat d'électricité éolienne avait été déclaré illégal en tant qu'aide d'État non notifiée à la Commission européenne⁴⁷, de très nombreuses procédures avaient été initiées pour obtenir le remboursement de la CSPE, dispositif finançant l'obligation d'achat. Le Conseil d'État confirme, dans son avis rendu à la demande de la Cour administrative d'appel de Paris, la position de la Commission de régulation de l'énergie : l'illégalité de l'aide d'État ne donnera pas lieu au remboursement de la CSPE.

L'illégalité de l'aide d'État peut engendrer l'illégalité de la taxe servant à la financer dès lors que cette taxe fait « *partie intégrante* » de l'aide⁴⁸. Le Conseil d'État reprenant la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁹ considère que « *pour qu'une taxe puisse être considérée comme faisant partie intégrante d'une mesure d'aide, il doit exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide concernée en vertu de la réglementation nationale pertinente, en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide et influence directement l'importance de celle-ci et, par voie de conséquence, l'appréciation de la compatibilité de cette aide avec le marché commun* ».

En l'espèce, le Conseil d'État note que le niveau de l'aide d'État ne dépend pas du produit de la CSPE, ce dernier étant insuffisant pour couvrir les charges de service public. En conséquence, le Conseil d'État considère que la CSPE ne fait pas partie intégrante de l'obligation d'achat d'électricité, fermant la porte à son éventuel remboursement.

⁴⁷ CE, 28 mai 2014, Association Vent de colère, n° 324852.

⁴⁸ CJCE, 21 octobre 2003, Van Calster, C-261/01.

⁴⁹ CJCE, 22 décembre 2008, Société Régie Networks, C-333/07.

L'État a dans ce cas une compétence liée et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur la violation constatée.

AUTRES

INTERVENTIONNISME PUBLIC – L'Autorité de la concurrence encadre les modalités de l'interventionnisme public dans différents secteurs concurrentiels

*Autorité de la concurrence, 31 juillet 2014, Avis
14-A-10, 14-A-11 et 14-A-2*

L'Autorité de la concurrence estime, de façon générale, que le statut des personnes publiques ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'elles interviennent sur un marché. Néanmoins, le libre jeu de la concurrence est en revanche susceptible d'être faussé lorsque ces personnes

bénéficient d'avantages, notamment financiers, dont ne disposent pas leurs concurrents sur le marché et se trouvent ainsi en position de pratiquer des prix inférieurs à leurs coûts, au détriment des acteurs privés.

Cela implique notamment que les subventions qui sont allouées à des acteurs soient exclusivement affectées aux activités de service public qu'ils prennent en charge.

*

*

5. PROPRIÉTÉS PUBLIQUES

- I. FOCUS : INTERDICTION DU BAIL COMMERCIAL SUR LE DOMAINE PUBLIC ET APPLICATION DE LA LOI PINEL DANS LE TEMPS (p.47)
- II. MOBILIER URBAIN – DISTINCTION ENTRE MARCHÉS PUBLICS ET OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC (p.48)
- III. VOIE DE FAIT – LA COUR DE CASSATION A REPRIS LA NOUVELLE DÉFINITION DÉGAGÉE PAR LE TRIBUNAL DES CONFLITS (p.49)
- IV. BRÈVES (p.50)

-FOCUS-

UTILISATION PRIVATIVE DU DOMAINE PUBLIC – Interdiction du bail commercial sur le domaine public et application de la loi Pinel dans le temps

CE, 24 novembre 2014, Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais (Société LH-SG), n° 352402

Par Alexandre RENNESSON

Par une décision du 24 novembre 2014, le Conseil d'État a rappelé qu'un bail commercial ne saurait être conclu sur le domaine public et qu'aucun fonds de commerce ne saurait avoir été constitué avant l'entrée en vigueur de cette loi. Le Conseil d'État a, par ailleurs, précisé les conditions d'indemnisation de l'occupant du domaine public qui pensait être lié à l'administration par un fonds de commerce.

Un contrat, qualifié par les parties de « bail commercial », avait été conclu entre un concessionnaire du service public et une société privée en vue de l'exploitation d'un restaurant dans le périmètre de la concession de service public. Le nouveau concessionnaire du service public des remontées mécaniques avait résilié le contrat sans verser aucune indemnité à l'exploitant du restaurant. Celui-ci avait saisi le juge pour contester cette résiliation sans indemnité du contrat. Condamné en première instance puis en appel à indemniser l'ancien exploitant du restaurant, le concessionnaire avait saisi le Conseil d'État.

Se posaient, dans cette espèce, des questions relatives à la possibilité de conclure un bail commercial sur le domaine public et d'y constituer un fonds de commerce de même qu'aux conséquences indemnitaires de la fin anticipée de l'exploitation entre le gestionnaire et l'occupant du domaine public dans une telle situation. Bien que les principes soient, en ces matières, établis clairement par la jurisprudence, cette affaire a permis au juge administratif d'en aménager l'application dans un contexte renouvelé par l'entrée en vigueur de la loi Pinel⁵⁰ et d'assurer au mieux la concordance des raisonnements avec le juge judiciaire.

Ainsi, le Conseil d'État a, dans un premier temps, repris sa position traditionnelle consistant à refuser la possibilité de conclure un bail commercial sur le domaine public⁵¹. Dans la décision *Société LH-SG*, il considère ainsi qu'« en

raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public ». Toutefois, la conclusion d'un prétendu bail commercial sur le domaine public constitue, selon le Conseil d'État, une faute de la part du gestionnaire du domaine public susceptible d'engager sa responsabilité afin d'indemniser l'ensemble des dépenses exposées par l'exploitant dans la perspective de l'existence d'un bail commercial.

Le Conseil d'État analyse, par ailleurs, la question de l'indemnisation du fonds de commerce. L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public était refusée, de manière constante, par le Conseil d'État⁵². Ceci s'expliquait, entre autres, par l'idée selon laquelle le commerçant placé sur le domaine public ne pouvait disposer d'une clientèle propre⁵³. Cette position semblait néanmoins critiquable, eu égard à la jurisprudence judiciaire qui, elle, admettait l'existence d'une clientèle propre sur le domaine public⁵⁴. L'article 72 de la loi Pinel, en introduisant un article L. 2124-32-1 au code général de la propriété des personnes publiques, a finalement ouvert la possibilité d'exploiter un fonds de commerce sur le domaine public « *sous réserve de l'existence de la clientèle propre* ».

Dans la décision *Société LH-SG*, le Conseil d'État a refusé d'appliquer rétroactivement ce

⁵⁰ Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

⁵¹ CE, 22 avril 1977, Michaud, n° 95539 ; CE, 15 février 2012, SAS TDLC, n° 338059.

⁵² CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisirs, n° 316534 ; CE, 19 juillet 2011, Commune de Limoges, n° 323924.

⁵³ V. à cet égard M. WALINE, note sous Tribunal Civil de la Seine, 10 juin 1929, Chemin de fer du Nord.

⁵⁴ Civ. 3^e, 19 mars 2003, Commune d'Orcières, n° 01-17.679.

nouvel article L. 2124-32-1. Il souligne que seules des dispositions spécifiques dans la loi Pinel auraient pu prévoir une telle rétroactivité. Aussi, l'ancien exploitant ne peut être indemnisé pour la perte de son fonds de commerce. Le refus d'appliquer rétroactivement les dispositions introduites par la loi Pinel a été salué par la doctrine eu égard aux difficultés qu'aurait impliquées une telle rétroactivité (par exemple, concernant le point de départ de la rétroactivité)⁵⁵. Cette même doctrine souligne néanmoins l'intérêt que présente la distinction opérée par le Conseil d'État entre fonds de commerce et bail commercial, alors même qu'ils étaient encore très récemment confondus par le juge administratif, cette distinction se comprenant au regard de la nécessité d'assurer une cohérence avec la jurisprudence judiciaire⁵⁶ et eu égard au changement introduit par la loi Pinel.

Pour autant, tous les éléments constituant le fonds de commerce ne sont pas exclus de l'indemnisation. Le Conseil d'État a confirmé le principe, établi de longue date, de l'indemnisation de l'occupant du domaine public à la suite de la résiliation anticipée du titre d'occupation. Il a, en outre, repris les modalités de cette indemnisation établies en 2009⁵⁷ à savoir « le préjudice direct et certain résultant de la résiliation unilatérale d'une telle convention avant son terme, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation conforme aux exigences de la protection du domaine public et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine ». Cette indemnisation inclut certains éléments du fonds de commerce au titre des dépenses exposées. Toutefois, la perte de la clientèle, elle, n'est pas indemnisée, ce qui aurait eu lieu en présence d'un fonds de commerce.

*

⁵⁵ E. LANGELIER, *Le bail commercial et le domaine public : nouvelles d'un couple tumultueux*, JCP A CT, n°16, 20 avril 2015, 2106.

⁵⁶ Cass. com., 27 avril 1993, Consorts Schertzer, n° 91-10.819, *Bull. civ.*, 1993, IV, n° 156, p. 108.

⁵⁷ Décisions *Société Jonathan Loisirs et Commune de Limoges* précitées.

MOBILIER URBAIN – Distinction entre marchés publics et occupation du domaine public

CE, 6 novembre 2014, Tisséo, n° 384170

Par Émilie COSTE

Par un arrêt du 6 novembre 2014, le Conseil d'État a considéré que le juge du référé précontractuel n'était pas compétent pour statuer sur une demande relative à la procédure de passation d'un contrat qui n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA), y compris si la personne publique a spontanément choisi de se soumettre à la procédure applicable aux marchés publics passés par des entités adjudicatrices.

Par cet arrêt, le Conseil d'État précise sa jurisprudence de 2005 *Jean-Claude Decaux*⁵⁸ selon laquelle un contrat portant sur la fourniture, l'installation et l'entretien sur le domaine public d'une commune d'éléments de mobilier urbain entre dans le champ d'application du code des marchés publics.

En l'espèce, l'établissement public Tisséo, qui assure l'exploitation du service public des transports urbains de l'agglomération toulousaine, avait lancé une procédure d'appel d'offres pour la commercialisation des espaces publicitaires des bus et des métros, appel d'offres finalement remportée par la Société Métrobus. Saisi par la société Extérieur Média, candidate évincée, le juge des référés précontractuel du tribunal administratif de Toulouse avait annulé la procédure de passation litigieuse.

Saisi à son tour par l'établissement public Tisséo et par la société Métrobus, le Conseil d'État a jugé que le contrat litigieux revêtait le caractère d'occupation du domaine public en considérant que si « l'établissement public Tisséo est chargé, en vertu de l'article 2.7.2. de la convention passée entre cet établissement et le Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération toulousaine, "de la gestion de la commercialisation des espaces publicitaires", cette mission, confiée par le syndicat à l'établissement public, ne saurait, par elle-même, faire regarder le contrat en litige comme ayant pour objet de répondre aux besoins

⁵⁸ CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298.

de ce dernier, au sens des dispositions de l'article 1^{er} du code des marchés publics ; qu'il en va de même de la circonstance que, en vertu des stipulations de l'article 2.5 du cahier des clauses techniques particulières, le cocontractant de l'établissement public Tisséo doit s'engager à conserver à la disposition de ce dernier, plusieurs semaines par an, une partie des emplacements publicitaires concernés par le contrat, dès lors que de telles stipulations ont pour objet de déterminer dans quelle mesure les supports publicitaires en cause sont mis à disposition du cocontractant pour son exploitation et non de définir un besoin propre de l'établissement public Tisséo en matière de services, auquel répondrait ce cocontractant ».



VOIE DE FAIT – La Cour de cassation a repris la nouvelle définition dégagée par le Tribunal des Conflits

Cass., civ. 3^e, 11 mars 2015, n° 13-24.133

Par Assia OURRAOUI

Dans un arrêt du 11 mars 2015, la Cour de cassation s'est appropriée la nouvelle définition restrictive de la voie de fait qui avait été dégagée par le Tribunal des conflits dans son arrêt *Bergoend*⁵⁹.

La Cour de cassation a repris mot pour mot la formule de l'attendu de principe de l'arrêt *Bergoend*⁶⁰, selon lequel la voie de fait n'est caractérisée « *que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative* ».

En l'espèce, les demandeurs au pourvoi souhaitaient voir qualifier de voie de fait l'installation sans autorisation de deux pylônes d'une ligne électrique aérienne sur leur propriété et demandaient à la Cour de cassation d'en ordonner la cessation. Or, en rejetant ces

demandes, alors qu'elle se reconnaissait jusque-là compétente pour connaître de toute atteinte irrégulière à la propriété privée, la Cour de cassation a adopté la nouvelle définition restrictive de la voie de fait dégagée par le Tribunal des conflits. Elle a ainsi énoncé qu'une implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur une propriété privée, n'est constitutive d'une voie de fait que dans les rares cas d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction du droit de propriété. Ce n'était pas le cas en l'espèce avec l'installation de ces pylônes. Ainsi, en s'alignant sur cette nouvelle définition, la Cour de cassation n'a fait que confirmer la quasi-disparition de la compétence de l'ordre judiciaire en matière d'implantation d'ouvrages publics sur des propriétés privées.

Cette décision marque un nouveau consensus des plus hautes juridictions administrative et judiciaire et du Tribunal des conflits autour de la notion de voie de fait. Il peut s'expliquer tant par l'aboutissement d'un processus de dialogue des juges, que par le simple respect de l'article 11 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. En effet, l'article 13 de ladite loi dispose notamment que « *les décisions du Tribunal des conflits s'imposent à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif* ».



⁵⁹ TC, 17 juin 2013, *Bergoend*, n° 3911 : JurisData n° 2013-013087, *JCP A*, 2013, 2301, note Ch.-A. Dubreuil.

⁶⁰ *Ibid.*

- BRÈVES -

Par Benjamin ROOR

LÉGISLATION

EXPROPRIATION - Adoption du nouveau code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Ordonnance n° 2014-1345 du 6 novembre 2014 relative à la partie législative du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et Décret n° 2014-1635 du 26 décembre 2014 relatif à

la partie réglementaire du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Le nouveau code de l'expropriation pour cause d'utilité publique a été adopté, succédant ainsi au précédent code de l'expropriation codifié en 1977. Il s'agit essentiellement d'une codification à droit constant qui ne bouleverse pas le droit de l'expropriation, mais dont le souci est celui de la clarté et de l'accessibilité de la règle de droit.

JURISPRUDENCES

- DOMANIALITÉ -

DOMAINE PUBLIC – Droit de passage sur le domaine public

CE, 2 juillet 2014, Société Colt Technology Services, n° 360848

Le Conseil a jugé qu'il résulte des dispositions des anciens articles L. 45-1 et L. 46 du code des postes et télécommunications, dans leur rédaction issue de la loi n° 96-659 du 27 juillet 1996, « *que les autorités chargées de la gestion du domaine public routier peuvent refuser le droit de passage aux exploitants autorisés à établir les réseaux ouverts au public lorsque cette occupation n'est pas compatible avec son affectation* ».

C'est ainsi à tort que la Cour d'appel avait jugé que la personne publique pouvait, pour des motifs qui lui sont propres décider de ne pas autoriser le déploiement d'un réseau sur le domaine public routier. Le motif invoqué par l'autorité chargée de la gestion du domaine public routier pour refuser le droit de passage aux exploitants autorisés à établir les réseaux de télécommunication ouverts au public ne saurait être étranger à l'incompatibilité de cette occupation avec l'affectation du domaine.

*

DOMAINE PUBLIC - Qualification du contrat n'ayant pas pour objet même l'occupation du domaine public

TC, 7 juillet 2014, Consorts L. c/Société Semmaris, n° 3956

Le délégataire d'une délégation de service public, personne morale de droit privé, entendait renégocier avec ses cocontractants des conventions d'occupation domaniale du domaine public sur lequel il exerce sa mission de service public. Dans le cadre de cette renégociation, le délégataire avait passé un contrat avec un tiers aux fins que ce dernier l'assiste et le conseille.

Le Tribunal des conflits juge, concernant les conventions d'occupation domaniale, que le contrat conclu par un délégataire de service public, personne morale de droit privé, avec des tiers en vue de l'occupation du domaine public sur lequel il exerce sa mission de service public, est un contrat administratif.

Pareille solution résulte de l'application de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « *sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires* ». En revanche, lorsque l'occupant du domaine public n'est pas délégataire d'un service public, le Tribunal des conflits a jugé par le passé que la convention passée entre l'occupant personne morale de droit privé et un tiers, alors même qu'elle portait occupation du domaine public, était un contrat de droit privé, l'occupant n'agissant pas pour le compte de la personne publique⁶¹.

En revanche, le tribunal juge que le contrat de prestation de service d'assistance et de conseil

⁶¹ TC, 14 mai 2002, Madame Gilles, n° C3836.

conclu entre les deux personnes privées, conclu pour le compte du délégataire et n'ayant pas pour objet par lui-même l'occupation du domaine public, ne peut être qualifié de contrat administratif.

*

DOMAINE PUBLIC – Principe et calcul de l'indemnité due en cas d'occupation sans titre du domaine public

CE, 13 février 2015, Voies navigables de France, n° 366036

Le Conseil d'État rappelle que « toute occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance » ajoutant par la suite que le gestionnaire du domaine public est alors « fondé à réclamer à un occupant sans titre une indemnité compensant les revenus qu'il aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période ».

Le Conseil d'État précise qu'est sans incidence l'éventuelle interdiction de stationner portant sur le domaine irrégulièrement occupé. De même qu'est sans incidence « la circonstance que l'emplacement en cause fasse l'objet d'une interdiction de tout stationnement pour des raisons de sécurité ». En pareil cas, le gestionnaire du domaine public peut alors fixer l'indemnité due au titre de l'occupation irrégulière « par référence au montant de la redevance due pour un emplacement similaire ».

*

DOMAINE PUBLIC – Confirmation de la faculté pour le juge administratif de liquider une astreinte à l'encontre de l'occupant irrégulier du domaine public

CE, 6 mai 2015, M. B c/Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, n° 377487

Le Conseil d'État reconnaît comme principe général « la faculté reconnue aux juges de prononcer une astreinte à l'encontre de personnes privées en vue de l'exécution de leurs décisions, dont découle celle de liquider cette astreinte lorsque la personne se refuse, à l'issue du délai qui lui a été imparti, à exécuter la décision » et ajoute que cette faculté « est employée de manière constante, depuis plusieurs décennies, par le juge administratif statuant en matière d'occupation irrégulière du domaine public ».

De sorte qu'en l'absence même de prévision de cette faculté par la loi, le juge administratif peut

prononcer et liquider une astreinte à l'encontre d'une personne privée occupant irrégulièrement le domaine public sans méconnaître aucune disposition à valeur constitutionnelle pas plus que l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la CESDH.

*

DOMAINE PUBLIC – Appartenance par défaut au domaine public du mur situé à l'aplomb de la voie publique en l'absence de titre de propriété

CE, 15 avril 2015, Mme B., n° 369339

Le Conseil d'État juge qu'« en l'absence de titre en attribuant la propriété aux propriétaires des parcelles en bordure desquelles il est édifié ou à des tiers, un mur situé à l'aplomb d'une voie publique et dont la présence évite la chute de matériaux qui pourraient provenir des fonds qui la surplombent doit être regardé comme un accessoire de la voie publique, même s'il a aussi pour fonction de maintenir les terres des parcelles qui la bordent ».

*

DOMAINE PUBLIC – Action en responsabilité contre l'auteur de dommages causés au domaine public

TC, 13 avril 2015, Province des Iles Loyauté c/Compagnie maritime des Iles, n° 3993

Le juge administratif avait rejeté une action en contravention de grande voirie engagée par une personne publique à l'encontre d'une personne privée au motif tiré de l'irrégularité de la procédure. Un tel rejet a pour conséquence de dessaisir le juge de la contravention de grande voirie.

Le Tribunal des conflits juge qu'un tel rejet ne « s'oppose pas à ce que la personne publique recherche devant la juridiction compétente, en l'absence d'autorité de la chose jugée y faisant obstacle, la responsabilité de la [personne privée] à raison des dommages causés au domaine », la juridiction compétente étant en l'espèce la juridiction judiciaire.

*

DOMAINE PUBLIC – Question de la compétence du juge judiciaire

TC, 13 avril 2015, SNC Worex c/Communauté urbaine de Lyon et société Thierry Chefneux assainissement, n° 3999

Le Tribunal des conflits juge qu'une place ouverte à la circulation des piétons, étant affectée aux besoins de la circulation terrestre, appartient au domaine public routier.

Dès lors, la juridiction judiciaire, compétente pour réprimer les infractions à la police de la conservation du domaine public routier est également compétente pour connaître du bien-fondé du titre exécutoire émis par la personne publique contre le gestionnaire du domaine en vue d'obtenir le remboursement des travaux de dépollution sur cette place rendus nécessaires par le déversement accidentel de carburant par ledit gestionnaire, et ce, même si de tels travaux de dépollution ont le caractère de travaux publics.

*

CONTENTIEUX DE L'EXPROPRIATION

EXPROPRIATION – Le contentieux indemnitaire de l'expropriation relève de la juridiction judiciaire

TC, 8 décembre 2014, Société immobilière du Ceinturon c/Commune d'Hyères-les-Palmiers, n° 3972

Une déclaration d'utilité publique avait servi de fondement à l'expropriation de terrains d'une société. Ces terrains n'avaient toutefois pas reçu une affectation conforme à la déclaration d'utilité publique, à la suite de quoi l'exproprié avait formulé une demande de rétrocession devant le juge administratif, lequel s'était déclaré incompétent pour connaître d'un tel litige. L'exproprié avait par la suite adressé une demande d'indemnisation du préjudice subi à l'expropriant.

Le tribunal des conflits a jugé « *que les tribunaux judiciaires, qui sont compétents pour apprécier si les biens expropriés ont effectivement reçu une affectation conforme à celle définie dans l'acte déclaratif d'utilité publique, le sont également pour condamner, le cas échéant, la collectivité au profit de laquelle a été prononcée la déclaration d'utilité publique au paiement d'une indemnité compensant la perte de plus-value subie par le propriétaire initial ; que, par suite, le litige relève de la compétence des juridictions judiciaires* ».

*

AUTRES

POLITIQUE IMMOBILIÈRE DE L'ÉTAT – Bilan de la Cour des comptes

Cour des comptes, 30 décembre 2014, référé n° 71427

La Cour des comptes relève plusieurs impératifs quant à la mise en œuvre de la politique immobilière de l'État : mieux en préciser les finalités, resserrer sa gouvernance, parfaire la connaissance du parc immobilier, poursuivre la rationalisation des implantations, affiner l'analyse des coûts, clarifier l'architecture budgétaire,

améliorer la programmation des opérations et traiter des sujets, encore pendants, comme celui de l'insuffisance des ressources pour la conservation en bon état du parc. Elle formule quatorze recommandations.

*

6. CONTRATS PUBLICS

- I. FOCUS : LA DIRECTIVE MARCHÉ 2014/24
(p.54)
- II. QUALIFICATION DU CONTRAT (p.59)
- III. LA VIE DES CONTRATS (p.62)
- IV. BRÈVES (p.63)

-FOCUS-

L'ordonnance de transposition de la directive 2014/24 marchés

L'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics a été publiée au Journal officiel du 24 juillet 2015. Cette publication fait office de nouvelle étape très attendue dans le processus de transposition des directives européennes marchés qui devra être finalisée au plus tard le 18 avril 2016. Parmi les 104 articles que contient le texte, voici un décryptage des principales mesures.

Le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics avait déjà intégré dans le code des marchés publics et dans les décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 les mesures suivantes :

- la limitation des exigences des acheteurs relatives à la capacité financière des candidats par le plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible à deux fois le montant estimé du marché ;

- l'allègement des dossiers de candidature par l'interdiction pour l'acheteur de demander des documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique et la possibilité pour les entreprises de ne pas fournir des documents ou renseignements déjà communiqués dans le cadre d'une précédente procédure ;

- l'instauration du partenariat d'innovation.

C'est dans ce mouvement que s'inscrit l'habilitation votée par le Parlement de l'article 42 de la loi du 30 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises à légiférer par voie d'ordonnance. Si cet article autorise le Gouvernement à transposer la directive 2014/24/UE, il fixe également quatre autres objectifs dont ceux de rationaliser l'ensemble des contrats de la commande publique étant des marchés publics au sens de l'Union européenne, de clarifier la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique et d'apporter les

modifications qui seraient nécessaires pour harmoniser l'état du droit.

Le texte présenté au Conseil des ministres du 22 juillet 2015 et publié au Journal officiel du 24 juillet 2015 porte ainsi des mesures qui vont au-delà de la stricte transposition de la directive européenne. Il est l'occasion d'orchestrer une véritable refonte de l'architecture du droit interne des contrats de la commande publique. Certaines mesures emportent également des conséquences sur la passation et l'exécution des contrats entrant dans son champ d'application. L'ordonnance clarifie en outre le contentieux lié à ces contrats et modifie en substance le droit des montages contractuels.

Soumise à consultation du public, la version finale a tenu compte des observations formulées par les acteurs sollicités.

Toutefois, si l'ordonnance pose les grandes lignes d'une réforme du droit de la commande publique, ce sont les décrets d'application, actuellement dans les rouages de Bercy, qui emporteront les véritables conséquences pratiques de ce texte.

Le 22 juillet a également été présenté le projet d'ordonnance qui poursuit le processus de transposition avec la directive concession. Ces deux textes ont vocation à former les articles en L d'un futur code de la commande publique.

I. CHAMP D'APPLICATION

Par Émilie COSTE

I. Un corpus juridique unique pour l'ensemble des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne

L'ordonnance met fin à la dichotomie qui existait jusqu'ici entre le code des marchés publics et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, dont la distinction organique basée sur le statut de l'acheteur qui en résultait était inconnue du droit européen de la commande publique. Le texte met également fin à l'habilitation législative, très critiquée, issue du décret-loi du 12 novembre 1938 autorisant le pouvoir réglementaire à fixer les règles applicables aux marchés publics des collectivités territoriales.

En outre, l'ordonnance fond les partenariats publics privés (PPP), devenus « marchés de partenariat », dans la catégorie des marchés publics et amorce ainsi une unification autour de la typologie binaire du droit européen entre marchés et concessions. Ainsi, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 qui régissait jusqu'ici les partenariats publics privés de l'État et les articles L. 1414-1 à 1416 du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatifs aux PPP des collectivités territoriales laissent désormais place à un unique texte pour l'ensemble des contrats de partenariat. Quant aux décrets d'application n° 2009-243 du 2 mars 2009 et n° 2012-1093 du 27 septembre 2012, ils seront également fondus dans les décrets d'application

sur les marchés publics et les contrats de partenariat à venir.

Par la même, l'ordonnance abroge en tant que contrat de la commande publique les contrats BEA, BEH et AOT et les renvoie au droit commun de la domanialité.

II. Clarification des cas d'exclusions

La révision des directives européennes « marchés publics » a été l'occasion de prendre acte des évolutions issues de la pratique et de lever certains doutes sur les exclusions applicables aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et celles applicables aux relations internes au secteur public.

Ainsi, en matière de quasi-régie et de coopération public-public, l'ordonnance transpose les dispositions de la directive qui ont intégré la jurisprudence de la CJUE dans le corps des textes européens.

En matière d'exclusions du champ d'application, l'ordonnance exclut, entre autres, les contrats d'emprunts ainsi que les marchés de services financiers.

Question très débattue, l'ordonnance n'a toutefois pas suivi la directive qui exclut certains services juridiques tels que ceux de représentation en justice par des avocats et les prestations de conseil juridique qui lui sont liés.

II. LA PASSATION

Par Benjamin ROOR

Afin d'acquérir une vision globale de la question de la passation des marchés publics à la suite de la réforme opérée par le Gouvernement à l'occasion de la transposition des directives européennes, il conviendra d'attendre la publication des décrets d'application. Néanmoins, il est d'ores et déjà possible de noter certaines évolutions issues de l'ordonnance.

Commençons par noter que l'ordonnance rappelle très logiquement, dès son article premier, les principes à valeur constitutionnelle du droit de la commande publique, à savoir : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Concernant les procédures de passation en matière de marchés publics, l'article 42 les présente. Sont ainsi prévues les procédures formalisées suivantes : la procédure d'appel

d'offres ouvert ou restreint, la procédure concurrentielle avec négociation (venant se substituer à l'actuelle procédure négociée du code), la procédure négociée avec mise en concurrence préalable s'adressant spécifiquement aux entités adjudicatrices ainsi que la procédure de dialogue compétitif. De même, cet article prévoit que le recours à une procédure adaptée sera permis en deçà des seuils fixés en ce sens, comme c'est le cas actuellement. Enfin, sera également possible le recours à une procédure

négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable. Les décrets d'application permettront de préciser le déroulé de ces procédures ainsi que les cas de recours.

Néanmoins, l'article 42 ne prévoit pas dans cette liste le concours, ce qui n'a pas manqué d'inquiéter les architectes et maîtres d'œuvres. Présent uniquement à l'article 8 de l'ordonnance, le concours ne semble plus figurer au rang des procédures mais constitue désormais un « *mode de sélection* ». Néanmoins, la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) de Bercy a tenu à se montrer rassurante à ce sujet, renvoyant au futur décret pour en découvrir le nouveau fonctionnement⁶².

Désormais, la passation de tous les marchés publics d'un montant supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire sera soumise à l'obligation d'effectuer une évaluation préalable du mode de réalisation du projet (article 40). À l'instar de l'évaluation préalable existant actuellement en matière de contrats de partenariat, cette évaluation aura pour objet « *de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet* » et comportera « *une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation [du] projet* ». Les marchés de partenariat, appartenant désormais à la catégorie des marchés publics⁶³, sont également soumis à l'obligation, quel que soit le montant sur lequel ils portent, de réaliser cette évaluation. Particularité cependant, l'acheteur recourant au marché de partenariat devra, en sus, réaliser une étude de soutenabilité budgétaire, qui a pour objet d'apprécier « *notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ». Ce mécanisme est une réponse aux critiques qui ont pu être formulées à l'encontre des actuels contrats de partenariat⁶⁴.

Autre point important en matière de marchés de partenariat, leur unique cas de recours devient celui du bilan le plus favorable, l'ordonnance ne reprenant pas les critères de l'urgence et de la complexité. De plus, l'article 75 met également en

⁶² Interview de J. MAÏA, directeur des affaires juridiques de Bercy, *La Gazette*, disponible en ligne : <http://www.lagazettedescommunes.com/381340/le-droit-des-marches-publics-prend-un-coup-de-jeune-explique-jean-maia-directeur-des-affaires-juridiques-de-bercy/> [21 septembre 2015].

⁶³ Articles 66 et 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁶⁴ Rapport d'information de MM. J.-P. SUEUR et H. PORTELLI, Commission des lois du Sénat, *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, n° 733, 16 juillet 2014.

place le principe d'un seuil en deçà duquel l'acheteur public ne pourra pas passer de marché de partenariat. Il ressort néanmoins des dires du Ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, que différents niveaux de seuils adaptés en considération du domaine d'intervention concerné seront proposés par le décret⁶⁵.

Enfin, concernant la mise en œuvre des procédures de passation, nous souhaitons mettre en exergue deux points particuliers.

Tout d'abord, l'ordonnance liste un certain nombre d'interdictions de soumissionner, obligatoires ou facultatives. Parmi les interdictions facultatives, l'acheteur a désormais la possibilité d'exclure de la procédure de passation les candidats qui au cours des trois années précédentes ont commis des manquements graves ou persistants à leurs obligations contractuelles dans l'exécution d'un précédent marché (ou concession) et qui ont été sanctionnés. Dans le même sens, l'article 2 de l'ordonnance apporte une précision importante en ce qu'il permet aux acheteurs publics d'introduire « *des critères ou restrictions fondés sur l'origine de tout ou partie des travaux, fournitures ou services composant les offres proposées ou la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre* ». Ce point sera développé par les décrets d'application mais n'a vocation à s'appliquer qu'eu égard à la réserve de réciprocité que peuvent faire jouer les États.

Ensuite, il convient de noter que concernant l'appréciation des offres, la rédaction de l'ordonnance relative aux critères de sélection est bien moins illustrative que celle de l'actuel code des marchés publics. Il peut être noté que l'appréciation des offres s'étend désormais jusqu'à la sous-traitance puisque le pouvoir adjudicateur peut notamment contrôler le caractère anormalement bas du montant d'une prestation sous-traitée (article 62).

⁶⁵ Interview d'E. MACRON, *Le Moniteur*, disponible en ligne : <http://www.lemoniteur.fr/article/emmanuel-macron-avoir-un-seuil-unique-pour-tous-les-ppp-n-a-pas-de-sens-29142485> [21 sept. 2015].

III. L'EXÉCUTION

Par Assia OURAoui

L'ordonnance comporte également un certain nombre de dispositions relatives à la phase d'exécution des marchés publics. Celles-ci concernent le recours à la sous-traitance, les modifications contractuelles introduites par avenant ou encore l'insertion de clauses sociales et environnementales.

Notons à titre liminaire que ces dispositions ne pourront être mises en œuvre qu'après l'adoption de décrets d'application qui paraîtront prochainement.

Tout d'abord, les dispositions relatives à la sous-traitance ont été complétées et précisées dans le cadre de cette transposition de la directive « marchés ». Est ainsi confirmée la généralisation du recours à la sous-traitance selon les termes de la loi du 31 décembre 1975. L'article 62 I) de l'ordonnance qui pose ce principe y apporte immédiatement une limitation en énonçant que « pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire ». Le texte de transposition pose également d'autres exceptions au recours à la sous-traitance relatives aux marchés de défense et de sécurité.

L'article 62 II) étend la procédure des offres anormalement basses aux sous-traitants.

L'ordonnance étend en outre le principe du paiement direct en matière de sous-traitance à tous les marchés publics.

L'ordonnance fixe ensuite des dispositions relatives à l'introduction de modifications en cours d'exécution du contrat par voie d'avenant par les parties. Elle rappelle ainsi la prohibition des avenants modifiant la nature du contrat et permet la résiliation du marché par l'acheteur public lorsque « l'exécution du marché public ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance ». L'article 65 de l'ordonnance renvoie pour le surplus au pouvoir réglementaire.

Enfin, le texte de transposition de la directive « marchés » reprend également la position de la jurisprudence en ouvrant la possibilité d'insérer au contrat des clauses sociales et environnementales. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice pourra ainsi fixer des objectifs en la matière à son cocontractant. La seule limite précisée étant l'existence d'un lien entre ladite clause et l'objet du marché public.

IV. LES MONTAGES CONTRACTUELS COMPLEXES

Par Émilie COSTE

L'un des apports majeurs de la présente ordonnance réside sûrement dans une refonte du régime des montages contractuels complexes. L'ordonnance instaure deux hypothèses de marchés globaux que sont ceux insérés dans la notion de marchés publics et les « marchés de partenariats » qui bénéficient d'une partie spécifique au sein même de l'ordonnance.

1. Marchés globaux

L'ordonnance harmonise les différents contrats globaux existants (CPE, CREM, REM et marché de conception-réalisation) autour d'un unique texte sur les marchés publics globaux.

Alors que le projet soumis à consultation du public instituait un outil unique pour l'ensemble des anciens contrats globaux, le texte a finalement opéré une distinction entre les marchés de conception-réalisation, les marchés de performance et les marchés globaux spécifiques à certains secteurs.

Ainsi, les marchés de conception-réalisation demeurent soumis aux dispositions de la loi de

1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique. Les acheteurs ne pourront recourir à ce type de contrat que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. En revanche, les marchés publics de performance et les marchés globaux sectoriels dérogent à ces dispositions.

En outre, l'interdiction de paiement différé, dont la suppression avait été envisagée par le projet de texte soumis à concertation publique, a finalement été maintenue pour ce type de contrats.

2. Les marchés de partenariat

Les différentes formules contractuelles existantes sont unifiées autour du marché de partenariat et les contrats de type bail emphytéotique administratif (BEA) ou autorisation d'occupation temporaire (AOT) sont recentrés sur leur vocation d'origine de conventions domaniales.

Si les missions de financement et de construction demeurent bien obligatoires, celles d'entretien, de maintenance, de gestion et d'exploitation sont rendues facultatives. Il est également désormais possible d'inclure une mission de service public dans le périmètre du contrat.

Les marchés de partenariat peuvent en outre être conclus par tout acheteur, à l'exception des organismes, autres que l'État, relevant des administrations publiques centrales mentionnées à l'article 12 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour l'année 2011/2014, ainsi que des établissements publics de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique.

En contrepartie, un marché de partenariat peut être conclu pour les besoins d'un autre organisme à condition qu'une convention soit signée entre l'acheteur et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu.

En outre, il convient de préciser que le marché de partenariat n'est pas un marché public tout à fait comme les autres dans la mesure où il déroge à plusieurs dispositions de l'ordonnance. Ne lui sont pas applicables les dispositions relatives à l'allotissement, aux règlements, avances et acomptes et à la sous-traitance.

S'agissant de sa passation, la fixation d'un seuil pour recourir aux marchés de partenariat initialement prévue par le projet de texte avait

suscité de vives oppositions de la part des différents acteurs de la commande publique. Ces dispositions ont été retirées en cours de route. Toutefois, face à la menace de censure du Conseil d'État, celui-ci a finalement été réintroduit et sera fixé par voie décrétable.

Par ailleurs, les critères de l'urgence et de la complexité ont été supprimés au profit d'un critère unique proche de l'ancien critère de l'efficacité économique. Les modalités d'établissement de ce bilan seront fixées par les décrets d'application. La condition de complexité sera toutefois réintroduite dans les éléments de définition du bilan favorable par les décrets ultérieurs.

En outre, l'évaluation préalable intègre une étude de soutenabilité budgétaire conditionnant l'engagement de la procédure de passation. Celui-ci reprend le contenu de l'étude de soutenabilité budgétaire qui existe actuellement pour l'État et ses établissements publics et s'étend aux collectivités territoriales. Cette évaluation est en outre soumise pour avis à un organisme expert qui sera créé par voie réglementaire. Enfin, les avis et les accords préalables devant être recueillis ont été renforcés.

En matière d'exécution, le partenaire doit désormais s'engager à confier l'exécution d'une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises dans des conditions qui seront fixées par décret. Par ailleurs, le recours à l'arbitrage de l'État doit désormais être autorisé par décret.

Enfin, en matière de financement public, une personne publique peut concourir au financement des investissements, notamment en participant de façon minoritaire au capital de la société de projet, titulaire du contrat. Par ailleurs, la possibilité d'ajuster les modalités de financement de l'offre finale est réaffirmée dans l'ordonnance.

*

LA QUALIFICATION DU CONTRAT

Le Tribunal des conflits sonne le glas de sa jurisprudence *Peyrot*

TC, 9 mars 2015, Mme R. c/Société Autoroutes du Sud de la France, n° 3984

Par Benjamin ROOR

Le juge judiciaire est désormais compétent pour connaître des litiges naissant du contrat passé entre un concessionnaire autoroutier et un entrepreneur privé ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute.

La détermination de la nature d'un contrat (administratif ou de droit privé) est fondamentale eu égard aux conséquences qu'elle emporte, tant sur la compétence juridictionnelle chargée de trancher les litiges entourant le contrat que de l'application des règles de fond à ce contrat. En dehors des cas de détermination de la nature du contrat par la loi, il convient d'appliquer les critères jurisprudentiels, parmi lesquels le critère organique. Or, le fait que le contrat soit passé entre deux personnes privées ne l'extrait pas automatiquement du champ des contrats administratifs.

La jurisprudence *Société entreprise Peyrot* avait établi que les contrats passés par le concessionnaire (personne privée) de l'administration et un entrepreneur (personne privée) qui portaient sur la construction des routes nationales étaient des contrats administratifs en ce que la mission de construction des routes nationales appartient par nature à l'État⁶⁶. Il en ressortait que le juge administratif était compétent pour connaître des litiges survenant de l'exécution de ces contrats.

L'arrêt du 9 mars 2015 met fin à cette jurisprudence, venant juger qu'une « *qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État* » et en conclure « *que les litiges nés de l'exécution de ce contrat*

⁶⁶ TC, 8 juillet 1963, n° 01804

ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». Le Tribunal des conflits module cependant dans le temps les effets de sa décision.

Cette solution fait écho à la décision *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* rendue l'année passée dans laquelle le Tribunal des conflits avait pu juger de manière plus globale que « *les contrats passés par l'exploitant privé d'un ouvrage public pour la réalisation de travaux sur cet ouvrage doivent être regardés comme conclus pour son propre compte et les litiges afférents à leur exécution ressortissent donc à la compétence du juge judiciaire, sauf circonstances particulières tenant, notamment, à la participation de la personne publique propriétaire de l'ouvrage à la définition, au contrôle ou au financement des travaux* »⁶⁷.

*

CLAUSE EXORBITANTE - Une nouvelle définition ?

TC, 13 octobre 2014, SA AXA France IARD, n° 3963

Par Assia OURRAOUI

La clause exorbitante, notion phare du droit administratif, s'est vue attribuer une nouvelle définition à l'occasion de la décision rendue par le Tribunal des conflits.

En l'espèce, il s'agissait de se prononcer sur l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un litige relatif à la location d'un ensemble immobilier à une association locale par la commune de Joinville-le-Pont. La juridiction devait ainsi vérifier la nature administrative ou non du contrat litigieux, afin de se prononcer sur la compétence de la juridiction administrative.

Le juge a écarté tout d'abord le cas de la qualification de contrat administratif par détermination de la loi dans la mesure où l'ensemble immobilier loué relève du domaine privé de la commune en application des conditions posées par l'article L. 2111-1 du code

⁶⁷ TC, 16 juin 2014, n° 3944

général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). Ainsi, d'une part, l'ensemble immobilier n'était pas affecté à l'usage direct du public mais réservé aux seuls membres de l'association et, d'autre part, en l'absence de contrôle de son activité par la commune⁶⁸, l'association n'était pas en charge de l'exercice d'une mission de service public. Par ailleurs, contrairement à la qualification donnée par les parties, le contrat litigieux n'était pas non plus un bail emphytéotique administratif. En effet, l'association ne disposait pas de droits réels sur le bien qu'elle se contentait de louer à la commune qui, quant à elle, demeurait seule en charge des investissements à réaliser.

Enfin, le juge a procédé à l'analyse de la qualification du contrat au regard des critères dégagés par la jurisprudence. Ayant déjà relevé que le contrat en cause n'avait pas pour objet la réalisation d'une mission de service public, il s'est attaché à rechercher la présence de clauses exorbitantes du droit commun, un critère classique qui remonte au célèbre arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* du Conseil d'État⁶⁹. Et c'est donc à l'occasion de ce contrôle que le Tribunal des conflits en a énoncé une définition différente de la clause exorbitante⁷⁰. Ainsi, traditionnellement définie comme une clause « impossible, illicite ou inusuelle en droit privé », une clause dérogeant au droit commun des contrats, le Tribunal des conflits a précisé en l'espèce qu'une telle dérogation s'inscrivait dans une finalité d'intérêt général⁷¹.

Toutefois, loin de transformer la notion, la présente décision s'est contentée d'en préciser les contours en la faisant passer d'une acception négative à une acception positive⁷².



OUVRAGE PUBLIC IMPLANTÉ SUR LE DOMAINE PUBLIC – Autonomisation

⁶⁸ CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), n° 264541, *RFDA* 2008. 67.

⁶⁹ CE, 31 juill. 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille, n° 30701, : Lebon 909, concl. L. Blum.

⁷⁰ M. MENEMENIS, Conclusions sur TC, 13 octobre 2014, SA AXA France IARD, n° 3963.

⁷¹ L. DUTHEILLER de LAMOTHE, *Les habits neufs de la clause exorbitante*, *AJDA*, 10 novembre 2014, p. 2180.

⁷² J. MARTIN, *D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif*, *RFDA*, 2015, p. 23.

de la notion d'ouvrage public et de domaine public

CE, 27 mars 2015, *Société Titaua limited company*, n° 361673

Par Émilie COSTE

Par un arrêt du 27 mars 2015, le Conseil d'État a jugé qu'un bien cessant d'être affecté à un service public n'a plus la qualité d'ouvrage public mais continue, en l'absence de procédure de déclassement, de relever du domaine public.

La notion d'ouvrage public est une clef de répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions qui déclenche, lorsque son existence est avérée, la compétence du juge administratif. Par cet arrêt, le Conseil d'État complète la définition d'ouvrage public qu'il avait donnée dans son avis d'assemblée *Béligaud* du 29 avril 2010⁷³ et renforce l'autonomie de cette notion par rapport à celle de domaine public.

En l'espèce, le port autonome de Marseille avait mis à la disposition de la commune de Port-de-Bouc un ensemble d'équipements appartenant à son domaine public maritime. Un hangar, faisant partie de ces biens, avait fait l'objet d'une convention d'occupation temporaire du domaine public octroyé par la commune à la société Petter quality yachts pour la construction d'un catamaran pour le compte de la société Titaua limited company. À la suite d'un incendie, la question de la qualification de l'ouvrage pour déterminer la responsabilité de la personne publique s'était posée devant le juge administratif.

Le Conseil d'État a jugé qu'« un bien immeuble résultant d'un aménagement et qui est directement affecté à un service public a la qualité d'ouvrage public ; que, dans le cas où un ouvrage implanté sur le domaine public fait l'objet d'une convention d'occupation de ce domaine dont les stipulations prévoient expressément son affectation à une personne privée afin qu'elle y exerce une activité qui n'a pas le caractère d'un service public, le bien en cause ne peut plus être qualifié d'ouvrage tant qu'il n'est pas de nouveau affecté à une activité publique, alors même que, n'ayant fait l'objet d'aucune procédure de

⁷³ CE ass. 29 avril 2010, M. et Mme Béligaud, avis n° 323179.

déclassement, il n'a pas cessé de relever du domaine public ». En l'espèce, alors que la qualité d'ouvrage public du bien a cessé, celle de son appartenance au domaine public demeure. Dès lors, la haute juridiction a jugé que la Cour administrative d'appel de Marseille, en déboutant le requérant de sa demande, n'avait pas commis d'erreur de droit

L'ouvrage a donc perdu sa qualité d'ouvrage public du fait de sa simple désaffectation à une mission de service public sans qu'un déclassement soit nécessaire. La notion d'ouvrage public se distingue de ce fait de celle de domaine public qui nécessite, pour que cette qualité cesse, une désaffectation et un déclassement de la part de la personne publique.



VIE DES CONTRATS

FIN DU CONTRAT – Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'administration

CE, 8 octobre 2014, Société Grenke Location, n° 370644

Par Alexandre RENNESSON

Par une décision du 8 octobre 2014, le Conseil d'État a admis la possibilité de prévoir dans un contrat administratif n'ayant pas pour objet l'exécution du service public la possibilité pour le cocontractant de l'administratif de résilier le contrat.

L'affaire *Grenke Location* posait la question de savoir si le cocontractant de l'administration pouvait invoquer l'exception d'inexécution et, sur le fondement d'une clause contractuelle, résilier unilatéralement le contrat. De manière constante, la jurisprudence administrative considérait que le cocontractant de l'administration était tenu d'exécuter ses obligations contractuelles, y compris lorsque l'administration n'exécutait pas les siennes⁷⁴. Toutefois, le refus de l'exception d'inexécution au profit du cocontractant n'avait pas été consacré en tant que règle générale applicable aux contrats administratifs et la doctrine avait critiqué cette vision très inégalitaire du contrat administratif, l'administration pouvant refuser d'exécuter ses obligations dans le cas où son cocontractant ne respecterait pas ses engagements⁷⁵.

Dans sa décision *Société Grenke location*, le Conseil d'État a rappelé tout d'abord le principe selon lequel le cocontractant de l'administration ne peut se prévaloir des manquements de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat. Ainsi, le Conseil d'État n'a pas admis une règle générale

selon laquelle le cocontractant pourrait opposer une exception d'inexécution à l'administration.

Toutefois, le Conseil d'État a admis ensuite qu'un contrat administratif peut prévoir un droit au profit du cocontractant de résilier unilatéralement en cas d'inexécution par l'administration de ses obligations contractuelles. Ainsi, cette possibilité n'est admise que dans le cas où elle est prévue au contrat et non dans le silence de celui-ci. Par ailleurs, le Conseil d'État a précisé qu'une telle clause ne peut être prévue dans un contrat ayant pour objet l'exécution du service public. Si l'exception d'inexécution au profit du cocontractant est donc dans son principe écartée, elle peut être prévue dans certains contrats administratifs.

Le Conseil d'État a également encadré l'application d'une clause d'exception d'inexécution au profit du cocontractant. Ce dernier doit ainsi préalablement informer l'administration qu'il va résilier le contrat. L'administration peut alors opposer un motif d'intérêt général au cocontractant qui est alors tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations. Il peut toutefois contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé et obtenir la résiliation du contrat. Si, malgré le motif d'intérêt général qui lui est opposé, le cocontractant ne poursuit pas l'exécution du contrat, l'administration peut alors résilier le contrat pour faute du cocontractant.

Dans un arrêt du 2 avril 2015, la Cour administrative d'appel de Nancy a fait application de cette jurisprudence et a admis que le cocontractant pouvait résilier le contrat en raison de l'inexécution par la personne publique de ses obligations⁷⁶.

⁷⁴ CE, 7 juin 1929, Compagnie française des câbles télégraphiques, Rec. p. 654 ; CE, 8 janvier 1976, Ville d'Amiens, Rec. p. 11.

⁷⁵ P. TERNEYRE, *Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs*, *Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOUILLE* : D. 2007, p.803.

⁷⁶ CAA Nancy, 2 avril 2015, Société Grenke Location, n° 14NC01885.

- BRÈVES -

Par Émilie COSTE

LÉGISLATION

MARCHÉS PUBLICS – Simplification des marchés publics

Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics publié au Journal officiel du 28 septembre 2014.

Le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014, entré en vigueur depuis le 1er octobre 2014, a transposé de manière accélérée certaines mesures de simplification prévues dans les directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE sur la passation des marchés publics. Il modifie ainsi certaines dispositions du code des marchés publics et des décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

L'un des apports majeurs du texte est la création du partenariat d'innovation, nouveau type de marchés publics ayant vocation à favoriser la recherche et l'innovation dans le cadre de la commande publique. Le décret favorise également l'accès des entreprises à la commande publique par le plafonnement des exigences des acheteurs publics en termes de capacités financières des candidats. Il consacre l'impossibilité pour les acheteurs publics de réclamer aux entreprises candidates des documents accessibles gratuitement en ligne. Les acheteurs publics ne sont également plus tenus de demander des documents qu'ils ont déjà obtenus dans le cadre d'une précédente procédure d'attribution de marchés publics, à condition qu'ils soient encore valables.

*

CONCESSIONS - Attribution de travaux supplémentaires aux concessions autoroutières

Décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique paru le 8 novembre 2014.

Le décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014, entré en vigueur le 1er janvier 2015, a transposé de manière accélérée le point b du paragraphe 1 de l'article 43 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Il a ainsi créé un article 13-1 dans le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique afin d'y intégrer les critères permettant de modifier des contrats de concession de travaux publics en cours d'exécution, pour confier des travaux supplémentaires au concessionnaire initial, en dehors de l'hypothèse de la survenance d'une circonstance imprévue. Ainsi, les concessions peuvent être modifiées si le montant des travaux est inférieur à 50 % du montant du contrat de concession initial et à la double condition qu'un changement de concessionnaire :
« 1° Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ;
2° Présenterait pour le pouvoir adjudicateur un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts ».

*

COMMANDE PUBLIQUE – Achats publics socialement responsables

Décret n° 2015-90 du 28 janvier 2015 relatif au schéma de promotion des achats publics socialement responsables

Le décret n° 2015-90 du 28 janvier 2015 relatif au schéma de promotion des achats publics socialement responsables transpose l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, dite « loi ESS », qui avait mis en place l'obligation, pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement responsables lorsque le montant total des achats était supérieur à un certain seuil. Ce dernier est

JURISPRUDENCE

- LA PASSATION-

a. Préparation du contrat

MARCHÉS PUBLICS - L'expérience des candidats sur des marchés antérieurs ne peut faire l'objet d'un critère de sélection des offres

CJUE, 9 octobre 2014, Royaume d'Espagne c/Commission européenne, aff. C-641/13

La Cour a jugé que la prise en considération de l'expérience spécifique pour le travail à réaliser pour un marché de travaux est fondée sur la capacité technique des soumissionnaires et cette expérience constitue un critère pertinent pour vérifier l'aptitude des entrepreneurs au regard des dispositions portant plus particulièrement sur les critères dits de « sélection qualitative ».

Or la Cour a distingué les critères d'attribution des critères de sélection qualitative qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question n'ont donc pas la qualité de critère d'attribution. La Cour a ainsi exclu que le critère de l'expérience puisse servir de critère d'attribution.

*

MARCHÉS PUBLICS - Information appropriée sur les critères de sélection des candidatures

CE, 10 avril 2015, Chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse du Sud, n° 387128 (B)

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, pour application du II de l'article 52 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges.

L'information appropriée implique d'indiquer les documents ou renseignements au vu desquels le pouvoir adjudicateur entend opérer la sélection et, en cas de fixation des niveaux minimaux de capacité, de porter ces derniers à la connaissance des candidats. Toutefois, cette information appropriée n'implique pas, en principe, d'obligation d'information sur les modalités de mise en œuvre de ces critères sauf dans le cas où ces conditions, si elles étaient connues initialement, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats.

*

MARCHÉS PUBLICS - La méthode de notation ne doit pas neutraliser la pondération des critères de sélection d'une offre

CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362 (A)

Le pouvoir adjudicateur est libre de définir la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres. Ces méthodes sont toutefois entachées d'irrégularité si elles privent par elles-mêmes de leur portée les critères de sélection ou neutralise leur pondération et, de ce fait, conduisent à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre pour chacun des critères ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il n'importe pas que le pouvoir adjudicateur ait, alors qu'il n'y était pas tenu, rendu public de telles méthodes de notation dans l'avis d'appel à la concurrence.

*

MARCHÉS PUBLICS - Imprécision des critères d'attribution - diligence normale des candidats

CJUE, 12 mars 2015, eVigilo ltd, aff. C-538/13, point 56

Lorsque les critères d'attribution d'un marché sont imprécis, il appartient au juge national de

vérifier si le soumissionnaire concerné était effectivement incapable de comprendre les critères d'attribution en cause ou s'il aurait dû les comprendre en appliquant le standard d'un soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent. La Cour de justice de l'Union européenne précise qu'il doit toutefois être pris en compte le fait que le soumissionnaire concerné et les autres soumissionnaires ont été capables de soumettre des offres et que le soumissionnaire concerné, avant la soumission de son offre, n'a pas demandé d'éclaircissements au pouvoir adjudicateur.

*

b. Procédure de passation

MARCHÉS PUBLICS - Un candidat ayant présenté une offre irrégulière ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché (pour l'indemnisation) y compris quand l'offre retenue était aussi irrégulière

CE, 8 octobre 2014, SIVOM St-François Longchamp Montgellafrey, n° 370990, n° 374632 (B)

Dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché par concours était irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout aussi irrégulière, et n'est pas fondé, par suite, à demander réparation d'un tel préjudice.

*

MARCHÉS PUBLICS - Offre dématérialisée non signée et obligation du candidat

CE, 7 novembre 2014, Service des achats de l'État c/Société Bearing Point, n° 383587 (B)

Le candidat avait utilisé une plate-forme électronique pour déposer son offre qui ne comportait aucune signature électronique de l'acte d'engagement. Le Conseil d'État a considéré que le moyen tiré d'un dysfonctionnement de la plate-forme était inopérant dès lors que la plate-forme avait envoyé un message au candidat dont

il résultait qu'aucune signature électronique n'avait été enregistrée. Le candidat ne peut pas non plus utilement soutenir qu'il n'aurait pas été informé de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement par un dispositif d'alerte spécifique, dès lors qu'en tout état de cause, ni les dispositions de l'article 56 du code des marchés publics ni les documents de la consultation ne prévoyaient la mise en place d'un tel dispositif.

*

MARCHÉS PUBLICS - Absence de réponse à une demande d'information du candidat évincé

CE, 7 novembre 2014, Société Sita Dectra, n° 384014 (B)

En ne répondant pas à la demande d'information d'un candidat évincé sur les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue (article 83 du code des marchés publics), le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Un tel manquement est susceptible de léser le candidat évincé. Dès lors, il y a lieu, avant de statuer sur ses conclusions, présentées dans le cadre d'un référé précontractuel, tendant à l'annulation de la procédure, d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de communiquer, avec copie à la sous-section de la section du contentieux chargée de l'instruction, ceux des éléments de la demande d'information qui sont relatifs aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

*

CONTRATS ADMINISTRATIFS - Contrats passés en méconnaissance du code des marchés publics

TC, 9 février 2015, CCAS de Rueil-Malmaison, n° 3985

Le Tribunal des conflits avait ??? l'ordre juridictionnel compétent pour connaître du litige né de la résiliation, intervenue en 2010, d'un contrat de fourniture conclu en 1997 par un centre communal d'action sociale (CCAS) avec une société privée pour la location de matériels de télé-assistance. Le Tribunal constate que le contrat en cause, en tant que contrat de fourniture passé entre un établissement public administratif et une personne privée pour la satisfaction des besoins du premier, entré, à la

date de sa conclusion, dans le champ d'application du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur, issue du décret du 17 juillet 1964 modifié, alors même qu'il prévoyait non un achat mais une location. La question de savoir si le contrat a été conclu dans le respect des dispositions de ce code étant indifférente au regard de la règle fixée par la loi MURCEF, il doit être qualifié de contrat administratif en application de cette loi.

*

MARCHÉS PUBLICS - Délai de validité des offres

CE, 10 avril 2015, Centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie, Société Helicocean, n° 386912 (B)

Si la personne publique doit, sous peine d'irrégularité de la procédure de passation, choisir l'attributaire d'un marché dans le délai de validité des offres, elle peut toujours solliciter de l'ensemble des candidats une prorogation ou un renouvellement de ce délai.

*

c. Signature du contrat

CONTRAT ADMINISTRATIF – Absence d'autorisation préalable de l'assemblée délibérante de signer un contrat par le maire et vice de consentement

CE, 8 octobre 2014, Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue, n° 370588 (B)

En l'espèce, un contrat était exécuté normalement pendant plusieurs années par une commune, sans qu'elle n'émette d'objection. D'ailleurs, le conseil municipal avait, dans une de ses délibérations, fait référence à une « *décision de la ville* » relative à l'objet du contrat et la commune avait réglé toutes les notes d'honoraires présentées par son cocontractant, à l'exception des dernières qui sont l'objet du litige. Or, aucune autorisation préalable n'avait été donnée par l'assemblée délibérante à la signature du contrat par le maire. Le Conseil d'État a donc jugé que le conseil municipal doit être regardé comme ayant donné son accord *a posteriori* à la conclusion du contrat en litige et, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'absence d'autorisation ne saurait, eu égard au

consentement ainsi donné par le conseil municipal, être regardée comme un vice d'une gravité telle que le contrat doive être écarté et que le litige opposant les parties ne doive pas être réglé sur le terrain contractuel.

*

d. Contrôle du juge sur la passation

MARCHÉS PUBLICS - Contrôle restreint du juge du référé précontractuel sur l'appréciation de la capacité du candidat

CE, 17 septembre 2014, Société Delta process, n° 378722 (B)

Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, en application de l'article 52 du code des marchés publics, sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

*

Pouvoir et devoir du juge du référé précontractuel en matière de suspension en référé après l'annulation d'une procédure de passation d'un marché public

CE, 19 janvier 2015, Société Ribière, n° 385634 (B)

Le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un magistrat ayant prononcé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (article relatif au référé précontractuel), l'annulation de la procédure de passation d'un marché public statue sur une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code et tendant à la suspension de l'exécution du marché attribué après reprise de la procédure de passation conformément à la première décision juridictionnelle.

*

- EXÉCUTION -

a. Exécution technique du contrat

MARCHÉS PUBLICS - Notification de décompte général

CE, 19 janvier 2015, Commune de Châteauneuf, n° 374659(X) (B)

Si, aux termes de l'article 13.42 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés publics de travaux, approuvé par le décret n° 76-87 du 21 janvier 1976 : « *le décompte général signé par la personne responsable du marché doit être notifié à l'entrepreneur par ordre de service [...]»*, ces dispositions n'imposent pas que le décompte général soit notifié par le maître d'œuvre. Par suite, le juge a commis une erreur de droit en jugeant irrégulière une notification du décompte général, signée par le maître d'œuvre, mais notifiée par le maître d'ouvrage.

*

MARCHÉS PUBLICS - Le champ d'application de la responsabilité décennale

CE, 15 avril 2015, Commune de Saint-Michel-sur-Orge, n° 376229 (A)

Il résulte des principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs que des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans.

*

b. Exécution financière du contrat

TRANSFERT DE COMPÉTENCES - Transfert des contrats à un EPIC

CE, 3 décembre 2014, Société Citélum, n° 383865 (B)

Le transfert d'une compétence par une commune à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), en application de l'article L. 5211-17 du code général des collectivités territoriales (CGCT) implique le transfert des biens, équipements et services nécessaires à l'exercice de ces compétences ainsi que des droits et obligations qui leur sont attachés. Ainsi, les dispositions de l'avant-dernier alinéa de ce même article ne visent que les délibérations et les actes se rapportant aux biens, équipements et services nécessaires à l'exercice des compétences transférées, et n'ont dès lors ni pour objet, ni pour effet d'inclure les créances qui résultent de contrats conclus par la commune et venus à expiration avant le transfert, alors même que ces contrats auraient été conclus dans le cadre de l'exercice de ces compétences ultérieurement transférées.

*

c. Résiliation du contrat

EXÉCUTION D'UN SERVICE PUBLIC - Modalités de reprise des sous-contrats à la suite de la résiliation d'une convention portant exécution d'un service public

CE, ass., 19 décembre 2014, Commune de Propriano, n° 368294 (A)

Le Conseil d'État a posé le principe de la reprise par la personne publique des engagements de son cocontractant dans l'hypothèse d'une résiliation unilatérale d'un contrat portant sur l'exécution d'un service public. Il a jugé que « *sans préjudice des dispositions législatives applicables notamment en matière de transfert de contrat de travail, qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon*

fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service ; qu'il n'en va toutefois ainsi que si les contrats en cause ne comportent pas d'engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée, à moins que, dans ce cas, la personne publique n'ait donné, dans le respect de la réglementation applicable, son accord à leur conclusion ».

*

FORMATION DU CONTRAT - La seule apparition d'un déséquilibre des relations contractuelles ne justifie pas une résiliation unilatérale du contrat

CE, 27 février 2015, Commune de Béziers III, n° 357028 (A)

Le Conseil d'État avait déjà admis qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques pouvait être résilié par chacune d'entre elle si un motif d'intérêt général le justifiait⁷⁷. Par un arrêt du 27 février, le Conseil d'État précise cette notion estimant que le bouleversement de l'équilibre de la convention ou la disparition de sa cause constitue un tel motif. Toutefois, la seule apparition d'un déséquilibre dans les relations contractuelles entre deux personnes publiques ne justifie pas une résiliation unilatérale du contrat. Il précise par ailleurs la notion de vice d'une particulière gravité justifiant, dans certaines hypothèses, que le juge écarte le contrat.

*

DSP - Résiliation anticipée d'une DSP et indemnisation de la valeur non amortie des biens de retour

CE, 4 mai 2015, Société Domaine porte des Neiges, n° 383208 (B)

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de résiliation d'une délégation de service public avant

⁷⁷ CE, 4 juin 2014, Commune d'Aubigny-les-Pothees, n° 368895.

son terme et quel qu'en soit le motif, le délégataire a droit à être indemnisé de la valeur non amortie des biens de retour, la circonstance que l'exploitation de la délégation aurait été déficitaire pendant la durée restant à courir de la convention étant à cet égard inopérante, la cour a commis une erreur de droit »

*

d. Contrôle du juge sur l'exécution du contrat

CONCILIATION PRÉALABLE - Procédure de conciliation et conclusions des parties

CE, 14 novembre 2014, Département de la Guadeloupe, n° 376119 (X) (B)

Le Conseil d'État a jugé que des stipulations contractuelles imposant aux parties de se conformer à une procédure de conciliation préalable avant de saisir le juge, si elles sont licites, ne sauraient avoir pour objet ou pour effet, une fois le juge régulièrement saisi par l'un des cocontractants, de subordonner au respect de cette procédure la recevabilité de moyens ou de conclusions reconventionnelles présentés en défense par l'autre partie, en vue notamment d'opposer une compensation.

*

PROCÉDURE D'ADJUDICATION - Contrôle du juge des motifs de la déclaration sans suite

CJUE, 11 décembre 2014, Croce Amica One Italia Srl, aff. C-440/13

Si le juge est susceptible d'en contrôler les motifs, la décision de déclarer la procédure sans suite est discrétionnaire. Ainsi, « le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les États membres prévoient, dans leur législation, la possibilité d'adopter une décision de retrait d'un appel d'offres. Les motifs d'une telle décision de retrait peuvent ainsi être fondés sur des raisons qui ont notamment un rapport avec l'appréciation de l'opportunité, du point de vue de l'intérêt public, de mener à terme une procédure d'adjudication, compte tenu, entre autres, de la modification éventuelle du contexte économique ou des circonstances factuelles, ou encore des besoins du pouvoir adjudicateur concerné. Une telle décision

peut également être motivée par le niveau insuffisant de concurrence, en raison du fait que, à l'issue de la procédure de passation du marché concerné, un seul soumissionnaire demeurerait apte à exécuter ce marché »⁷⁸.

*

ACTE DÉTACHABLE - L'office du juge de l'exécution en cas d'annulation de l'acte détachable d'un contrat privé

CE, 29 décembre 2014, Commune d'Uchaux, n° 372477 (X) (A)

L'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé n'impose pas nécessairement à la personne publique partie au contrat de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de cette annulation. Il appartient d'abord au juge de l'exécution de rechercher si l'illégalité commise peut être régularisée et, dans l'affirmative, d'enjoindre à la personne publique de procéder à cette régularisation. Dans le cas où l'illégalité ne peut être régularisée, il appartient au juge de l'exécution d'apprécier, au regard de la nature de cette illégalité et de l'atteinte que l'annulation pourrait porter à l'intérêt général, s'il y a lieu d'enjoindre à la personne publique de saisir le juge du contrat.

*

MARCHES DE TRAVAUX PUBLICS - Compétence du juge administratif en matière de garantie entre constructeurs

TC, 10 février 2015, Société Ace Européen Group Limited, n° 3983 (X)

Quelle juridiction est compétente pour connaître d'une action d'un participant à des travaux publics contre un autre participant ?

Le Tribunal des conflits a fait évoluer sa jurisprudence de *Castro* selon laquelle « le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont

⁷⁸ CJUE, 11 décembre 2014, *Croce Amica One Italia Srl*, aff. C-440/13, point 35.

unies par un contrat de droit privé »⁷⁹. Par un arrêt du 10 février 2015, il a jugé qu'en présence d'un marché silencieux sur la répartition des prestations entre les membres du groupement, le juge administratif était compétent « quand bien même la répartition des prestations résulterait d'un contrat de droit privé conclu entre eux » si la validité ne présente aucune difficulté sérieuse. Le Tribunal des conflits crée ainsi un bloc de compétence du juge administratif pour les litiges au principal qui opposent les participants à des travaux publics et le maître d'ouvrage public.

*

CONTRATS - Office du juge du contrat et mesure d'exécution

CE, 27 mars 2015, M.B., n° 372942 (X) (B)

Une décision qui se borne à mettre en demeure le cocontractant de procéder à la mise en valeur du terrain qui lui a été attribué par une convention d'occupation dans un délai d'un an doit être regardée comme une mesure d'exécution du contrat et non comme une résiliation. Le juge du contrat n'a donc pas le pouvoir d'en prononcer l'annulation.

⁷⁹ TC, 24 novembre 1997, de *Castro*, n°3060.

AUTRES

ACHAT PUBLIC - Les chiffres du recensement 2013 de l'achat public

Recensement de l'OEAP du 25 novembre 2014

Les chiffres 2013 du recensement des contrats déclarés à l'OEAP traduisent une baisse globale du nombre et du montant des contrats recensés, même si cette baisse est moins forte qu'en 2012. La part des PME est consolidée tant en nombre de marchés qu'en termes de montants. En quelques chiffres, 96 514 marchés initiaux ont été notifiés (-6,5 %) pour un total de 71,5 milliards d'euros hors taxe (-5,3 %). La baisse globale est surtout due aux contrats de l'État dont le montant a diminué de 14,8 % et aux contrats des opérateurs de réseaux qui enregistrent une baisse de 3,3 %. En revanche, les contrats des collectivités territoriales ont augmenté de 9 %. Par ailleurs, la part attribuée à des PME en 2013 était de 58,3 % du nombre de marchés, soit 27,2 % du montant hors taxe, contre respectivement 57,7 % et 27,6 % en 2012⁸⁰.

*

COMMANDE PUBLIC - Mission d'information sénatoriale sur la commande publique

Dans le contexte de transposition des directives du 26 février 2014, le Sénat a créé en avril une mission d'information sur la commande publique. Il s'agira notamment de comparer achat public et achat privé, d'examiner les bonnes pratiques et de déterminer dans quelles conditions la commande publique pourrait davantage contribuer au développement des PME. Présidée par M. Philippe Bonnecarrère, elle organise des auditions et a mis en ligne un questionnaire ainsi qu'un espace participatif jusqu'au 4 septembre 2015.

*

⁸⁰ L'ensemble des chiffres est disponible en ligne : <http://www.economie.gouv.fr/daj/chiffres-recensement-2013-lachat-public-baisse-moins-forte-que-2012-mais-part-des-pme> [21 septembre 2015].

7. DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX PUBLIC

- I. FOCUS : LE CUMUL DES POURSUITES POUR MANQUEMENT ET DÉLIT D'INITIÉ EST INCONSTITUTIONNEL (p.72)
- II. PRINCIPE SILENCE VAUT ACCORD : MULTIPLICATION DES EXCEPTIONS AU NOUVEAU PRINCIPE (p.73)
- III. LIGNES DIRECTRICES ET ORIENTATIONS GÉNÉRALES – LES UNES SONT INVOCABLES DEVANT LE JUGE, LES AUTRES NON (p.74)
- IV. RÉFORME DU TRIBUNAL DES CONFLITS – L'INSTITUTION FAIT PEAU NEUVE (p.75)
- V. AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT - LES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT RENDUS PUBLICS (p.75)
- VI. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF – BILAN DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES POUR 2014 (p.76)
- VII. PGD – FACULTÉ DU JUGE DE PRONONCER ET DE LIQUIDER DES ASTREINTES À L'ENCONTRE DES PERSONNES PRIVÉES SANS TEXTE (p.76)
- VIII. BRÈVES (p.78)

NON BIS IN IDEM – Le cumul des poursuites pour manquement et délit d’initié est inconstitutionnel

CC, 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015/462 QPC

Par Assia OURRAOUI

Par un arrêt du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a considéré que l’application cumulée de ces deux dispositions constituait une violation du principe *non bis in idem*.

Se fondant sur le principe de nécessité des délits et des peines selon lequel nul ne peut être poursuivi deux fois pour les mêmes faits, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le cumul de poursuites pour manquement et délit d’initié le 18 mars 2015.

Les Sages ont en effet retenu que les deux dispositions litigieuses étaient de même nature en ce qu’elles visaient les mêmes personnes et les mêmes actes ; concernaient les mêmes intérêts sociaux de protection des investisseurs et de « *bon fonctionnement et [d]’intégrité des marchés financiers* » (cons. 25) ; et faisaient encourir des sanctions de même nature. Enfin, ce cumul de sanction est d’autant plus contestable que l’ordre judiciaire est *in fine* compétent dans le cadre des deux procédures, d’une part directement *via* le juge pénal et d’autre part au titre de la voie de recours ouverte contre les sanctions prononcées par l’Autorité des marchés financiers (AMF)⁸¹.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a notamment décidé d’abroger l’article L. 465-1 du code monétaire et financier définissant le délit d’initié et les dispositions concernant la poursuite de ce délit devant l’AMF. Soucieux de préserver les procédures en cours et de permettre au législateur d’intervenir sans précipitation, le Conseil constitutionnel a décidé de reculer les effets de cette abrogation au 1^{er} septembre 2016. Seule l’interdiction de lancer ou de maintenir un cumul de poursuites est d’application immédiate.

La position adoptée par le Conseil constitutionnel n’allait pas de soi au regard de la jurisprudence interne qui ne prohibait classiquement que le cumul de dispositions pénales entre elles.

⁸¹ J. BOSSAN, *Le cumul des poursuites appréhendé par le Conseil constitutionnel*, *AJ Pénal*, 2015, p. 179.

Ainsi dès 1989, le Conseil constitutionnel énonçait que le principe de nécessité des délits et des peines était inapplicable aux cas de cumul entre sanctions pénale et administrative⁸². Plus récemment, dans une décision rendue le 22 janvier 2014, la Chambre criminelle de la Cour de cassation validait la sanction d’une personne poursuivie pour les mêmes faits devant l’AMF et le juge pénal en raison de la nécessité de garantir une « *sanction effective, proportionnée et dissuasive* ». La seule limite qui était alors posée par le juge judiciaire résidait dans le respect du principe de proportionnalité des peines, limitant le montant cumulé des amendes à celui de la sanction la plus élevée encourue.

En outre, rappelons que le Conseil constitutionnel n’avait jusque-là, jamais donné valeur constitutionnelle au principe de nécessité des délits et des peines, dont il rappelait la simple valeur législative dans une décision de 1982 relative à la loi sur les prix et les revenus⁸³.

Dès lors, c’est finalement sous l’impulsion du droit européen que la jurisprudence interne a été amenée à évoluer. La Convention européenne des droits de l’homme consacre en effet clairement le principe *ne bis in idem* à l’article 4 de son protocole n° 7⁸⁴. Un principe qu’elle a notamment eu l’occasion d’affirmer dans deux arrêts récents dits *Zolotoukhine*⁸⁵ et *Grande*

⁸² CC, 28 juillet 1989, n° 89-260 DC.

⁸³ CC, 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, n°82-143 DC.

⁸⁴ R. PARIZOT, *Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, *AJ Pénal*, 2015, p. 173.

⁸⁵ CEDH, 10 février 2009, n° 14939/03, *Zolotoukhine c/ Russie*, § 82, *AJDA*, 2009, p. 872, chron. J.-F. FLAUSS ; *D.*, 2009, p. 2014, note J. PRADEL ; *RSC*, 2009, p. 675, obs. D. ROËTS ; *JCP*, 2009, p. 143, n° 31, obs. F. SUDRE.

Stevens⁸⁶. Dans cette dernière espèce, le principe de *ne bis in idem* a conduit la Cour à s'opposer au lancement de poursuites pénales à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet d'une sanction administrative – équivalant à une sanction pénale définitive – pour les mêmes faits de diffusion de fausses informations financières. La distinction entre sanctions pénales et administratives ne pouvait donc plus servir de justification pour valider le cumul de poursuites en droit interne.

Bien que la décision commentée emporte certaines conséquences, telles que la remise en cause du procès EADS devant le juge pénal, celles-ci ne semblent pas s'étendre au-delà du droit de la répression des abus de marché⁸⁷. En effet la Cour de cassation s'est, à diverses reprises, montrée favorable au cumul entre sanctions pénales et fiscales, douanières ou encore disciplinaires. L'usage de qualifications pénales spécifiques et l'absence de généralisation dans la décision commentée conduisent à penser que l'interdiction du cumul ne concerne pas d'autres types de contentieux. La doctrine a ainsi regretté la portée limitée de la décision⁸⁸.

La modulation des effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité devrait laisser le temps au législateur d'apporter les modifications nécessaires aux dispositions réprimant les abus de marché⁸⁹. En ce sens, la doctrine a proposé diverses pistes telles que la transformation de l'Autorité des marchés financiers en tribunal des marchés financiers⁹⁰ ou encore l'adoption d'une nouvelle répartition

⁸⁶ CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et a. c/ Italie, n° 18640/10, n° 18647/10, n° 18663/10, n° 18668/10 et n° 18698/10, *Rev. Sociétés*, 2014, p. 675, note H. MATSOPOULOU ; RSC, 2014, p. 110, obs. F. STASIAK ; *ibid.* 2015, p. 169, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Bull. Joly Bourse*, avril 2014, p. 209, note J. CHACORNAC.

⁸⁷ F. SUDRE, *Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel*, *JCP G*, n° 13, 30 mars 2015, p. 368 ; H. MATSOPOULOU, *La fin partielle du cumul des poursuites pour manquement et pour délit d'initié*, *Soc.*, 2015, p. 380.

⁸⁸ J. LASSERE CAPDEVILLE, *La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 : impacts et adaptations envisageables*, *AJ Pénal*, 2015, p. 182.

⁸⁹ J. LASSERE CAPDEVILLE, *Tremblement de terre pour le droit des abus de marché*, *Dalloz actualité*, 20 mars 2015.

⁹⁰ D. SCHMIDT et A. LE FUR, *Pour un tribunal des marchés financiers*, *Bull. Joly Bourse*, janvier 2015, p. 24.

des sanctions entre l'AMF et la juridiction pénale⁹¹.

*

PRINCIPE SILENCE VAUT ACCORD – Multiplication des exceptions au nouveau principe

*42 décrets d'application de la loi n° 2013-1005 du
12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à
simplifier les relations entre l'administration et les
citoyens, publiés au Journal officiel le 1^{er} novembre
2014*

Par Assia OURRAOUI

Les 42 décrets d'application viennent apporter de nombreuses exceptions et adaptations au nouveau principe selon lequel le silence de l'administration vaut acceptation

Les décrets d'applications publiés reprennent les exceptions au nouveau principe qui étaient déjà énumérées dans la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

Auparavant, le silence de l'administration pendant deux mois à une demande formulée par un citoyen équivalait au rejet de celle-ci⁹². De sorte que l'écoulement de ce délai sans réponse de l'administration ouvrait à l'administré, la possibilité de former un recours juridictionnel contre cette décision de rejet implicite.

Dès lors, il convient de relativiser l'extinction de ce principe classique en raison de la présence de cinq exceptions au champ d'application très large. Ne sont pas concernés par la nouvelle règle⁹³ :

- Les demandes relatives à des actes règlementaires ;

⁹¹ J. LASSERE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, *Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière*, *D.*, 2012, Chron. 693.

⁹² B. SELIER, *Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'administration*, *RFDA*, 2014, p. 35.

⁹³ J.-P. DEROSIER, *La nouvelle règle « le silence vaut acceptation » si rarement applicable*, *La semaine juridique Administration et Collectivité territoriales*, n° 45, 10 novembre 2014, p. 2305.

- Les décisions individuelles relatives aux relations entre l'administration et ses agents ;
- Les demandes ne s'inscrivant pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire ;
- Parmi ces dernières, les demandes présentant le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif ;
- Les demandes présentant un caractère financier, sauf pour les cas prévus par décret en matière de sécurité sociale.

À ces exceptions, s'ajoutent deux dispositions très vagues, limitant également le principe du silence valant accord. Il est ainsi, d'une part, possible de déroger à ce principe par décret, lorsqu'« *une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public* » et d'autre part « *eu égard à l'objet de la décision ou pour des motifs de bonne administration* ».

Ainsi, tandis que l'objectif affirmé par l'inversement du principe était d'apporter une simplification des procédures, l'introduction de ces exceptions rend le système plus complexe que jamais. Une complexité source d'insécurité juridique pour les administrés concernés par une des diverses exceptions et qui pourrait conduire à une sanction de la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'absence d'accès effectif à un recours⁹⁴.

*

LIGNES DIRECTRICES ET ORIENTATIONS GÉNÉRALES – Les unes sont invocables devant le juge, les autres non

CE, sect., 4 février 2015, Ministre de l'Intérieur c/C. O., n° 383267 et 383268

Par Émilie COSTE

Par un arrêt du 4 février 2015, le Conseil d'État a défini les concepts de lignes directrices et d'orientations générales édictées par l'Administration et a précisé

⁹⁴ *Ibid.*

dans le même temps les cas dans lesquels les dispositions d'une instruction ou d'une circulaire de l'Administration étaient invocables devant le juge et ceux où elles ne l'étaient pas.

La section contentieuse du Conseil d'État a jugé que les dispositions de la « circulaire Valls » du 28 novembre 2012 sont de simples orientations générales et, de ce fait, ne pouvaient être invoquées à l'appui d'un recours devant le juge administratif. Au-delà de son retentissement politique, cette jurisprudence a entraîné des conséquences juridiques majeures s'agissant de la valeur juridique des dispositions contenues dans une circulaire.

Si les concepts de lignes directrices et d'orientations générales n'étaient pas totalement inconnus de sa jurisprudence, le Conseil d'État leur a donné un intérêt nouveau en les utilisant comme instruments de mesure de l'invocabilité des instructions et circulaires de l'Administration devant le juge administratif.

Dans son arrêt *Crédit foncier de France*⁹⁵, définissant le statut de la directive, le Conseil d'État avait utilisé la notion d'orientations générales pour définir les moyens opérants dans l'acte édicté par l'Administration. Or, un arrêt du 19 septembre 2014 avait introduit le doute en employant, toujours à propos d'une directive, la notion de lignes directrices pour évoquer les mêmes conséquences juridiques⁹⁶.

L'arrêt du 4 juin 2015 lève la confusion en définissant les lignes directrices comme les dispositions d'une circulaire prévoyant « *l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer* » et les orientations générales comme des « *mesures de faveurs* ». Alors que les premières sont des moyens opérants, les secondes ne sont pas créatrices de droit pour l'intéressé.

*

⁹⁵ CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, n°78880.

⁹⁶ CE, 19 septembre 2014, M.A., n° 364385.

RÉFORME DU TRIBUNAL DES CONFLITS – L’institution fait peau neuve

Par *Émilie COSTE*

L'article 13 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures a introduit la réforme très attendue du Tribunal des conflits, préconisée par le rapport Gallet de 2013, et mise en œuvre par le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

Les textes régissant l'organisation, le fonctionnement et la procédure du Tribunal des conflits n'avaient pas connu d'évolution majeure depuis son origine alors que, dans le même temps, les juridictions des ordres administratifs et judiciaires se réformaient sous l'influence de nouvelles conceptions des relations entre justiciables et les tribunaux, d'une part, et de la prise en compte des exigences constitutionnelles et européennes contemporaines d'autre part. Un toilettage était donc attendu de longue date.

Réforme symbolique, la loi du 16 février 2015 supprime la présidence de l'institution par le ministère de la Justice qui constituait depuis plus d'un siècle une anomalie subie par le Tribunal des conflits, pierre angulaire de la dualité juridictionnelle qui reposait sur le principe de séparation des pouvoirs. Cette suppression entraîne une composition du tribunal à 8 membres soumis à réélection tous les trois ans et rééligibles seulement deux fois. Depuis le 1^{er} avril 2015, la juridiction comprend quatre conseillers d'État élus par l'assemblée générale du Conseil d'État, quatre magistrats du siège hors hiérarchie de la Cour de cassation et deux suppléants. Ces membres choisissent parmi eux, pour trois ans, un président issu alternativement du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Si une majorité ne peut être dégagée après deux délibérations, l'affaire est examinée en formation élargie de deux conseillers d'État et deux magistrats du siège supplémentaires dans les conditions que le décret n° 2015-233 a fixé.

La loi accroît également le champ de compétence du Tribunal en lui reconnaissant une compétence exclusive pour connaître d'une action en indemnisation du préjudice découlant d'une durée totale excessive des procédures juridictionnelles. Le décret précise que ce recours doit être précédé d'une demande préalable

adressée au ministre de la Justice dont le silence gardé pendant deux mois vaut refus.

Le décret simplifie également les procédures de conflit positif, de conflit négatif et de recours en cas de contrariété de décision au fond. Surtout, il crée une procédure de question préjudicielle prévue par la loi permettant aux juridictions saisies d'un litige qui soulève une question de l'autre ordre de saisir elles-mêmes les juridictions de cet ordre.

*

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT - Les avis du Conseil d'État rendus publics !

Discours de François Hollande du 20 janvier 2015, à l'occasion des vœux aux corps constitués & Proposition de loi constitutionnelle n° 2499 visant à rendre publics les avis du Conseil d'État déposée le 19 janvier 2015

Par *Benjamin ROOR*

Depuis le 19 mars 2015, les avis du Conseil d'État sont rendus publics à la date de leur adoption par le Conseil des ministres, soit le jour de leur transmission au Parlement. Le but de cette démarche : informer les citoyens et éclairer les débats parlementaires.

Dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil d'État est amené à rendre différents avis. Il peut ainsi être consulté par le Premier ministre ou par les ministres « *sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » (article L. 112-2 du code de justice administrative). De plus, il est amené à rendre des avis sur les projets de texte élaborés par le Gouvernement en vertu de l'article L. 112-1 du même code. Il est d'ailleurs tenu, en vertu d'exigences constitutionnelles, de rendre un avis sur tous les projets de loi et ainsi que sur toutes les ordonnances prises par le Gouvernement.

Historiquement, les avis rendus par le Conseil d'État restaient secrets. En pratique cependant, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande du Conseil, rendre public les avis reçus. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État, dressait les évolutions en la

matière⁹⁷, notant d'une part, que la publicité des « avis rendus sur des questions de droit s'est considérablement renforcée en 2014 » et d'autre part, avec le discours du Président de la République et la proposition de loi constitutionnelle, les avis du Conseil d'État rendus sur les projets de loi avaient désormais également vocation à être publiés.

Le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité pour le citoyen se trouve renforcé par la publicité des avis du Conseil d'État. Néanmoins, certains auteurs ont fait part de certaines craintes quant aux conséquences qui pouvaient accompagner cette évolution. Le Conseil d'État, à l'occasion des avis qu'il rend, contrôle la qualité rédactionnelle des projets de textes examinés et veille à leur régularité juridique, quitte à participer à leur réécriture. Au-delà d'une analyse purement juridique, le Conseil d'État se prononce également sur l'opportunité administrative du texte qui lui est soumis. « *La plume étant d'autant plus libre qu'elle sait qu'elle ne sera pas livrée sans précaution à l'opinion publique* », ces auteurs⁹⁸ craignent alors que les avis futurs, par autocensure, omettent toute analyse de l'opportunité administrative des textes qu'ils étudient.

*

CONTENTIEUX ADMINISTRATIF – Bilan de l'activité contentieuse des juridictions administratives pour 2014

Par Alexandre RENNESSON

L'année 2014 aura été marquée par une augmentation du nombre des affaires enregistrées et jugées tandis que les délais de jugement ont continué de diminuer.

En 2014, 274 920 affaires auront été enregistrées devant les juridictions administratives, dont 12 082 devant le Conseil d'État (+30,8 % par rapport à 2013), 29 857 devant les cours administratives d'appel (+3,4 %), 195 625 devant les tribunaux

⁹⁷ J.-M. SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État, Intervention devant le Parlement de la République de Croatie portant sur le rôle consultatif du Conseil d'État, le 3 mars 2015.

⁹⁸ Q. DE KERSAUSON et T. BARDET, *Tempête sur les avis ?*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 8, 23 Février 2015, act. 174.

administratifs (+11,3 %) et 37 356 devant la Cour nationale du droit d'asile (+7,5 %).

La croissance du nombre d'affaires jugées se concentre sur certains contentieux : les contentieux sociaux (+22 %) et notamment le contentieux du droit au logement opposable (+31 %) et du RSA (+26,5 %), le contentieux fiscal (+22 %), le contentieux de la fonction publique (+20 %) et le contentieux des obligations de quitter le territoire français (+18,5 %).

249 639 affaires ont été jugées dont 12 252 par le Conseil d'État (+26,5 % par rapport à 2013), 29 930 par les cours administratives d'appel, 188 295 par les tribunaux administratifs (+2,8 %) et 39 162 par la Cour nationale du droit d'asile (+1,6 %).

Le délai prévisible moyen de jugement est de 8 mois au Conseil d'État (-27,28 % depuis 2004), 11 mois et 1 jour en cour administrative d'appel (-48 % depuis 2004), 10 mois et 1 jour en tribunal administratif (-45 % depuis 2004) et 6 mois et 4 jours à la Cour nationale du droit d'asile (-20 jours par rapport à 2013).

L'évolution récente tendant à l'apurement des stocks s'est poursuivie : ainsi, la part des affaires pendantes de plus de 2 ans a diminué : - 4,5 % au Conseil d'État, -2,7 en cour administrative d'appel et - 10,7 % en tribunal administratif.

96,44 % des jugements des tribunaux administratifs sont la solution définitive du litige. 77,6 % des décisions des cours administratives d'appel ont confirmé les jugements des tribunaux administratifs.

*

PGD – Faculté du juge de prononcer et de liquider des astreintes à l'encontre des personnes privées sans texte

CE, 6 mai 2015, M. T., n° 377487

Par Émilie COSTE

Par un arrêt du 6 mai 2015, le Conseil d'État a jugé que la faculté pour le juge administratif de prononcer, sans fondement textuel, une astreinte à l'encontre d'une personne privée occupant irrégulièrement le domaine public ne méconnaît pas l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

En l'espèce, un occupant sans titre du domaine public avait procédé à des installations sur le domaine public maritime de Bonifacio sans autorisation. Il avait été condamné par le tribunal administratif de Bastia, puis par la cour administrative d'appel de Marseille, à remettre les lieux en état sous astreinte par jour de retard. Par suite, le requérant a saisi le Conseil d'État contestant la faculté pour le juge de la contravention de grandes voiries d'assortir ses décisions d'une astreinte à l'encontre d'une personne privée.

Le Conseil d'État a jugé que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 1P1 CEDH), en mentionnant les conditions prévues par la loi, visent à la fois le droit écrit et le droit non écrit, et exigent seulement que ce droit soit, d'une part, suffisamment accessible et, d'autre part suffisamment précis et prévisible pour que le citoyen, en s'entourant le cas échéant de conseils éclairés, soit à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à découler d'un acte déterminé.

Or, le Conseil d'État rappelle que le pouvoir du juge administratif de prononcer une astreinte, non pas à l'égard d'une personne publique chargée d'une mission de service public, mais à l'encontre d'une personne privée est un principe général du droit affirmé depuis plusieurs décennies⁹⁹.

Ainsi, la personne faisant l'objet d'une action contentieuse devant le juge administratif pour occupation irrégulière du domaine public est en mesure de prévoir que le juge puisse assortir l'injonction de libérer les lieux d'une astreinte, qui sera en principe liquidée si celle-ci n'a pas été entièrement exécutée à l'issue du délai fixé par le jugement.

Ainsi, le Conseil d'État rejette le pourvoi en considérant que la circonstance selon laquelle la faculté du juge administratif de prononcer une astreinte à l'encontre d'une personne privée occupant irrégulièrement le domaine public ne soit pas prévue par loi méconnaît l'article 1 p1 CEDH.

*

⁹⁹ CE, 10 mai 1974, Sieur B. et sieur H, n° 85132 et 85149.

- BRÈVES -

Par Assia OURRAOUI

INSTITUTIONS/JURIDICTIONS

UNION EUROPÉENNE - La CJUE défavorable à l'adhésion de l'UE à la CEDH

CJUE, avis 2-1/, 18 décembre 2014

Alors que le traité de Lisbonne impose à l'institution son adhésion à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH), dans un avis rendu le 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne s'est dite défavorable à une telle adhésion. Elle a considéré que le projet d'accord relatif à l'adhésion à la CEDH n'était pas compatible avec le droit de l'UE en ce qu'il risquerait de « *compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union* ». Elle s'oppose notamment au fait que l'Union européenne soit traitée dans ce cadre comme tout autre État-partie et dispose d'un rôle identique dans la mesure où ce serait contraire à la nature de l'Union.

*

UNION EUROPÉENNE - L'accès aux mémoires des États membres ne peut être automatiquement refusé par la Commission au motif qu'il s'agit de documents juridictionnels

TUE, 27 février 2015, Patrick Breyer c/Commission, aff. T-188/12

Les traités de l'Union européenne assurent en principe un accès aux documents administratifs à tout citoyen en faisant la demande. Le règlement n° 1049/2001 établissant le champ d'application du droit d'accès pose néanmoins une exception à ce principe afin de préserver les procédures juridictionnelles, « *à moins qu'un intérêt supérieur n'en justifie la divulgation* ». C'est sur ce fondement que la Commission européenne avait initialement refusé la communication des mémoires déposés par l'État autrichien dans le cadre d'une procédure juridictionnelle en manquement.

Or, en l'espèce, le Tribunal a annulé cette décision en retenant que les mémoires en question ne constituaient pas des documents juridictionnels et relevaient donc du champ d'application des dispositions sur le droit d'accès. Le juge communautaire a en effet procédé à une distinction entre, d'une part, les documents relatifs à l'activité juridictionnelle de la Cour et, d'autre part, les mémoires alimentant une procédure juridictionnelle. Les premiers relevant seuls de l'exclusion au droit d'accès. Toutefois, le Tribunal a rappelé que l'application du règlement aux mémoires déposés par un État ne préjuge pas de l'application d'une des exceptions prévues dans le texte et plus largement du droit pour l'État d'en refuser la divulgation.

*

UNION EUROPÉENNE - Les dispositions européennes relatives aux clauses abusives dans les contrats de consommation peuvent s'appliquer aux contrats passés entre un avocat et son client

CJUE, 15 janvier 2015, Birutė Šiba c. Arūnas Devėnas, aff. C-537/13,

À l'occasion de questions préjudicielles posées dans le cadre d'un litige lituanien, la Cour de justice européenne a eu l'occasion de préciser le champ d'application de la directive 93/13/CEE relative aux clauses abusives dans les contrats de consommation. Ainsi, elle reconnaît que la directive puisse s'appliquer en matière de prestations de services juridiques, notamment entre un avocat et son client. Un tel cas de figure correspond en effet à un contrat entre un consommateur et un professionnel, caractérisé par une situation d'asymétrie d'information entre le client et son avocat qui dispose de « *compétences techniques élevées* ». Elle a ajouté que la spécificité de la prestation ainsi que les obligations déontologiques de ce professionnel n'emportaient aucune conséquence en matière d'application de la directive.

En revanche, de telles prestations de services juridiques ne sont pas systématiquement

soumises à cette directive. Pour ce faire, deux conditions doivent être examinées. Il faut d'une part être en présence de clauses standardisées insérées par l'avocat ou son ordre professionnel et d'autre part que le juge national opère un contrôle de la clarté et de l'intelligibilité des clauses.

En définitive, les cas de figure de prestations de services juridiques soumises à la directive sont peu nombreux et le risque de sanction pour les avocats faible.

*

COUR DES COMPTES - Rapport de la Cour des comptes sur le recours au Conseil extérieur de l'État du 12 mars 2015

Rapport de la Cour des comptes du 12 mars 2015 sur « Le recours par l'État aux conseils extérieurs »

Dans ce rapport demandé par la Commission des finances du Sénat, la Cour des comptes formule onze recommandations relatives aux dépenses et aux conditions de recours et d'emploi de conseils extérieurs par l'État.

Parmi les principaux constats des sages, figure le fait que les dépenses relatives au recours à des conseils extérieurs varient sensiblement entre ministères et qu'ils se concentrent souvent sur les mêmes prestataires. La Cour des comptes a également relevé que l'administration ne disposait pas des outils adaptés lui permettant de mobiliser en priorité les ressources internes dont elle dispose.

*

TRIBUNAL DES CONFLITS - Le Tribunal des conflits présente son rapport annuel

Rapport annuel d'activité du Tribunal des Conflits pour l'année 2014

Le rapport annuel présente le fonctionnement et la jurisprudence du Tribunal des conflits. Il rend compte de son activité et analyse une sélection de décisions rendues au cours de l'année.

En 2014 la juridiction s'est prononcée sur 49 affaires, un chiffre en hausse par rapport à l'année précédente. Il s'agissait en majorité de cas de saisine en prévention de conflits négatifs. En outre, environ 60 % des cas relatifs à un conflit d'attribution ont été considérés comme relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, traduisant ainsi une certaine méconnaissance de sa compétence par ladite juridiction.

*

TRIBUNAL DES CONFLITS - Le recours en rectification d'erreur matérielle est ouvert à une partie devant le Tribunal des conflits sauf lorsqu'elle en est à l'origine

TC, 17 novembre 2014, Groupama Méditerranée c/Sivom de la Rouvière, n° 3978 (A)

« Considérant que, lorsqu'une décision du Tribunal des conflits est entachée d'une erreur matérielle qui en affecte le sens ou la portée, la partie intéressée peut introduire devant le Tribunal un recours en rectification de cette erreur, hors le cas où elle est elle-même à l'origine de l'erreur qu'elle entend dénoncer ».

SANCTIONS DEVANT L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS

SANCTION - Précisions sur le principe d'application de la loi pénale plus douce pour les sanctions de l'AMF

CE, 28 novembre 2014, Société Arkéon Finance et autres, n° 362868.

En 2012, la société Arkéon est sanctionnée par l'Autorité des marchés financiers pour avoir

commercialisé des titres financiers sans visa ni démarchage en vue de leur placement, procédure obligatoire dans le cadre d'opérations d'une valeur supérieure à 2,5 millions d'euros. Or, les requérants contestaient en l'espèce ladite sanction en vertu du principe d'application de la loi pénale la plus douce. Elle s'appuyait ainsi sur le relèvement du seuil précité de 2,5 à 5 millions d'euros, opéré par un arrêté du 14 juin 2012 du ministère de l'Économie.

Le Conseil d'État a débouté la requérante de ses demandes. Ainsi, bien que le principe de la loi pénale plus douce s'applique aux sanctions administratives, « en l'espèce, une modification de la réglementation applicable en matière d'offre au public de produits financiers, consistant en une modification du seuil de valeurs mobilières à compter duquel la publication d'un document d'information est obligatoire en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, ne constitue pas une loi nouvelle plus douce dont la commission des sanctions aurait dû faire application, une telle modification n'affectant ni l'incrimination, ni la sanction ».

*

RÉPRESSION DES ABUS DE MARCHÉ - L'AMF publie ses propositions de réforme sur l'application du principe *non bis in idem* dans la répression des abus de marché

L'Autorité des marchés financiers (AMF) a chargé un groupe de travail de réfléchir à la

répression des abus de marché, dans un contexte où les juridictions interne et européenne ont remis en cause le système de double incrimination pénale et administrative au nom du principe *non bis in idem*.

Après un examen des cas de cumul de poursuites, par l'Autorité et le juge pénal, le groupe de travail est parvenu à énoncer un constat. Selon l'AMF, il est ainsi préférable de réserver la voie pénale aux abus de marché les plus graves, susceptibles de donner lieu au prononcé d'une peine privative de liberté. En revanche pour le reste, il serait préférable de privilégier la voie administrative, afin de garantir de plus lourdes sanctions pécuniaires.

Le groupe de travail a ensuite soumis diverses propositions telles que l'introduction d'une disposition législative énonçant clairement le principe d'interdiction du cumul de poursuites pénales et administratives ; une distinction nette dans la définition légale des délits boursiers et des manquements sanctionnés par l'AMF ou encore une meilleure coordination entre le Parquet financier et l'AMF avant toute poursuite.

ACTIONS EN JUSTICE

QPC - Mise en ligne d'une synthèse sur les normes constitutionnelles non invocables

Les normes constitutionnelles non invocables en QPC

Au mois de mai dernier, le Conseil constitutionnel a mis en ligne sur son site internet, une synthèse de sa jurisprudence relative aux normes constitutionnelles non invocables à l'appui d'une QPC. Il a rappelé à cet effet que la Constitution opère une distinction entre le contrôle *a priori*, qui porte sur la conformité des lois à la Constitution (art. 60) et le contrôle *a posteriori*, qui se limite à l'« atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1). Le Conseil constitutionnel a déduit d'une telle distinction, l'exclusion du recours à certaines normes dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

Ainsi, les règles relatives à la procédure d'adoption de la loi ne sont pas invocables au soutien d'une QPC. En outre, le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître la qualité de « droits et libertés garantis par la Constitution »

à certaines normes appartenant au bloc de constitutionnalité, tel que l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 dans une décision du 26 mars 2015¹⁰⁰. Enfin, les Sages ont également écarté certains objectifs de valeur constitutionnelle de la catégorie des droits et libertés protégés par la QPC. Ce fut ainsi le cas de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public¹⁰¹ ainsi que de celui de bon usage des deniers publics¹⁰².

*

QPC - Le Conseil d'État n'est pas tenu de se prononcer sur la recevabilité d'une requête à l'occasion de laquelle est soulevée une QPC

Conseil d'État, SSR, 21 novembre 2014, Société Mutuelle des Transports Assurances, n° 384353.

¹⁰⁰ CC, 26 mars 2015, n° 2015-459 QPC.

¹⁰¹ CC, 17 octobre 2014, n° 2014-422 QPC

¹⁰² CC, 5 décembre 2014, n° 2014-434 QPC.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a énoncé qu'il n'était pas contraint de se prononcer sur la recevabilité d'une requête lorsqu'une QPC a été soulevée devant lui à l'appui de celle-ci.

Si cette décision s'explique par la primauté accordée à la QPC sur toute autre question, telle que les questions préjudicielles, il convient néanmoins de limiter la portée de l'arrêt. La formulation du considérant de principe laisse à penser qu'un tel principe ne trouve à s'appliquer que devant le Conseil d'État et qu'en toutes hypothèses, ce choix est laissé à la discrétion de la Haute juridiction qui peut décider de se prononcer au préalable sur la recevabilité de la requête.

*

QPC - Le Conseil d'État apporte des précisions quant à la possibilité pour un requérant de contester des mesures prises en application de dispositions déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel lorsque ce dernier a différé les effets de son abrogation et que le législateur n'est pas intervenu avant la date de l'abrogation

CE, 7 mai 2015, Société Ventoris It et autres, n° 370986

En l'espèce, le Conseil constitutionnel avait préalablement déclaré la disposition législative litigieuse, contraire à la Constitution tout en assortissant sa décision d'un délai permettant au législateur d'en tirer des conséquences. La date d'abrogation de la disposition avait donc été reportée au 1^{er} janvier 2015, de sorte que les mesures prises avant cette abrogation ne pouvaient être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Cependant, le législateur n'a finalement adopté de nouvelles dispositions que le 2 avril 2015.

Se posait ainsi la question de la possibilité pour un requérant de se prévaloir de cette déclaration d'inconstitutionnalité à l'encontre d'un acte pris sur le fondement de la disposition litigieuse entre le 1^{er} janvier et le 2 avril 2015. Le Conseil d'État a déclaré que dans ce cas de figure, « un requérant est fondé à soutenir qu'un acte pris sur le fondement de la disposition objet de la décision du Conseil constitutionnel a été pris sur le fondement de dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution ».

*

ACTION EN RESPONSABILITÉ - L'actionnaire d'une société à l'égard de laquelle une personne publique a commis une faute doit démontrer son préjudice personnel dans le cadre d'une action en réparation

CE, 10 octobre 2014, M. C, n° 355837

En l'espèce, les requérants avaient introduit une action en réparation de leur préjudice à l'encontre de l'État au titre de l'annulation de sanctions prononcées par la commission de contrôle des assurances à l'encontre des sociétés dont ils étaient actionnaires.

Le Conseil d'État a énoncé le principe selon lequel « l'actionnaire d'une société à l'égard de laquelle une personne publique a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ne peut prétendre à une indemnisation que s'il justifie d'un préjudice personnel, distinct du préjudice dont la société pourrait obtenir réparation et directement imputable à la faute commise », avant de relever que les requérants ne justifiaient pas d'un préjudice personnel en l'espèce et de les débouter de leurs demandes.

*

RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE - Absence de préjudice du fait de l'absence de transposition en cas de loi non conforme au droit européen

CE, 22 octobre 2014, Société Métropole Télévision (M6), n° 361464

Par une décision du 22 octobre 2014, le Conseil d'État est revenu sur la possibilité d'engager la responsabilité de l'État en cas de retard excessif à prendre un décret d'application d'une disposition législative qui serait contraire au droit européen. Le Conseil d'État a d'abord rappelé que le préjudice résultant du retard important dans l'adoption d'un décret d'application d'une loi est, en principe, de nature à ouvrir droit à réparation. Cependant, en l'espèce, le Conseil d'État relève que la disposition législative en cause avait fait l'objet d'un avis motivé de la Commission européenne qui avait considéré que cette disposition était contraire au droit de l'Union européenne. En conséquence, le Gouvernement avait déposé un projet de loi d'abrogation de cette disposition.

C'est pourquoi le Conseil d'État en déduit qu'à la date du fait générateur du dommage invoqué par le requérant, le fait que le décret d'application de la disposition législative en cause n'ait pas été pris ne révèle pas une faute de l'État.

*

ACTION EN RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE - Suspension du délai de prescription de l'action en responsabilité contre un avocat en cas de saisine du conseil de l'Ordre

CE, 27 mars 2015, Mme A, n° 382156

« Le délai de prescription de l'action en responsabilité dirigée contre les personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice, prévu par l'article 2225 du code civil, qui est de cinq ans à compter de la fin de la mission de l'avocat, est suspendu par la saisine du conseil de l'Ordre et recommence à courir à compter de la notification de l'avis de ce dernier ».

*

RÉFÉRÉ « MESURES UTILES » - Le Conseil d'État précise les limites de l'office du juge du référé « mesures utiles »

CE, 27 mars 2015, Section française de l'Observatoire international des prisons, n° 385332 (A)

En l'espèce, la section française de l'Observatoire international des prisons souhaitait obtenir du juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le prononcé d'une injonction à l'encontre de l'administration pénitentiaire afin que soit mis en place un comité consultatif des détenus et un cahier de doléance dans une prison.

Le Conseil d'État a d'abord précisé que dans le cadre d'un référé « mesures utiles », il pouvait ordonner « toutes mesures, autres que celles régies par les articles L.521-1 [référé "suspension"] et L.521-2 [référé "liberté"] du Code de justice administrative, notamment sous forme d'injonctions adressées tant à des personnes privées que, le cas échéant, à l'administration, à condition que ces mesures soient utiles et ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ». Il a ensuite ajouté qu'« une demande tendant à ce qu'il soit ordonné à l'autorité compétente de prendre des mesures réglementaires, y compris d'organisation des services placés sous son autorité, n'est pas au nombre de celles qui peuvent être présentées au juge des référés sur le fondement de l'article L.521-3 ».

PROCÉDURE

DÉLAI DE RECOURS - Précisions sur le point de départ du délai de recours contre un acte comportant plusieurs dispositions divisibles

CE, 17 avril 2015, Stade Toulousain Rugby, n° 375685 (B)

Le Conseil d'État a pu apporter des précisions sur le point de départ du délai de recours ouvert contre un acte comportant des dispositions divisibles à l'occasion de la contestation d'une disposition réglementaire relative aux conditions de mises à disposition de leur club de joueurs de rugby sélectionnés en équipe nationale.

Il a ainsi énoncé « que le délai de recours commence, en principe, à courir à compter de la publication ou de la notification complète et régulière de l'acte attaqué ; que, toutefois, à défaut, dans le cas où un requérant a saisi le juge de l'excès de pouvoir d'un recours tendant à l'annulation partielle d'un acte administratif divisible, le délai de recours contre d'autres dispositions divisibles du même acte court, au plus tard, à compter, pour ce qui concerne ce requérant, de l'introduction de son recours initial ».

*

CONTRÔLE DU JUGE - Le contrôle du juge administratif varie selon qu'il s'agisse d'un recours contre une

décision d'octroi ou de retrait d'un agrément d'une fédération sportive

CE, 17 avril 2015, Fédération française de fighting full-contact kickboxing et disciplines associées, n° 382492 (B)

Tandis que le juge administratif exerce un contrôle normal des motifs fondant une décision de retrait d'un agrément à une fédération sportive, il limite son contrôle à l'erreur manifeste dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir relatif à une décision d'octroi d'un tel agrément.

*

TÉLÉRECOURS - Communication des actes *via* télérecours

CE, 6 octobre 2014, Commune d'Auboué, n° 380778

« Il résulte des dispositions de l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative (CJA) que l'application informatique dédiée accessible par le réseau internet (télérecours), mentionnée à l'article R. 414-1 du même code, permet à toute partie ou tout mandataire inscrit de consulter les communications et notifications relatives aux requêtes qu'il a introduites, quelle que soit la forme sous laquelle il les a introduites et quelle que soit la date à laquelle il s'est inscrit à l'application. Par suite, une cour ne commet pas d'erreur de droit en jugeant que le requérant doit être réputé avoir reçu communication d'une mesure d'instruction dès lors que son avocat était inscrit à l'application informatique dédiée à la juridiction et qu'aucun dysfonctionnement n'est établi, sans qu'y fasse obstacle le fait que le requérant avait introduit sa requête sous forme non dématérialisée »

*

TÉLÉRECOURS - Communication ou notification télérecours

CE, 11 mai 2015, Commune de Damouzy, n° 379356

Les parties ou leur mandataire « sont réputés avoir reçu la communication ou la notification à la date de première consultation du document, certifiée par l'accusé de réception délivré par l'application informatique, ou, à défaut de consultation dans un délai de huit jours à compter de la date de mise à disposition du document dans l'application, à l'issue de ce délai. Sauf demande contraire de leur part, les parties ou leur mandataire sont alertés de toute nouvelle communication ou notification par un message électronique envoyé à l'adresse choisie par eux ». L'arrêt ajoute que « l'envoi d'un message électronique aux parties et à leurs mandataires, en l'absence de demande contraire, n'est prévue par les dispositions précitées de l'article R.611-8-2 du code justice administrative qu'à titre d'information et est sans incidence sur les conditions dans lesquelles les communications et notifications sont réputées reçues ».

*

CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR - Le Conseil d'État précise les moyens utilement invocables au soutien d'une contestation, devant la juridiction d'appel ou de cassation, de la dispense de conclusions du rapporteur public décidée devant la précédente juridiction

CE, 1^{er} avril 2015, Eloku Mboyo, n° 377318 (B)

L'article L. 732-1 du code de justice administrative établit une dispense de conclusions du rapporteur public devant les tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette dispense est mise en œuvre à son initiative et avec l'accord du président de la formation de jugement. Il s'agit ainsi de ne pas prononcer ses conclusions à l'audience dans le cadre de certaines matières énumérées à l'article R.732-1-1 du CJA (par exemple le séjour et l'éloignement des étrangers).

Dans la présente décision, le Conseil d'État a considéré qu'il ne peut « être utilement soutenu en appel, ni en cassation, que les particularités de

la requête ne permettaient pas de dispenser le rapporteur public de prononcer des conclusions ». Ainsi, une dispense de conclusion ne pourra plus être contestée sur le fondement des particularités de la requête, justifiant le prononcé de conclusions. Le seul contrôle du juge portera désormais uniquement sur le respect des matières énumérées à l'article R. 732-1-1 du CJA.

*

CONTRADICTOIRE - Précisions des cas dans lesquels la survenance d'un élément nouveau postérieurement à la clôture de l'instruction emporte sa réouverture

CE, sect., 5 décembre 2014, Lassus, n° 340943

Le Conseil d'État a tout d'abord énoncé que le juge administratif a toujours la faculté de rouvrir l'instruction en présence de l'apparition d'une nouvelle pièce après sa clôture. En tout état de cause, il est tenu de prendre connaissance de ce nouvel élément avant de prendre cette décision.

Il a par la suite ajouté que dans un contexte particulier dans lequel ce nouvel élément « *contient l'exposé d'une circonstance de fait ou d'un élément de droit dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et qui est susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire, le juge doit alors en tenir compte, à peine d'irrégularité de sa décision* ».

DIVERS

DIVERS - L'enregistrement des conversations téléphoniques tenues entre l'avocat et son client porte atteinte à la vie privée et familiale de l'avocat

CEDH, 3 février 2015, Pruteanu c/Roumanie, n° 30181/05

La Cour a d'abord rappelé que les communications téléphoniques étaient du ressort du secret des correspondances, protégé par l'article 8 de sa Convention au nom de la protection de la vie privée et familiale. Elle a ensuite opéré un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte résultant des écoutes

téléphoniques affectant un avocat dont le client est visé par la mesure. La Cour a considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'une ingérence disproportionnée de l'État dans la vie privée et familiale de l'avocat dans la mesure où le droit interne ne prévoyait aucun recours direct permettant à l'avocat de contester cette mesure. En effet, bien que l'ingérence était en l'espèce justifiée par un motif légitime résultant de la manifestation de la vérité dans une affaire pénale, il s'agissait néanmoins d'une mesure disproportionnée en ce que l'avocat ne bénéficiait pas d'un contrôle efficace pour contester ces écoutes. La Cour a dès lors conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

*

PARTIE 2. ARTICLES

LES DROITS D'ENTRÉE DANS LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC



Virgile CHANEL

Sous la direction du Professeur Rozen NOGUELLOU

« Quand la question d'un indu perçu est soulevée en matière de délégation de service public, il est fréquemment fait référence à un axe de réflexion précis : la captation de profits par le cocontractant. Mais cet aspect du droit des contrats administratifs est en réalité à double sens »¹. En effet, si l'on observe une tendance générale à se concentrer sur la rémunération des délégataires de service public et les moyens de la rationaliser, l'étude des droits d'entrée dans de telles conventions permet de s'interroger au contraire sur cette dimension méconnue de la rémunération des autorités déléguantes. Cette sorte d'acclimatation du mécanisme de pas-de-porte, bien connu en droit des baux commerciaux, dans le droit des délégations de service public (DSP) présente en effet un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, comme les droits d'entrée prenaient classiquement la forme d'un versement forfaitaire du délégataire au délégant en début de contrat pour acheter ce dernier et le droit d'exploitation y afférent, ils favorisaient la corruption² ou le détournement

de pouvoir³ et, quoi qu'il en soit, la hausse des tarifs facturés aux usagers⁴ puisqu'ils étaient naturellement répercutés sur ces derniers par le délégataire. En outre, si nombre d'opérateurs privés, les « *beati possidentes* »⁵ du droit administratif, ont été conduits à acheter un droit ou un privilège nécessaire à l'exercice de leur activité (pensons, dans l'actualité, aux taxis), monnayer le droit d'exploiter un service public a en revanche pu être vivement critiqué, notamment parce qu'il serait impossible d'assimiler un service public à un fonds de commerce, dont la clientèle reste en réalité attachée à la concession et ne saurait être personnelle au concessionnaire⁶ ni, *a fortiori*, à la

¹ J.-B. VILA, *La répartition des droits d'entrée et leur indemnisation sur le fondement du quasi-contrat : le cas des délégations de service public*, JCP CT, n° 50, 12 décembre 2011, p. 2388.

² Cf. R. AVRILLIER, *Le système Carignon*, éd. La découverte, coll. Enquêtes, Paris, 1995 (notamment en matière de DSP de distribution d'eau à Grenoble).

³ Cf. l'affaire du prix de l'eau à Saint-Etienne, où les droits d'entrée illégalement perçus sur la société stéphanoise des eaux devaient permettre à la municipalité de financer des équipements sportifs.

⁴ Cour des comptes, *La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement*, Rapport public particulier, janvier 1997, p. 59 : « C'est ainsi qu'à EGLETONS (Corrèze, 5 800 habitants), le prix de l'eau a plus que doublé trois ans après la mise en affermage, alors que les investissements restent à la charge de la collectivité. Cette dérive est imputable à l'institution d'un droit d'entrée de 10 millions de francs ».

⁵ Expression de F. BATAILLER, *Les « beati possidentes » du droit administratif*, *Revue de Droit Public*, 1965, p. 1051.

⁶ V. Cour de Cassation, 5 décembre 1944, Société Est-Lumière c/ Administration de l'Enregistrement, D. 1946, p. 391.

personne publique délégante. C'est pourquoi le législateur s'est saisi de la question et a défini un régime juridique tantôt de réglementation (loi Sapin de 1993), tantôt d'interdiction (loi Barnier de 1995) des droits d'entrée dans les DSP. Cependant, les droits d'entrée demeurent une notion très aporétique du droit des DSP dans la mesure où « la légalité même des droits d'entrée ne semble pas avoir, à ce jour, fait l'objet de décisions de justice »⁷, où ces derniers ont subsisté malgré l'annonce de leur disparition⁸ et où un accord sur leur définition fait toujours défaut.

Si ce régime juridique dual des droits d'entrée se distingue par son apparente clarté (I), force est néanmoins de constater qu'il n'en va pas de même pour savoir à quoi il s'applique, c'est-à-dire pour déterminer précisément ce que recouvre la notion de droits d'entrée. En effet, on peut observer l'absence de définition textuelle, prétorienne ou de consensus doctrinal sur ce point, ainsi qu'une extension sensible des hypothèses dans lesquelles la qualification de droits d'entrée a pu être retenue. Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur ce que recouvre réellement cette notion de droits d'entrée et s'il est possible d'en fournir une définition satisfaisante, *id est* une définition unitaire qui soit de nature à rendre cohérente la dualité de leur régime juridique avec la multiplicité des pratiques qu'ils recouvrent (II).

I. Le régime juridique dual des droits d'entrée

Le régime juridique des droits d'entrée fait figure de véritable Janus en ce qu'il est doublement dyadique. Ils sont expressément interdits dans les secteurs « environnementaux » par l'article 76 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 dite loi Barnier⁹ : « *Le versement par le délégataire de droits d'entrée à la collectivité délégante est interdit quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les*

⁷L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, §1187, p. 614.

⁸J.-B. VILA, *Les droits d'entrée sont morts (ou presque) dans les DSP, vive les droits d'entrée !*, Lamy Droit Public des Affaires, Bulletin Actualités n°163, G., décembre 2011.

⁹Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (JORF du 3 février 1995, p. 1840).

ordures ménagères et autres déchets.» Plus généralement, ils sont simplement réglementés par l'article 40 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin¹⁰, codifié à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), dont les dispositions sont elles-mêmes doubles : d'une part, « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation* » et, d'autre part, « *les montants et les modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante doivent être justifiés dans ces conventions* ».

L'interdiction des droits d'entrée dans les secteurs environnementaux paraît parfaitement limpide et générale. Elle trouve un fondement dans des éléments factuels qui avaient rendu très fréquents les droits d'entrée dans ces secteurs (durée assez longue des conventions simplifiant leur amortissement, captivité des usagers, caractère oligopolistique du marché), étant observé que de tels droits mis à la charge du délégataire étaient en réalité répercutés dans les tarifs aux dépens des usagers¹¹, ce que le juge avait par ailleurs déjà eu l'occasion de constater¹². Mais c'est surtout un élément légistique qui explique cette interdiction : il ressort en effet des travaux parlementaires que la proposition d'amendement visait initialement à interdire les droits d'entrée dans tous les secteurs, mais son champ d'application a été réduit aux seuls secteurs qu'une loi relative à l'environnement pouvait embrasser¹³. Si l'intention du législateur

¹⁰Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (JORF du 30 janvier 1993, p.1588).

¹¹Par exemple, dans le cas de la délégation des services d'eau à Toulouse, la chambre régionale des comptes a pu observer une différence entre les droits d'entrée, correspondant à la reprise de 66 millions d'euros d'annuités d'emprunts exposés par la collectivité, et ce qui était facturé à l'utilisateur par le délégataire : « *la différence totale est, pour l'ensemble de la période 2004 à 2020 inclus, de 40 à 46 ME (en valeur 2003). En ce qui concerne la seule annuité 2003, l'écart est de 2,6 à 3,2 ME* ». V. CRC de Midi-Pyrénées, *Lettre d'observations définitives sur la gestion de la délégation du service public de l'assainissement de la ville de Toulouse*, FO407002 & GO401301.

¹²V. par exemple CE, 29 avril 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022.

¹³V. Sénat, Débats parlementaires, compte rendu de la séance du 16 janvier 1995 sur le projet de loi relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO

était ainsi claire, reste que la doctrine a pu s'interroger sur la portée réelle de cette interdiction : concernait-elle simplement la forme classique des droits d'entrée, *id est* le versement d'une somme en capital au bénéficiaire du délégataire, ou empêchait-elle plus généralement la reprise, par le délégataire, des charges d'investissements exposées par l'autorité délégante ?¹⁴ Il convient néanmoins de pleinement tirer les conséquences de cette loi, qui « *semble bien déboucher sur un régime plus strict : tous les paiements effectués par le délégataire sont proscrits puisqu'ils s'analysent en droits d'entrée* »¹⁵.

La portée, notamment temporelle, de cette interdiction spéciale n'en a pas moins continué à poser des difficultés, lesquelles ont paradoxalement permis une réémergence des droits d'entrée. D'abord, cette interdiction a parfois été laissée inappliquée¹⁶. Ensuite, cette loi n'a disposé que pour les contrats postérieurs. Or, la durée contractuelle des DSP dans ces secteurs étant étendue, souvent entre 20 et 40 ans au regard de la durée d'amortissement des installations¹⁷, il en résultait un décalage entre l'état du droit et la pratique des droits d'entrée. C'est pourquoi l'article 75 de la loi Barnier a prévu de limiter la durée de ces DSP à 20 ans. Cette disposition a indirectement acquis une influence sur les droits d'entrée en matière d'eau potable par le biais de l'arrêt Commune d'Olivet¹⁸ qui autorise en effet l'application de cette durée maximale aux contrats signés avant son entrée en vigueur. Dès lors, en pratique, toute DSP d'eau potable conclue antérieurement à la loi Sapin dont la durée excéderait le terme du délai de 20 ans à compter de la loi Barnier du 2 février 1995, c'est-à-dire le 3 février 2015, doit être soumise avant

1995, N°5 S. (CR), 17 janvier 1995, notamment pp. 425-428.

¹⁴ V. J.-F. AUBY, *Délégation de service public : la question des droits d'entrée*, *Les Petites Affiches*, n°58, 13 mai 1996, p.8, dont les assertions sont critiquables, notamment l'assimilation du service public à un fonds de commerce.

¹⁵ C. DEVES, *Les droits d'entrée dans les délégations de service public*, *AJDA*, 1996, p.631.

¹⁶ V. notamment Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport public particulier, décembre 2003. De tels droits d'entrée étaient par conséquent illégaux.

¹⁷ Direction générale des finances publiques (DGFIP), Instruction n°10-029-M0 du 7 décembre 2010, *Conséquences de l'arrêt commune d'Olivet sur la durée des délégations de services publics* (NOR : BCR Z 10 00084 J)

¹⁸ CE, ass., 8 avril 2009, Cie générale des eaux et Commune d'Olivet, n° 271737.

cette date à une procédure de confirmation de sa durée devant le trésorier-payeur-général (TPG). Or, parmi les « *justifications particulières* » que le TPG pourra prendre en compte pour accorder une prorogation de la convention se trouvent les droits d'entrée¹⁹. En outre, il est constant que, dans le cas symétrique de fin anticipée de la convention de DSP, qu'elle devienne caduque ou soit résiliée, les grands principes du droit français en matière d'indemnisation s'appliquent²⁰. Dès lors, sur le terrain contractuel, le délégataire a droit à l'indemnisation de la part non amortie de ses investissements au titre du *damnum emergens*, ce qui inclut les droits d'entrée, sauf à ce qu'ils aient été entièrement amortis avant le 3 février 2015²¹ ; sur le terrain quasi-contractuel, il a droit au remboursement des dépenses utiles qu'il a exposées pour la DSP²², ce qui comprend à nouveau les droits d'entrée²³. Ainsi, paradoxalement, l'interdiction spéciale des droits d'entrée dans les secteurs environnementaux a induit leur réapparition, du moins temporaire, en pratique et au contentieux.

S'agissant ensuite du régime général de réglementation des droits d'entrée, *id est* applicable à tous les secteurs autres qu'environnementaux, l'article 40 de la loi Sapin énonce deux exigences. La première prévoit l'interdiction des clauses mettant à la charge du délégataire une prestation étrangère à l'objet du contrat, tandis que la seconde prévoit que les montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances doivent être justifiés dans les conventions de DSP. Il convient de ne pas

¹⁹ DGFIP, Instruction n°10-029-M0 du 7 décembre 2010, *Conséquences de l'arrêt commune d'Olivet sur la durée des DSP*, *op. cit.* : « Les notions de « nature des prestations » ou « d'investissement à réaliser » pourront inclure des éléments que le droit actuellement en vigueur n'admet plus, comme le versement de droits d'entrée ».

²⁰ V. sur ce point : G. LE CHATELIER, *Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ?*, *AJDA*, 2013, p. 1092.

²¹ V. sur ce point une première application de la jurisprudence commune d'Olivet s'agissant de la DSP de l'eau à Troyes : TA Chalons-en-Champagne, 14 janvier 2014, M. Marc Bauland et autres, n°1102049.

²² CE, 16 novembre 2005, Commune de Nogent-sur-Marne, n° 262360.

²³ V. pour la première application de cette hypothèse : CAA Bordeaux, 9 juin 2011, Société Lyonnaise des Eaux France, n°s 06BX01135, 09BX00894 (droits d'entrée dépassant 70 millions d'euros) ; d'où une ligne jurisprudentielle confirmée par ex. dans CE, 20 février 2013, Société Raphaëloise de stationnement, n° 352762.

assimiler ces deux exigences, ce que d'aucuns ont pu faire de manière finaliste²⁴. En effet, la première exigence ne s'applique pas exclusivement aux droits d'entrée ou aux redevances, et possède une portée autonome qui requiert que les prestations pesant sur le délégataire entretiennent « *un lien suffisamment étroit avec la concession en cause et [tendent] vers les objectifs dont la réalisation est nécessaire à la bonne exploitation de celle-ci* »²⁵. Par suite, cette exigence de lien avec l'objet du service suppose un contrôle de la nature des prestations mises à la charge du délégataire, qui ne peut ainsi payer des droits d'entrée venant abonder le budget général de la ville délégante souhaitant financer des équipements sportifs²⁶, lequel est censé intervenir en amont même du contrôle de l'exigence de justification. Cependant, force est de constater qu'en pratique le contrôle de l'exigence de justification n'est pas subsidiaire comme il le devrait, mais tend, parce qu'il est plus aisé à pratiquer que le contrôle, souvent opéré négativement²⁷, du lien avec l'objet du service, à être examiné en premier. Ainsi, il paraît possible de supposer satisfaite l'exigence de lien avec l'objet du service dès lors que l'exigence de justification permet de censurer des droits d'entrée²⁸. Partant, si l'exigence d'un lien avec l'objet du service possède une certaine autonomie et peut ainsi être satisfaite indépendamment de celle de justification²⁹, c'est au contrôle de cette dernière, spécifique aux droits d'entrée et aux redevances, qu'est bien souvent subordonnée la validité de ces droits.

L'exigence de justification n'est pas relative aux droits d'entrée eux-mêmes, contrairement à

²⁴ V. par ex. P. COSSALTER, *La faillite de l'Etat français illustré par ses transports routiers*, *Revue générale du droit*, Etudes et réflexions, n°2, 2015, notamment p.11.

²⁵ CE, ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et Monnier, n° 136071: c'était en l'espèce le cas des frais de contrôle du concessionnaire d'autoroute, mais non des charges liées à l'activité de Gendarmerie, mission régaliennne.

²⁶ V. TA Lyon, 14 décembre 1993, M. Paul Chomat et a. c/ Ville de Saint-Etienne, n°90-02551; puis, dans la même affaire, CE, 30 septembre 1996, Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne, n° 156176.

²⁷ V. CE, 31 juillet 2009, Ville de Grenoble, n° 296964 qui écarte la qualification de charge de distribution puis celle de redevance d'occupation domaniale pour conclure au caractère étranger à l'objet du service d'une charge.

²⁸ V. CAA Versailles, 22 janvier 2013, Société NC NUMERICABLE, n° 10VE03811 (définitif faute de pourvoi).

²⁹ V. CE, 14 janvier 1998, Porelli, n° 161091.

ce que d'aucuns affirment, par facilité de langage sans doute³⁰, mais à leur montant et à leurs modes de calcul. Outre que, par ailleurs, cette justification doit nécessairement intervenir dans la convention de DSP elle-même³¹, il en résulte en réalité une double exigence. Il est en premier lieu nécessaire de ventiler les charges pesant sur le délégataire selon leur nature. On ne saurait ainsi, au regard de cette obligation de ventilation externe, confondre en une seule masse ou redevance des charges de natures différentes pesant sur le délégataire; autrement dit, il convient de préciser si une redevance est destinée à couvrir l'occupation domaniale, les frais de contrôle ou encore les investissements réalisés par le délégant³². En second lieu, la justification du montant et des modes de calcul des droits d'entrée impose de préciser leur « *mode de détermination* »³³, ce qui semble devoir passer par une « *analyse des conditions techniques et financières relatives à l'exécution du service public* »³⁴. Si cette obligation de ventilation interne connaît certaines limites, à l'instar du pouvoir réglementaire extra-contractuel de l'autorité délégante, elle confère néanmoins une portée décisive à cette exigence de justification, laquelle semble ainsi pouvoir rétroagir sur la nature des droits d'entrée légaux, excluant par exemple en principe qu'ils soient simplement forfaitaires³⁵. Reste désormais à savoir à quoi ce régime juridique s'applique, c'est-à-dire à définir les droits d'entrée.

³⁰ J.-Y. CHEROT, *Droit Public Economique*, 2^e éd., Economica, 2007, §538, p 778: « *ces droits d'entrée tombent alors sous le coup des dispositions de l'alinéa 7 (art 40 Sapin); ils doivent désormais être justifiés dans la convention (Porelli)* ». Glissement conceptuel symptomatique de la précellence pratique du contrôle de justification.

³¹ Elle ne saurait intervenir seulement devant le juge, CE, 14 janvier 1998, préc.; ni découler des seules offres des soumissionnaires CAA Lyon, 28 juin 2007, Commune d'Annecy, n° 03LY01596.

³² V. CAA Versailles, 27 novembre 2014, M. Conway, n° 12VE02913 et n° 12VE03033.; CAA Marseille, 13 février 2015, Mme Mannoni c./ Commune de Fontvieille, n° 13MA02242 (arrêts dont les pourvois sont en cours d'examen).

³³ CAA Marseille, 7 juillet 2008, Commune de Valbonne, n° 06MA02232.

³⁴ TA Lille, 9 juillet 1999, Préfet du Pas-de-Calais c./ société Vivendi, n°97-709 et 98-1352.

³⁵ V. CE, ass., 30 octobre 1996, Mme Wajs et Monnier, préc.

II. L'aporétique définition de la notion de droits d'entrée dans les DSP

« La problématique essentielle des droits d'entrée ne tient pas moins à leur utilisation stricto sensu qu'à leur définition qui permet d'apprécier leur légalité et leurs conséquences. »³⁶. En effet, l'absence de définition, textuelle comme prétorienne, aurait dû être palliée par la doctrine. Cependant, il n'existe nul consensus doctrinal sur la définition des droits d'entrée. Partant, il convient de procéder inductivement, et de partir de la pratique, c'est-à-dire de l'emploi de la qualification de droits d'entrée par les acteurs, le juge du contrat, le juge financier (notamment les chambres régionales des comptes) et par la doctrine. Cette méthode permettra en retour de dégager, au fur et à mesure, des invariants de la notion et, par suite, d'en proposer une définition.

La première voie de définition des droits d'entrée est négative. Elle consiste à distinguer les droits d'entrée des autres flux financiers que le contrat met à la charge du délégataire au profit du délégant. Ainsi a-t-il pu être souligné que la lettre de l'article 40 de la loi Sapin invitait à distinguer les droits d'entrée des redevances³⁷. Cette distinction, en dernière analyse, « résid[e] dans l'existence ou non d'une contrepartie autre que l'obtention du contrat de l'administration »³⁸ : le droit d'occupation et d'exploitation des dépendances et installations pour la redevance domaniale, ce qui s'observe notamment dans la partie fixe d'une telle redevance (souvent proportionnelle à la SHON occupée), et le service rendu pour la redevance pour service rendu, même si la proportionnalité entre les deux a pu être tempérée par la prise en compte de la valeur économique du service fourni³⁹, puisqu'une telle redevance est imposée au délégataire en tant qu'usager d'un (autre) service public fourni par l'autorité délégante, et non en tant que délégataire du service public en cause dans le contrat de DSP, qualité au nom de laquelle il supporte, le cas échéant, des droits d'entrée. De même, le

³⁶ J.-B. VILA, *Les droits d'entrée sont morts (ou presque) dans les DSP, vive les droits d'entrée !*, préc.

³⁷ C. DEVES, *Les droits d'entrée dans les délégations de service public*, préc., p.631.

³⁸ N. SYMCHOWICZ, P. PROOT, *L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public*, AJDA, 2006, p. 1371.

³⁹ CE, ass., 16 juill. 2007, Synd. national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, n° 293229.

mécanisme de la surtaxe, ou part communale ou syndicale, forme de redevance pour service rendu propre aux conventions d'affermage par laquelle le fermier perçoit sur l'usager une somme additionnelle pour ensuite la reverser au délégant, différerait des droits d'entrée à raison du fait qu'elle correspond généralement aux frais d'investissement, dans le passé (frais de premier établissement) ou dans le futur (financement de futurs travaux autres que le simple entretien et renouvellement des installations). Il en découle que l'élément caractéristique des droits d'entrée serait leur absence de contrepartie autre que l'obtention du contrat de DSP. D'où cette définition négative : « on peut qualifier de droit d'entrée tout versement prévu par le contrat qui soit n'est pas la contrepartie d'une prestation (au sens large, c'est-à-dire y compris la mise à disposition des installations), soit n'est pas la prise en charge d'une dépense précise du délégant liée au service (remboursements d'emprunts, etc.) »⁴⁰.

Si cette définition est assez fonctionnelle pour l'hypothèse classique des droits d'entrée, c'est-à-dire l'achat par le délégataire du droit d'exploitation, nommé parfois à tort droit d'usage, n'ayant pas d'autre contrepartie que l'obtention du contrat, elle ne paraît néanmoins pas satisfaisante. Elle ne rend en effet pas compte des nouvelles hypothèses de droits d'entrée qui ont été identifiées en pratique. Or, il ne fait guère de doute que le régime de réglementation prévu par l'article 40 de la loi Sapin a rendu illégaux les droits d'entrée classiques, même si le droit fiscal les prenait en compte par réalisme comme un élément d'actif incorporel⁴¹, essentiellement parce qu'il apparaît impossible de justifier leur montant et leur mode de calcul⁴², voire directement parce qu'ils n'entretennent aucun lien avec l'objet du service délégué⁴³; faute de contrepartie, ce sont de véritables taxes entachées d'incompétence négative du législateur. Il est donc difficile de se satisfaire d'une définition dogmatique qui ne recouvre *de facto* que des droits d'entrée illégaux, alors même que le régime de la loi Sapin est celui d'une autorisation, certes conditionnée, des droits d'entrée, et que de

⁴⁰ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, § 1187, p. 614.

⁴¹ CE, 24 mars 1965, Société X., n° 52147; CE, 27 juin 1973, Ministre de l'Economie et des finances, n° 79628; CE, 26 février 1990, Sté Brambi-fruits, n° 84156; *D. adm.* 4 B-123 du 7 juin 1999, §32.

⁴² V. CE, 14 janvier 1998, Porelli, n° 161091 pour la première illustration.

⁴³ V. en filigrane CAA Marseille, 19 mars 2012, Commune d'Hyères, n°s 10MA02850 et 10MA04387

nouvelles hypothèses de droits d'entrée légaux ont pu être identifiées. Quelles sont d'ailleurs ces nouvelles hypothèses ? Ce sont des hypothèses de droits d'entrée ayant une contrepartie autre que l'obtention du contrat et du droit d'exploitation y afférent, lesquelles relèvent de deux catégories.

La première est la reprise, par le délégataire, des emprunts et avances consentis par l'autorité délégante pour le service délégué. Cette catégorie de droits d'entrée est surtout illustrée par le transfert d'annuités d'emprunts exposés par le délégant, généralement pour avoir financé la construction d'installations nécessaires au service, sur le chef du délégataire. C'est une pratique courante, qui préexistait à la loi Sapin⁴⁴, dont l'ampleur n'est pas négligeable : 152,6 millions de francs dans le cas de la délégation des services d'eau de Dijon en 1991⁴⁵, plus de 81 millions de francs dans le cas des annuités d'emprunts que la commune de Castres a transféré à la Lyonnaise des Eaux par la délégation intervenue en 1990⁴⁶, ou encore 16,2 millions de francs, représentant le cumul du déficit de la ville de Saint-Raphaël antérieur au 1^{er} janvier 1993 pour l'ensemble des stationnements voirie et parcs, mis à la charge du délégataire par un avenant du 3 juin 1993 à la convention du 7 juin 1985 relative à l'affermage des parcs de stationnement de cette ville⁴⁷. Si les emprunts ont en effet été exposés dans l'intérêt du service, comme pourraient aussi l'être ceux contractés pour réaliser les frais d'études préalables au mécanisme d'adjudication⁴⁸, alors ils satisfont à l'exigence d'un lien avec l'objet du service et seront donc, sous réserve de justification de leurs montants et modes de calcul, légaux⁴⁹. A aussi pu être rattachée à cette catégorie l'hypothèse, plus rare et problématique, du remboursement des

⁴⁴ V. par exemple CE, 29 avril 1987, Commune d'Elancourt, n° 51022, préc.

⁴⁵ V. CE, 29 décembre 1997, Mme Bessis, n° 170822 avec les conclusions de Guillaume Goulard.

⁴⁶ CAA Bordeaux, 9 juin 2011, Société Lyonnaise des Eaux France, n°s 06BX01135 et 09BX00894

⁴⁷ CAA Marseille, 4 juillet 2011, Commune de Saint-Raphaël, n°s 10MA01064 et 10MA04224

⁴⁸ V. le modèle de clause tiré de : Association nationale des maires de stations de montagne (ANMSM), *Délégations de service public et domaine skiable, Mode d'emploi*, 2008, fiche n°12, Economie générale du contrat, p.81.

⁴⁹ Pour un exemple récent, V. la délibération n° C 2013-10-159 du 18 octobre 2013 de la communauté urbaine de Brest (Brest Métropole océane) ; disponible en ligne.

subventions accordées par l'autorité délégante⁵⁰, lesquelles s'apparenteraient ainsi à des avances.

Quant à la seconde catégorie, elle regroupe les droits d'entrée correspondant à la reprise des obligations de l'autorité délégante envers un précédent délégataire. Identifiée par un avis du 19 avril 2005 de la section des travaux publics du Conseil d'État⁵¹, cette catégorie englobe d'abord la reprise des investissements non-amortis du délégataire sortant par le délégataire entrant⁵², à l'exclusion des « *frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité, (...) par nature étranger à l'objet de la délégation* »⁵³, ce qui a été explicitement prévu par le législateur pour le service des remontées mécaniques (art. 342-3 du code du tourisme). Si cette variante a été implicitement validée⁵⁴, elle demeure néanmoins encadrée par les exigences de lien avec l'objet du service et de justification, et peut, si elle est mal prévue, conduire à la gabegie⁵⁵. Ensuite, cette catégorie comprend le remboursement, par le nouveau délégataire, du prix d'achat des biens de reprise que le délégant a pu vouloir récupérer à la fin du précédent contrat de DSP.

Ainsi, pas moins de quatre hypothèses nouvelles de droits d'entrée ayant une contrepartie autre que l'obtention du contrat et du droit d'exploitation y afférent ont pu être identifiées en pratique et reconnues, sous réserve de satisfaire à l'exigence de justification, comme

⁵⁰ V. pour un exemple : CE, 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartes métropole (CACM) et Veolia Eau, n° 352417, tables, pourvu que l'on fasse l'effort, discutable, de regarder l'attribution au délégataire du bénéfice de la prime d'épuration versée par l'agence de l'eau comme une subvention.

⁵¹ CE, avis sect. Travaux Publics, 19 avril 2005, n° 371234, EDCE, 2006, n° 57, p. 197.

⁵² Pour une illustration : CAA Bordeaux, 23 mai 2006, Association Fouras Environnement Ecologie, n° 03BX00062.

⁵³ CE, avis, sect. Travaux Publics, 19 avril 2005, n° 371234, EDCE, 2006, n° 57, p. 197.

⁵⁴ CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, n°373159 : reprise de 38 millions d'euros d'investissements non-amortis via un contrat de DSP de production et de distribution de chaud et de froid à Lyon, Villeurbanne et Bron.

⁵⁵ V. la saga contentieuse autour de la DSP du casino de Briançon : notamment CAA Marseille, 28 mars 2013, Commune de Briançon, n° 12MA04341 et CAA Marseille, 10 juin 2014, Commune de Briançon, n° 13MA04734. V. également Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'Azur, *Rapport d'observations définitives sur la gestion de la commune de Briançon, Exercices 2007 et suivants*, décembre 2012.

légal. D'où une définition descriptive de la notion : les droits d'entrée sont les sommes ou prestations mises à la charge du délégataire à l'occasion de la reprise du service qui correspondent soit à l'obtention du droit d'exploitation, soit au remboursement des emprunts, des avances, ou des obligations financières envers le précédent délégataire qui ont été exposés par l'autorité délégante. Force est de constater qu'une telle définition, en réalité bifront, est insatisfaisante. La surtaxe en fournit une illustration, même si bien souvent celle-ci risque déjà d'être illégale au regard du principe d'exclusivité en faveur du comptable public pour l'exécution des recettes et dépenses des collectivités⁵⁶. En effet si la personne publique en charge du service public d'assainissement peut instaurer « une redevance comportant une partie fixe ou surtaxe, correspondant à la part des charges d'investissement dans le coût global du service rendu et réparti entre les usagers »⁵⁷, alors, matériellement, une telle surtaxe pourrait avoir précisément le même objet que des droits d'entrée correspondant à la reprise d'annuités d'emprunts exposés par le délégant pour financer les installations. Outre la faiblesse de cette définition descriptive, un tel contournement nominaliste de l'interdiction des droits d'entrée dans les secteurs environnementaux manifeste la plasticité de cette notion, qu'il convient donc d'étudier brièvement avant d'en proposer une nouvelle définition.

Ce que désigne la plasticité de la notion, c'est l'ensemble des mécanismes s'apparentant à des droits d'entrée déguisés. En effet, comme en témoignent les détournements et corruptions qui se sont développés sous la notion d'investissements immatériels que comportait la version initiale de l'article 40 de la loi Sapin pour justifier une prorogation⁵⁸, la subversion de flux financiers légaux du délégataire vers le délégant peut être tentante. Le déguisement matériel le plus prisé en pratique pour les droits d'entrée est d'abord la redevance, notamment domaniale. Si les droits d'entrée « ont parfois fait place à des redevances d'occupation du domaine public qui produisent les mêmes inconvénients en termes de

formation des prix »⁵⁹, ce que la Cour des comptes avait déjà relevé en 1997⁶⁰, c'est que cette substitution est assez aisée, puisqu'elle passe simplement par une surévaluation de la redevance, facilitée par l'intégration dans cette dernière des « avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation » (article L. 2125-3 du CGPPP). Une telle surévaluation demeure néanmoins limitée, tant par l'exigence de justifier le montant et les modes de calcul des redevances, que par l'existence de redevances domaniales réglementées, notamment dans les secteurs où les droits d'entrée sont interdits⁶¹. Des droits d'entrée peuvent également être temporellement déguisés par la capitalisation de redevances, faisant ainsi l'objet d'un unique versement au début du contrat. Face à une redevance manifestement surévaluée, une chambre régionale des comptes a en effet « estimé que cette redevance ne pouvait correspondre à une redevance pour occupation du domaine public. Elle s'apparentait plutôt, par sa capitalisation, en particulier, à un classique "droit d'entrée" » (avis, CRC Provence-Alpes-Côte d'Azur 6 juin 2002, Commune d'Aubagne)⁶². Malgré les difficultés qu'elle présente, la capitalisation des redevances ne paraît pas interdite, faute de texte prohibitif, pourvu que cette capitalisation soit prévue au contrat⁶³. Ces deux mécanismes sont constitutifs de droits d'entrée déguisés. Tel ne semble en revanche pas devoir être le cas des mécanismes de reversement que le contrat peut éventuellement prévoir : ainsi des clauses d'intéressement de l'autorité délégante aux résultats, sauf cas grossiers de reversement automatique⁶⁴, qui visent plutôt à écarter les surprofits éventuels des délégataires⁶⁵, ou encore des clauses de récupération des éventuels reliquats des comptes financiers en fin de contrat,

⁵⁹ J. FACON (dir.), *Le Lamy gestion et finances des collectivités territoriales*, Wolters Kluwer, 2014, étude 515, §25, « transparence du service public et obligations particulières ».

⁶⁰ Cour des comptes, *La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement*, préc., p. 70.

⁶¹ V. décret n° 2009-1683 du 30 décembre 2009 pour les redevances dans les secteurs de l'eau et de l'assainissement.

⁶² Cité par G. MILLER, A. LEYAT, *Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des délégations de service public*, AJDA, 2007, p. 1696.

⁶³ CRC de Lorraine, *Rapport d'observations définitives, Commune d'Amnéville*, 2 février 2010.

⁶⁴ V. CAA Versailles, 22 janvier 2013, Société NC NUMERICABLE, préc.

⁶⁵ Communauté de l'agglomération havraise (CODAH), projet de convention de délégation de service public du complexe aquatique 'les bains des docks' avec la société Vert Marine, 2013, art. 23.2.

⁵⁶ CE, sect, 6 novembre 2009, Société Prest'action, n° 297877.

⁵⁷ CAA Bordeaux, 11 octobre 2005, Margalef, n° 02BX00820 (arrêt définitif faute de pourvoi)

⁵⁸ V. les affaires dissimulées sous la commande de prétendues études ; cf. L. RICHER, *Réformes de février 1995 relatives aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics*, AJDA, 1995, p. 295.

par exemple des provisions non utilisées, sauf peut-être reversement anticipé et prévisionnel de provisions non-utilisées, qui est illégal⁶⁶. En effet, plus encore que d'illustrer cette plasticité, ces hypothèses, dans lesquelles la notion semble se disperser, permettent au contraire de collecter en retour des éléments d'identification des droits d'entrée. À savoir l'absence de contrepartie identifiée nécessaire au service (telle l'autorisation d'occupation du domaine public), la dimension forfaitaire de capitalisation, d'où une dimension de certitude sur le principe et la quotité des droits d'entrée, dès le début du contrat. Ainsi, les droits d'entrée ne sont pas un outil de maintien de l'équilibre financier du contrat, mais un paramètre à intégrer dans la détermination initiale de cet équilibre.

Finalement, comme pour un certain nombre de pratiques abusives ou potentiellement telles, les incertitudes tiennent moins au régime juridique qu'au champ d'application de la notion de droits d'entrée. Face à cette incertitude de la notion, renforcée par son extension à des hypothèses nouvelles, une acception plus large des droits d'entrée, à l'opposé de la définition dogmatique restreinte à l'hypothèse classique, a pu les regarder comme les « *sommes que les délégataires versent aux collectivités à l'occasion de la reprise en exploitation d'un service* »⁶⁷. Mais si la définition dogmatique et restrictive ne rend pas compte des hypothèses nouvelles de droits d'entrée et donc du régime général d'autorisation, certes conditionnée, de ces derniers par la loi Sapin, cette autre définition souffre de carences symétriques : trop ouverte, elle étendrait de manière déraisonnable et contre l'intention du législateur l'interdiction spéciale des droits d'entrée dans les secteurs environnementaux (loi Barnier), par exemple au rachat de la dette exposée par l'autorité délégante dans l'intérêt du service, fréquent et non-contesté.

Dès lors, ne pouvant se satisfaire d'une notion dont le sens varierait selon le régime juridique

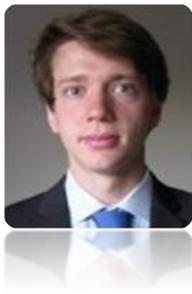
⁶⁶ V. TA Lille, 20 février 2013, Société Lyonnaise des Eaux France et Société Eaux du Nord, n° 1005463.

⁶⁷ J.-F. AUBY, *Délégation de service public : la question des droits d'entrée*, préc., p. 8 ; Direction générale des finances publiques (DGFIP), Instruction n°10-029-M0 du 7 décembre 2010, préc.

applicable (simple réglementation ou interdiction), il convient de proposer une définition unitaire de la notion de droits d'entrée qui capitalise sur les invariants dégagés. À cet égard, les droits d'entrée nous paraissent correspondre aux paiements ou aux prestations auxquels le délégataire est astreint à l'occasion de la reprise du service, à raison de charges dont la cause est exogène au contrat. En ce sens, les droits d'entrée apparaissent comme un mécanisme d'endogénéisation de charges de cause exogène – non pas nécessairement au service délégué, mais simplement au contrat en question – dans un contrat de DSP. Cette définition nous paraît pouvoir rendre compte de la plasticité de la notion de droits d'entrée sans conduire pour autant à sa dispersion : elle admet en effet, ou du moins est conçue pour le faire, des droits d'entrée irréguliers comme réguliers et, par suite, semble opérante pour les deux régimes juridiques auxquels ils peuvent être astreints. Si le remboursement de subventions, charge dont la cause est manifestement endogène au contrat, paraît ainsi exclu du champ des droits d'entrée, ces derniers ainsi entendus pourraient recouvrir aussi bien l'hypothèse classique, illégale, que les nouvelles hypothèses identifiées en pratique, régulières. Les emprunts exposés par l'autorité délégante, de même que les obligations qu'elle a pu contracter envers le délégataire sortant, apparaissent en effet comme des charges dont la cause est exogène au contrat de délégation du service : respectivement l'existence d'un encours de dettes non remboursées par la collectivité et l'existence d'un droit à indemnisation du précédent délégataire à raison des biens de reprise ou des investissements non-amortis. De telles charges exogènes pourront donc, sous réserve de justification, peser sur le délégataire à l'occasion de la reprise du service ; soit, des droits d'entrée réguliers. C'est pourquoi il convient de se garder d'enterrer trop rapidement les droits d'entrée dans les DSP et, pour imparfaite que puisse paraître cette proposition d'éclaircissement notionnel, gager sur un renouveau de l'intérêt qui leur est porté.

*

LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE : GÉNÈSE, ENJEUX ET PERSPECTIVES D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ INSTITUTIONNALISÉ (PPPI) EN DROIT FRANÇAIS



Étienne WESTPHAL

Sous la direction du Professeur Gérard MARCOU

La France est connue pour s'appuyer traditionnellement sur un fort engagement du secteur privé dans le développement de ses infrastructures et dans la gestion de ses services publics. L'usage traditionnellement répandu de la concession de travaux ou de services publics par les pouvoirs publics en a toujours été le soutien nécessaire¹. À l'inverse, les modalités alternatives aux formules concessives demeurent une construction relativement récente.

Durant l'essor de l'intervention économique des collectivités locales, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, la majeure partie des activités d'intérêt général était gérée soit en régie, soit sur le modèle classique de la concession. Pourtant, on retrouvait l'utilisation d'autres modes de gestion, telles que l'affermage ou la régie intéressée, participant à la recherche d'un meilleur équilibre entre gestion directe de la collectivité publique et gestion intégralement déléguée au secteur privé.

Toutefois, il a fallu attendre le retour des départements alsaciens-mosellans à la souveraineté française en 1918 pour que soit mis en lumière l'apport de l'externalisation de la

gestion des services publics à des sociétés à capital mixte, fréquente en Allemagne².

En 1926, le législateur français a créé lui aussi des outils de coopération institutionnalisée entre les acteurs publics et privés³. La création de la société d'économie mixte locale (« SEML ») visait à atteindre un nouvel équilibre entre une gestion intégralement publique et des solutions essentiellement privées. Qui plus est, les décrets-lois de 1926 plafonnaient la participation des collectivités au capital des SEML à hauteur de 40 %, afin de garantir l'implication du secteur privé dans les activités entreprises par ces sociétés.

Néanmoins, l'extension importante de l'influence des collectivités territoriales sur les

¹ P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Éditions du Seuil, coll. Points, 1990, p. 218.

² Loi allemande du 6 juin 1885 permettant la création de *Stadtwerke* ; les *Stadtwerke* alsaciennes et mosellanes seront ainsi les premières sociétés locales à capital mixte en 1918 à l'occasion du retour de ces départements sous souveraineté française.

³ Décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administrative, *JORF*, 7 novembre 1926, p. 11894 ; décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales réglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière, *JORF*, 31 décembre 1926, p. 13742.

SEML, favorisée par le législateur⁴, a sorti ces sociétés du champ d'un véritable partenariat institutionnalisé. De plus en plus fréquent, le rôle de *sleeping partners* des actionnaires privés des SEML démontre que ces sociétés constituent moins un partenariat institutionnalisé qu'un bras armé de la collectivité territoriale au service de ses activités économiques⁵.

La présence d'acteurs privés au capital des SEML n'étant vue que comme une contrainte, le législateur a permis aux collectivités de s'en affranchir en créant les sociétés publiques locales d'aménagement (« SPLA »)⁶ et les sociétés publiques locales (« SPL »)⁷, qui s'apparentent prosaïquement à des SEML à capital intégralement public. La question de l'avenir de l'économie mixte n'en restait pas moins posée.

Il n'est donc pas étonnant de voir dans les motifs du vote de la loi permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique (« SEMOP »)⁸ des convergences avec ceux qui ont présidé à la création des SEML en 1926.

La SEMOP est une nouvelle forme de société mixte, à objet unique, permettant une participation minoritaire de la personne publique à son capital et une mise en concurrence unique s'agissant de la sélection de l'actionnaire opérateur, partenaire de la collectivité.

Par la création de la SEMOP, la loi de 2014 cherche à concilier les avantages de la gestion déléguée avec un renforcement du contrôle de cette gestion par la collectivité publique. En parallèle, le législateur se saisit de l'évolution du droit de l'Union européenne pour remédier aux difficultés de l'économie mixte et encourager le recours à la SEMOP (I).

Face au caractère succinct de la loi, de nombreuses interrogations méritent d'être

⁴ Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 8 juillet 1983, p. 2099 : par cette loi, le législateur a rendu obligatoire le contrôle majoritaire des collectivités territoriales.

⁵ V. notamment S. BRAMERET, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, éd. LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2011, tome 271.

⁶ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, *JORF*, 16 juillet 2006, p. 10662.

⁷ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF*, 29 mai 2010, p. 9697.

⁸ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de la société d'économie mixte à opération unique, *JORF*, 2 juillet 2014, p. 10897.

soulevées. Cette souplesse témoigne de la confiance accordée aux acteurs locaux dans l'utilisation de la SEMOP⁹. Il n'en demeure pas moins que les conséquences d'une mise en concurrence unique et de l'institutionnalisation d'une relation contractuelle semblent avoir été pour le moins sous-estimées par le législateur (II).

I. La SEMOP entre reprise en main de la gestion déléguée et souplesse procédurale

La création de la SEMOP s'intègre dans l'ambition de corriger les défaillances de la gestion déléguée. La maîtrise de l'activité déléguée constitue ainsi le fondement politique ayant conduit à l'adoption du dispositif¹⁰ (A).

Pour ce faire, le législateur a saisi l'opportunité de la transposition du partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) théorisé par la Commission européenne et favorisé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹¹ (B).

A) Un outil destiné à la reprise en main par les collectivités territoriales de la gestion déléguée

Avant d'être une transposition du PPPI, la SEMOP procède de la volonté du législateur de remédier aux carences de la gestion déléguée. La Cour des comptes a fait plusieurs fois part de son scepticisme sur la réalité du contrôle des services publics délégués par les collectivités dans le cadre de délégation de service public (« DSP »), notamment au regard de la nature et de la qualité des informations transmises par le délégataire à la collectivité¹².

⁹ A. VALLINI, compte rendu analytique officiel de la séance du Sénat du 18 juin 2014 : « *L'exécutif fait, lui aussi, confiance à l'intelligence territoriale, il sait le sens des responsabilités des élus locaux et leur souci de bonne gestion* ».

¹⁰ Exposé des motifs de la loi du 1^{er} juillet 2014, préc. : « *Le dispositif partenarial permettra à la collectivité de conserver la maîtrise de son service public tout en tirant parti des atouts de la gestion déléguée. Il s'exercera de façon combinée par le contrôle, d'une part de la SEMOP elle-même et d'autre part du contrat conclu par cette dernière avec la collectivité* ».

¹¹ Cf. *infra*.

¹² V. notamment Cour des comptes, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport public particulier 2003, p. 33-49 ; *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport public particulier 1997, p. 70-79 ; *Les collectivités territoriales*

Eu égard à ces considérations, et aux rentes de situation constatées dans la gestion de services publics par certains délégataires, de nombreuses collectivités se sont engagées dans une remunicipalisation de leurs services publics, notamment de réseau¹³.

En parallèle, des réticences se sont installées autour de l'utilisation des partenariats public-privé (« PPP ») contractuels, tels que les contrats de partenariat prévus par l'ordonnance de 2004¹⁴. Ces contrats globaux ont fait l'objet de critiques en tant qu'ils ne permettraient pas à la personne publique d'assurer un véritable contrôle sur son partenaire¹⁵.

Qui plus est, l'idée d'efficacité économique souvent associée à l'utilisation du PPP contractuel est loin de faire l'unanimité. Permettant le préfinancement privé de l'ouvrage, le principal grief économique tient aux risques de coût financier élevé. C'est ce qui a conduit le Sénat dans son rapport de 2014 à considérer le contrat de partenariat comme une « *formule a priori séduisante mais souvent fallacieuse pour la puissance publique* »¹⁶.

Au moins le contrat de partenariat n'est-il plus un outil potentiel d'externalisation de la dette des collectivités territoriales. Depuis 2010, les collectivités n'ont plus la possibilité d'inscrire les loyers payés à leur partenaire privé dans les dépenses de fonctionnement¹⁷, pratique qui s'était instaurée afin de contourner les seuils d'endettement prévus par la loi.

Si la DSP et le PPP contractuel ont ainsi éprouvé des difficultés compte tenu de l'aspiration des collectivités à une plus grande transparence, la gestion déléguée reste indispensable pour mobiliser les capacités de financement et le savoir-faire du secteur privé. La SEMOP tient avant tout à donner une nouvelle

et la gestion des déchets ménagers et assimilés, Rapport public thématique 2011.

¹³ A. MAJIRUS, *La gestion de l'eau – Privée ou publique ? Plus qu'une simple question politique ou économique*, *Le Nouvel Economiste*, 23 février 2012.

¹⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JORF*, 19 juin 2004, p. 10994.

¹⁵ E. MULLER, *Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ?*, *CMP*, février 2010, étude n° 2.

¹⁶ Sénat, Rapport d'information sur les partenariats publics-privés, 2014, n° 733, p. 21.

¹⁷ Arrêté du 16 décembre 2010 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M. 14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif, *JORF*, décembre 2010, p. 22566.

attractivité à la gestion déléguée, en offrant les perspectives d'un meilleur contrôle du cocontractant par la personne publique¹⁸.

S'inscrivant dans le cadre de la gestion déléguée, la loi de 2014 permet un actionnariat privé majoritaire au capital des SEMOP¹⁹ afin de donner au secteur privé les moyens de mise en œuvre du partenariat global. Il serait illusoire pour un opérateur économique de conduire une mission globale et de la financer sans disposer d'une place significative dans la gouvernance de l'entité mixte qui en est juridiquement responsable.

Symétriquement, la participation de la collectivité au capital et aux organes de gouvernance de la SEMOP lui donne accès aux informations essentielles de l'exploitation de l'activité. Aussi, la minorité de blocage de 34 % prévue par la loi de 2014 garantit à la collectivité la possibilité de bloquer les résolutions de l'assemblée générale extraordinaire compétente pour modifier les statuts, et donc les caractéristiques essentielles de la SEMOP²⁰.

Le statut d'associé de la collectivité territoriale peut également jouer un rôle favorable sur le contrôle de l'activité entreprise par la SEMOP, compte tenu des dispositifs de contrôle qui peuvent être intégrés dans les statuts et le pacte d'actionnaires²¹. Il est fort probable que ces derniers intègrent des dispositions régissant le mouvement des actions, ou encadrant le mode de fonctionnement et la prise de décisions au sein de la société.

Qui plus est, les dispositifs de contrôle liés au rôle d'actionnaire de la collectivité s'ajoutent à ceux liés à sa qualité de pouvoir adjudicateur. Dès le stade de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence, la collectivité doit y joindre un document de préfiguration de la SEMOP, dans

¹⁸ Exposé des motifs de la loi du 1^{er} juillet 2014, préc.

¹⁹ Article L. 1541-1 III du CGCT : « (...) La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 % ».

²⁰ Article L. 225-96 du code de commerce : « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. Toute clause contraire est réputée non écrite. (...) Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ».

²¹ V. notamment S. SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, *Rev. sociétés*, 2011, p. 331.

lequel elle précise « les modalités de contrôle » dont elle souhaite disposer²².

Aussi, il convient de rappeler que les moyens de contrôle de droit commun liés à la nature du contrat conclu ou à l'application du régime juridique des SEML aux SEMOP demeurent pleinement applicables²³.

Néanmoins, si tant est que ces dispositifs de contrôle soient suffisants pour le rendre effectif, nous verrons *infra* que la présence de la collectivité au capital de la SEMOP n'est pas sans conséquence en termes de sécurité juridique.

Au demeurant, si la maîtrise de la gestion déléguée sous-tend la création d'un cadre permettant un partenariat institutionnalisé, l'intervention législative tient également à l'opportunité que représente la transposition du PPPI pour rationaliser l'économie mixte.

B) La rationalisation de l'économie mixte par la transposition du partenariat public-privé institutionnalisé

Lorsqu'une collectivité recourt à une SEML pour externaliser la gestion d'un service ou la réalisation d'une opération d'intérêt général, cette société se trouve soumise à une « double infortune »²⁴.

En premier lieu, la CJCE a considéré qu'une participation d'un acteur privé dans le capital d'une entité, « fût-elle minoritaire », faisait obstacle à toute application de l'exception *in house*²⁵. Il en résulte que les relations contractuelles entre la collectivité actionnaire de la SEML et la société elle-même sont soumises au droit de la commande publique.

La seconde infortune se manifeste dans la qualification quasi systématique de la SEML comme « organisme de droit public », découlant de l'emprise croissante des collectivités sur ces sociétés²⁶. Il résulte de cette qualification que les contrats que la SEML passe avec les tiers sont aussi soumis aux procédures de publicité et de

mise en concurrence, en l'occurrence de celles imposées par l'ordonnance de 2005²⁷.

Malgré la perspective récente d'assouplissement de la législation européenne sur la notion de *in house* en cas de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle, de blocage ou d'influence décisive²⁸, cette double mise en concurrence n'a pas été sans influence sur une certaine réduction de l'intérêt pour les collectivités territoriales de recourir à la SEML.

Au côté des controverses nées de la gestion déléguée²⁹, ces complexités procédurales se sont avérées être un des fondements de la transcription du PPPI³⁰ par la SEMOP, après une première tentative qui s'est soldée par un échec en 2009³¹.

Comme les formes contractuelles de PPP, la Commission définit le PPPI comme une mission globale de long terme, réalisée par un opérateur économique, avec une répartition du financement, des risques et des bénéfices entre des partenaires publics et privés. Il s'en distingue en tant que les parties établissent une entité à capital mixte qui est en charge du marché public ou de la concession³².

Par pragmatisme, la Commission considère qu'une double procédure de sélection du partenaire privé du PPPI et de l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte est « difficilement praticable »³³. Elle estime ainsi que la mise en concurrence du contrat n'est pas imposée, du moment que le

²² Article L. 1541-2 III du CGCT.

²³ V. notamment L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2014, p. 519.

²⁴ J.-B. AUBY, *La double infortune des sociétés d'économie mixte locale*, DA, juillet 1997, repère n° 7.

²⁵ CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energiewertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, point 49 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Sea SRL c/ Commune di Ponte Nossola*, aff. C-573/07, point 50.

²⁶ Cf. *supra*.

²⁷ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF*, 7 juin 2005, p. 10014.

²⁸ V. article 12 de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/65.

²⁹ Cf. *supra*.

³⁰ M. KARPENSCHIF, *SPLA, SPL, SLP – Un an après la Communication interprétative sur les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) : où en est-on du développement de l'économie mixte locale ?*, *JCP A*, 28 septembre 2009, n° 2230.

³¹ Proposition de loi n° 594 déposée à la Présidence du Sénat le 27 juillet 2009 tendant à créer des sociétés locales de partenariat présentée par M. J.-L. Dupont.

³² Livre vert présenté par la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 30 avril 2004, COM(2004)237.

³³ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), 5 février 2008, C(2007)6661.

partenaire privé, coactionnaire du pouvoir adjudicateur, est choisi dans le cadre d'une procédure respectant le droit européen en vigueur.

Cette solution a été juridiquement reconnue en 2009 par la Cour de justice dans son arrêt *Acoset*³⁴. Les obligations de mise en concurrence sont alors déplacées du stade de l'attribution du contrat à celui de l'institutionnalisation du partenariat.

Toutefois, pour qu'une telle mise en concurrence unique soit valable, celle-ci doit s'opérer sur des critères correspondant à ce partenariat global. En plus de leur capacité à devenir actionnaire, les candidats doivent établir leur capacité technique à fournir le service. Aussi, l'unicité et l'intangibilité de l'objet du PPPI sont indispensables à la validité de la mise en concurrence au stade de la constitution de la société³⁵.

Saisi de la faisabilité d'une mise en concurrence unique, le Conseil d'État s'est montré pour le moins réticent à l'utilisation du PPPI en droit français³⁶. Son avertissement relatif aux conséquences de l'institutionnalisation du partenariat a été prémonitoire des appréhensions que l'on peut avoir de la SEMOP³⁷. Pour autant, fondé sur sa vision orthodoxe du « principe de l'identité entre le candidat ayant présenté une offre et le titulaire du contrat à l'issue de la compétition », ce scepticisme semble difficilement justifiable juridiquement, faisant imaginer une opposition de principe des juges du Palais Royal sur le PPPI³⁸.

Plus que de freiner la volonté politique de transposer le PPPI en droit français, l'avis controversé du Conseil d'État a eu le mérite d'amener le législateur à créer une entité *ad hoc* correspondant sans réserve aux conditions posées par l'arrêt *Acoset*³⁹.

³⁴ CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conférenza Sindaci et Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, aff. C-196/08.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ CE, avis, 1^{er} décembre 2009, n° 383264.

³⁷ Cf. *infra*

³⁸ V. notamment R. NOGUELLOU, *L'avis de la section de l'administration du Conseil d'État sur les PPPI, DA*, août 2010, alerte 54 ; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *La longue marche vers le PPPI - A propos de l'avis du Conseil d'État du 1^{er} décembre 2009, CMP*, octobre 2010, repère n° 9.

³⁹ CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c/ Conférenza Sindaci et Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*, préc.

Ainsi, la procédure de la SEMOP se base sur la procédure applicable au contrat signé entre la collectivité territoriale et la SEMOP⁴⁰, qui peut être une DSP, une concession d'aménagement ou de travaux, ou un marché public⁴¹. Les critères de sélection sont ceux applicables au contrat, tout en y ajoutant les aspects particuliers résultant du partenariat global et de la constitution d'une entité mixte, tels que le coût prévisionnel global de l'opération⁴².

Aussi, la loi de 2014 prévoit expressément l'unicité et l'intangibilité de l'objet de la SEMOP⁴³. Cela n'empêche pas les potentialités d'objet de la SEMOP soient vastes, à savoir toute opération d'intérêt général relevant des compétences de la collectivité territoriale⁴⁴.

L'idée du législateur est donc de remettre l'économie mixte dans le champ de la gestion déléguée afin de mieux la contrôler, tout en bénéficiant d'une procédure rationalisée par le PPPI. Pour autant, la SEMOP ne pourra être un élément de relance de la gestion déléguée que dans la mesure où les risques juridiques qui lui seront propres apparaîtront maîtrisés.

II. La réussite de la SEMOP conditionnée par la maîtrise des risques juridiques et financiers

Présentée comme vecteur de contrôle, l'institutionnalisation de la relation entre la collectivité territoriale et l'actionnaire opérateur économique n'est pas sans risque quant à la sécurité juridique et financière du montage pour la collectivité territoriale (A). Bien qu'il ne fasse aucun doute que la SEMOP remplisse les critères du PPPI permettant la mise en concurrence unique, la rationalisation procédurale doit également être relativisée de par les procédures de mise en concurrence qui lui seront vraisemblablement applicables (B).

A) Les interrogations soulevées par l'institutionnalisation du rapport entre la collectivité territoriale et l'opérateur économique

Face à l'intention louable du législateur, l'institutionnalisation du rapport classiquement contractuel entre un pouvoir adjudicateur et un

⁴⁰ Article L. 1541-2 III du CGCT.

⁴¹ Article L. 1541-2 du CGCT.

⁴² Article L. 1541-2 IV du CGCT.

⁴³ Article L. 1541-1 I du CGCT.

⁴⁴ *Ibid.*

opérateur économique suscite certaines appréhensions.

Pendant que le législateur considère que « le dispositif partenarial permettra à la collectivité de conserver la maîtrise de son service public »⁴⁵, une partie de la doctrine s'inquiète que la SEMOP soit une combinaison des contraintes juridiques de la création d'une société commerciale et des risques financiers inhérents à la réalisation d'un contrat unique⁴⁶, voire que la personne publique se trouverait garante de l'opérateur économique de par son rôle d'actionnaire⁴⁷.

La concision du régime juridique applicable à la SEMOP ne présage en rien des interrogations qui peuvent émerger quant à l'institutionnalisation de la relation entre la collectivité territoriale et l'opérateur économique.

À titre liminaire, bien que soulignée par le législateur, l'importance des garanties de contrôle doit être relativisée. Comme nous l'avons vu *supra*, le droit de blocage conféré par le seuil de 34 % ne vaut que pour les modifications statutaires. Par conséquent, ériger la minorité de blocage au rang de garantie effective de maîtrise de la SEMOP par la collectivité apparaît exagéré⁴⁸.

Au demeurant, le droit de blocage ne saurait être utilisé outre mesure par la collectivité, au risque d'être qualifié d'abus de minorité⁴⁹. Il est de jurisprudence constante qu'un associé minoritaire ne peut adopter une attitude contraire à l'intérêt général de la société.

S'agissant des risques juridiques, on constate que la protection des représentants de la collectivité territoriale est lacunaire. Certes, comme pour les SEML et les SPL, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale et non aux mandataires⁵⁰, y compris lorsque les mandataires ont commis une faute

⁴⁵ Exposé des motifs de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de la société d'économie mixte à opération unique, préc.

⁴⁶ V. en ce sens, S. BRAMERET, *La SEM à opération unique, Frankenstein juridique ?*, RLCT, octobre 2014, p. 30.

⁴⁷ C. DEVÈS, La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de société d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ?, *JCPA*, 22 septembre 2014, n° 2266.

⁴⁸ P. PINTAT, *Une nouvelle forme de contractualisation pour les opérateurs publics : la SEM à opération unique, Contrats publics*, octobre 2014, p. 70.

⁴⁹ V. notamment F.-X. LUCAS, D. VIDAL, *Abus de minorité, Dr. Sociétés*, 2001, comm. 147.

⁵⁰ Article L. 1524-5 alinéa 8 du CGCT.

personnelle séparable de leurs fonctions sociales⁵¹.

Pour autant, cela n'empêche pas les mandataires d'être potentiellement inquiétés des cas de délits de faillites ou de banqueroute⁵², ou encore par des actions en comblement de passif⁵³. En outre, sur le versant pénal, aucune disposition ne vient protéger les représentants des collectivités territoriales.

Par ailleurs, le double rôle de la collectivité territoriale, actionnaire et pouvoir adjudicateur, laisse perplexe en cas de contentieux relatifs à la bonne exécution du contrat par la SEMOP. En la matière, il est utile de rappeler que hormis la conclusion éventuelle d'un pacte d'actionnaires, la collectivité territoriale ne contracte pas directement avec l'opérateur économique, mais avec la SEMOP.

Ainsi, on peut légitimement avoir des doutes sur les propensions de la collectivité à infliger des pénalités ou à procéder à un recours contre la SEMOP dont elle est elle-même actionnaire et dont elle supporte une partie du risque.

Cela met en lumière le fait que la personne publique supporte plus de risques que lorsqu'elle est uniquement autorité déléguante, tout en étant dans l'impossibilité de mettre en cause la personne privée dans le cadre de l'exécution du contrat⁵⁴.

Il ne faut également pas négliger le risque financier pour la collectivité, notamment celui de la perte de son apport en capital si la société se trouve en défaut de paiement. Parallèlement, les concours financiers de la collectivité en tant qu'actionnaire sont aussi grevés d'un risque de pertes en cas d'exploitation déficitaire.

Au-delà des défis de sécurisation des risques liés à l'institutionnalisation du partenariat, il ne faut pas surestimer la simplification et la sécurité juridique qui imprègnent la SEMOP comme transposition du PPPI et de sa mise en concurrence unique en droit français.

⁵¹ Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2007, n° 06-20.099, X. c/ Cne Cavalaire-sur-Mer : JurisData n° 2007-041635 ; O. RENARD-DOYEN, *Conditions d'engagement de la responsabilité d'une collectivité territoriale en cas de faute de son représentant dans une société d'économie mixte locale*, *JCPA* n° 13, 24 Mars 2008, 2068.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Com., 25 juin 1991, *Bull. civ.* IV, 1991, n° 239.

⁵⁴ R. MAINNEVRET, *Les sociétés d'économie mixte à opération unique : l'apparition en droit français des contrats de partenariat institutionnalisés*, *BJCL*, 2014, p. 538.

B) La société d'économie mixte à opération unique face aux obligations de publicité et de mise en concurrence

C'est dans une perspective de simplicité, de lisibilité et de conformité au droit de l'Union européenne que le législateur a choisi d'appliquer au régime procédural de la création de la SEMOP les procédures de publicité et de mise en concurrence du contrat passé avec elle. Il l'a amendé à la marge en explicitant la prise en compte de la globalité du partenariat.

Toutefois, dans la perspective d'un partenariat de long terme, et surtout dans le cadre d'une relation d'associés, il est possible de s'interroger sur la pertinence de l'utilisation de procédures formalisées pour la sélection des candidats.

D'un côté, les impératifs de transparence de la procédure ont imposé au législateur de prévoir une publication des principales caractéristiques de la SEMOP au stade de l'avis d'appel public à la concurrence. Or, la publication de telles informations dès le premier stade de la procédure limite d'autant les marges de manœuvre des parties prenantes lors des phases de négociation⁵⁵. Une telle formalisation du choix est également critiquable à l'aune de la présence nécessaire d'un *affectio societatis* dans une SEMOP, comme dans toute société⁵⁶, pouvant appeler à la subsistance d'un *minimum d'intuitu personae*.

Ce qui vaut pour la constitution de la SEMOP vaut également pour son évolution en cours de vie sociale. En tout état de cause, dans le cadre d'un contrat de la commande publique, le principe demeure l'intangibilité du contrat et du cocontractant. Pour faire évoluer un élément essentiel de la SEMOP, la collectivité devra donc respecter la jurisprudence de la Cour de justice⁵⁷ et du Conseil d'État⁵⁸ en la matière.

C'est surtout le recours par la SEMOP à des prestataires extérieurs pour l'exécution de sa mission qui peut susciter des doutes procéduraux.

Dès lors que la société peut être qualifiée de pouvoir adjudicateur, d'entité adjudicatrice, ou relever de dispositifs sectoriels de publicité et de mise en concurrence, elle se retrouve contrainte

d'appliquer lesdites procédures formalisées. Il en résulte que la simplicité procédurale obtenue au stade de la constitution de la société grâce à l'arrêt *Acoset*⁵⁹ ne se trouve *in fine* que déplacée aux relations contractuelles que la SEMOP noue avec les tiers.

D'après les travaux préparatoires à l'adoption de la loi, l'anticipation du recours à une pluralité de prestataires au stade de la candidature de l'actionnaire opérateur est une solution. Les différents candidats peuvent créer un groupement momentané d'entreprises⁶⁰. Aussi, rien n'interdit l'hypothèse de la constitution d'une personne morale dédiée à la réalisation de l'objet de la SEMOP par l'ensemble des opérateurs économiques sollicités. Enfin, demeure le recours classique à la sous-traitance.

Pour autant, en dehors des hypothèses de groupement ou d'intégration des sous-prestations dans la mise en concurrence initiale, la SEMOP sera soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans la majeure partie des cas.

Il ne fait guère que peu de doutes s'agissant de la qualification de la SEMOP en tant qu'organisme de droit public et donc de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance de 2005⁶¹. Le critère de la mission d'intérêt général et celui du contrôle par le pouvoir adjudicateur auront beaucoup de difficultés à être contournés compte tenu du caractère extensif de leur identification par les juges⁶².

En dehors de la question de la qualification comme organisme de droit public, la SEMOP pourra être soumise à des règles sectorielles de mise en concurrence, telles que celles applicables aux concessionnaires de travaux⁶³ ou d'aménagement⁶⁴.

En revanche, lorsque la SEMOP interviendra dans le domaine des secteurs spéciaux avec le

⁵⁵ G. ECKERT, *La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ?*, *AJDA*, 2014, p. 1941.

⁵⁶ Article 1832 du code civil.

⁵⁷ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06.

⁵⁸ CE, avis, 8 juin 2000, n° 364803.

⁵⁹ CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, préc.

⁶⁰ V. article 51 du code des marchés publics.

⁶¹ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF*, 7 juin 2005, p. 10014.

⁶² V. en ce sens, R. NOGUELLOU, *La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de société d'économie mixte à opération unique*, *RDI*, 2014, p. 561.

⁶³ Article 14 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *JORF*, 16 juillet 2009, p. 11853.

⁶⁴ V. articles R. 300-12 et suivants du code de l'urbanisme.

statut d'entité adjudicatrice, la mise en concurrence des sous-contrats avec une entreprise liée pourra être évitée, au regard des logiques de groupe⁶⁵. La souplesse du régime juridique de la passation des contrats de second rang dans les secteurs spéciaux, à savoir les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, laisse présager que la formule de la SEMOP trouvera son succès principalement dans ces domaines.

En conclusion, la SEMOP ne semble être que la première pierre d'un nouveau mode de gestion des services publics. On constate que le législateur tend à étendre la gestion déléguée institutionnalisée par la reproduction du modèle de la SEMOP à d'autres types de dispositifs. On pense aux sociétés de projet dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables⁶⁶, les SEM hydroélectriques⁶⁷ ou encore les sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique⁶⁸. S'agissant de ces deux dernières, il convient néanmoins de préciser qu'elles ne procèdent pas exactement de la même démarche, dans la mesure où l'État y est prévu comme actionnaire.

Quoi qu'il en soit, seule la pratique par les acteurs locaux permettra de déterminer si la SEMOP saura trouver sa place entre l'externalisation contrôlée par le biais des SEML et des SPL d'un côté, et la gestion déléguée sans participation aux risques par le biais des formules contractuelles classiques.

*

⁶⁵ Article 25 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE*, 28 mars 2014, L 94/65.

⁶⁶ Article 111 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JORF*, 18 août 2015, p. 14263.

⁶⁷ Article 118 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, préc.

⁶⁸ Article 62 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF*, 8 août 2015, p. 13705.

LE POUVOIR DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DE LA PARTIE PRIVÉE À UN CONTRAT ADMINISTRATIF



Janina DAHMOUH

Mendi FRIGAUX



Sous la direction du Professeur Gérard MARCOU

« *L'amour comporte des moments vraiment exaltants, ce sont les ruptures* », écrivait Jean Giraudoux. Les contrats administratifs constituent une matière qui peut sembler de prime abord fort éloignée de l'application de cette maxime. Pourtant, comme pour tant d'autres, leur fin nourrit de longue date la réflexion. Cette réflexion a été ravivée par la récente actualité jurisprudentielle¹.

La notion de « contrat administratif », qui a pris une place prépondérante au sein de l'action publique², reste profondément ambiguë. Elle traduit l'adoption d'un concept issu du droit privé – le contrat – et son adaptation aux exigences de la puissance publique et à la satisfaction de l'intérêt général. Partant, le contrat administratif est caractérisé par son aspect imparfaitement synallagmatique qu'induit la prépondérance de la partie publique et des intérêts dont elle a la charge sur son cocontractant privé. Cet état de fait justifie que le contrat administratif soit largement dissemblable à son homologue de droit privé et bien souvent soumis à un régime adapté à cette inégalité entre les parties.

¹ CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke location*, n° 370644, *BJCP*, n°98, 1^{er} janvier 2015, p. 3.

² Rapport annuel du Conseil d'État, rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008.

Cette dysmétrie se traduit, notamment, au niveau de l'exécution du contrat et des mécanismes dont dispose chaque partie pour protéger ses intérêts. Plus particulièrement, il est acquis de longue date que seule la partie publique est en mesure de se prévaloir de l'inexécution de ses obligations par son cocontractant pour cesser d'exécuter les siennes³, voire pour résilier le contrat en cause⁴. À l'inverse, la partie privée est classiquement tenue de procéder à l'exécution du contrat en toutes circonstances⁵, cas de force majeure excepté⁶. La seule possibilité qui lui est ouverte est de recourir au juge du contrat, lequel statuera sur la validité de celui-ci s'il est entaché d'une irrégularité *ab initio*⁷ et sur le droit du cocontractant privé à obtenir des dommages et intérêts lorsqu'est seule contestée une mesure d'exécution⁸. Ainsi, si l'inexécution de ses

³ CE, 27 mars 1957, *Carsalade*, Rec. 216.

⁴ CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, n° 26611

⁵ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, n° 92888, Rec. 11.

⁶ CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n° 89655, Rec. 1050.

⁷ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *AJDA*, 2010, p. 4.

⁸ Pour le principe de refus du juge d'annuler les actes d'exécution d'un contrat public, v. par ex. CE, sect., 10 mars 1963, *Société coopérative agricole de production « La Prospérité fermière »*, n° 54141, Rec. 289 ; *RDP*, 1963, p. 597 classique sur ce point. Cette jurisprudence est à nuancer depuis l'arrêt CE, sect., 21 mars 2011,

obligations par le cocontractant était constamment jugée illégale lorsqu'elle n'était pas prévue au contrat – ce que la doctrine privatiste a systématisé sous l'appellation d'« exception d'inexécution »⁹ – l'existence d'une clause en ce sens était, elle aussi, immédiatement censurée par le juge comme contraire à l'ordre public et susceptible de porter atteinte à la continuité du service public¹⁰.

Cet état du droit était largement critiqué par les commentateurs comme n'étant pas satisfaisant pour les opérateurs économiques et reposant sur des bases conceptuelles peu solides¹¹. En outre, les juges du fond étaient parfois amenés à trancher en faveur de la légalité de clauses d'inexécution dans l'intérêt du cocontractant privé, ce qui était de nature à affaiblir la sécurité juridique du régime applicable¹².

C'est pourquoi le Conseil d'État, dans un arrêt rendu le 8 octobre 2014, *Société Grenke location*¹³, est venu remodeler les contours de ce régime et en clarifier les bases. Rompant avec son ancienne jurisprudence¹⁴, il a ainsi admis, sous de multiples réserves, qu'un contrat administratif puisse comprendre une clause permettant à la partie privée d'obtenir, à son initiative, la résiliation du contrat qui la lie à une personne publique lorsque celle-ci n'a pas exécuté les obligations qui en sont nées.

Commune de Béziers, n° 304806, Rec. 117 qui a consacré une action en reprise des relations contractuelles.

⁹ V. par ex. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2013 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., coll. manuel, LGDJ, 2013.

¹⁰ CAA Nancy, 27 mai 2013, nos 12NC00897, 12NC00629, 12NC01396, chronique *AJDA* 2013 p. 2145.

¹¹ P. TERNEYRE, *Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratif : Mélanges offerts à D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803.

¹² CAA Nancy, 14 octobre 2010, *European Institute of Management*, n° 09NC01149, *CMP*, 2011, comm. 14.

¹³ CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke location*, préc.

¹⁴ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, préc. : « Considérant que le fait, pour la ville d'Amiens, de n'avoir pas correctement exécuté les obligations contractuelles susrappelées n'était pas de nature à dispenser la société Parco-Amiens d'exécuter ses propres obligations contractuelles et, en particulier, d'entretenir en bon état de fonctionnement les compteurs de stationnement et les changeurs de monnaie, ainsi que d'implanter les panneaux de signalisation nécessaires ; que, par suite, les conclusions du recours incident de la société Parco-Amiens, selon lesquelles elle devait être dispensée, en raison de l'attitude de la ville, de remplir les obligations susmentionnées, ne peuvent être accueillies ».

La présente étude a pour objet d'exposer les contours de cette réforme, les motifs qui l'ont justifiée et d'apporter quelques éléments de réflexion qui permettront d'en effectuer une mise en perspective, à la fois théorique et pratique.

Elle sera l'occasion de constater que, si le Conseil d'État réaffirme avec force l'interdiction faite au cocontractant privé de soulever une exception d'inexécution à l'encontre de l'Administration dans le cadre de l'exécution d'un contrat administratif (I), il vient toutefois aménager un régime de résiliation contractuelle au profit de ce cocontractant (II).

I. La consécration d'une exception générale au principe d'interdiction de résiliation unilatérale au profit du cocontractant privé de l'Administration

Le Conseil d'État est venu réaffirmer de manière forte la prohibition de principe qui pèse sur les cocontractants privés de l'Administration de résilier, de leur seule volonté, les contrats qui les lient à celle-ci (A). Il y a toutefois admis une exception, opérant ainsi une importante évolution conceptuelle (B).

A) La réaffirmation du principe

Il existe une asymétrie de principe en matière de contrat administratif selon laquelle la personne publique dispose, même sans texte, d'un pouvoir de résiliation unilatérale¹⁵ ou de suspension de l'exécution du contrat¹⁶ tandis que le cocontractant privé est tenu en toutes circonstances d'en poursuivre l'exécution¹⁷ et doit saisir le juge s'il souhaite la voir suspendre ou que soit prononcée la résiliation de la convention¹⁸. Cette situation est radicalement

¹⁵ CE, ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, nos 32401, 32402, 32507 et 34562, Rec. 246 ; CE, 4 juin 2014, *Cne d'Aubigny les Pothées*, n° 368895.

¹⁶ CE, 27 mars 1957, *Carsalade*, préc.

¹⁷ CE, 7 juin 1929, *Cie française câbles télégraphiques*, Rec. 564 ; CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Rec. 11 ; CE, sect., 5 novembre 1982, *Sté Propétrol*, Rec. 381 ; CAA Nancy, 22 mars 2007, *SARL Polymag*, n° 05NC00893.

¹⁸ CE, 27 février 1925, *Dolfini*, n° 73793, Rec. 220 : impossibilité pour le cocontractant de la personne publique de résilier lui-même le contrat qui les lie,

différente de celle qu'implique en droit privé le principe de liberté contractuelle, lequel suppose que chaque partie au contrat puisse suspendre l'exécution de ses obligations lorsque l'autre n'exécute pas, ou exécute mal les siennes. Cela étant, « *cette faculté est subordonnée à deux conditions : il faut qu'il s'agisse de l'inexécution d'une obligation principale et il faut qu'il s'agisse d'obligations réciproques nées du même contrat* »¹⁹.

Cet état du droit se justifiait au regard de trois considérations : la continuité du service public²⁰, l'absence de caractère synallagmatique des contrats induite par la prévalence de l'intérêt général dont est en charge l'Administration et l'impossibilité pour son cocontractant de se faire justice lui-même²¹.

Néanmoins, aucune disposition législative, réglementaire ni aucun principe général du droit n'interdisait aux parties de prévoir contractuellement la possibilité pour la partie privée de suspendre l'exécution de ses obligations en cas d'inexécution, ou de mauvaise exécution des siennes par la personne publique. C'est ce qui justifiait d'ailleurs qu'existent, très ponctuellement, des atténuations à cette impossibilité de principe pour le cocontractant personne privée de faire cesser unilatéralement l'exécution du contrat qui le lie avec une personne publique.

Ainsi, l'article 46.2.1 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux contenait déjà un ersatz de possibilité d'exception d'inexécution au profit de l'entreprise cocontractante. Aux termes de cette disposition, l'Administration est tenue de faire droit à une demande de résiliation émanant de la partie privée lorsqu'elle s'est abstenue de lui payer le prix du marché sous un certain délai. Elle est alors en situation de compétence liée. On note qu'il ne s'agit pas d'une exception

confirmé par CE, 7 octobre 1988, *OPHLM de la ville du Havre c. Sté nouvelle de chauffage Sochan*, n° 59729.

¹⁹ P. TERNEYRE, *Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs : Mélanges offerts à D. Labetoulle*, op. cit.

²⁰ CC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radiotélévision*, n° 79-105 DC ; CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies*, Rec. 875.

²¹ R. DRAGO, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux de l'Association Capitant, 1966, C. XVIII, p. 303 ; A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, n° 1002, p. 206 ; J. WALINE, *Les contrats entre personnes publiques*, RFDA, 2006. 229.

d'inexécution à proprement parler, puisque la résiliation n'est pas prononcée unilatéralement par la personne privée, celle-ci étant tenue d'en effectuer la demande auprès de l'Administration cocontractante.

De même, la jurisprudence admettait qu'une personne privée mandataire d'une personne publique puisse bénéficier d'un pouvoir de résiliation unilatérale²². Ici encore, l'exception n'est qu'illusion puisqu'en vertu du contrat de mandat conclu, c'est la personne publique mandante qui agit par le truchement de la personne privée mandataire.

Le juge administratif admettait également que, dans certains cas extrêmes, le cocontractant de l'Administration puisse cesser d'exécuter ses obligations. Ainsi en est-il lorsque la personne publique omet de régler des acomptes à son cocontractant, l'entraînant dans une situation financière que celui-ci ne peut soutenir²³. De la même manière, une entreprise est fondée à ne pas exécuter un projet qu'il lui revenait d'accomplir lorsque l'Administration a insuffisamment préparé celui-ci en amont²⁴. Comme ont pu le relever certains auteurs, l'exception d'inexécution existait donc de manière minimale, dès lors que l'inaccomplissement par l'Administration de ses obligations pouvait mettre en cause la bonne exécution d'une mission ou la bonne réalisation d'un ouvrage et qu'elle conduisait à bouleverser la situation économique du cocontractant²⁵. Ces exceptions sont à rapprocher de la force majeure, qui ouvre droit à la résiliation du contrat au profit du prestataire, laquelle est toutefois soumise à la saisine préalable du juge administratif²⁶. Cet état du droit prêtait volontiers le flanc à la critique.

D'un point de vue théorique d'abord, le droit applicable jusqu'à peu pouvait être contesté au seul regard des arguments avancés en faveur de sa justification. S'agissant de l'argument tiré de la continuité du service public, il est évident que bon nombre de contrats administratifs ne sont pas directement concernés par cette

²² CE, sect., 2 juin 1961, *Leduc*, Rec. 365.

²³ V. par raisonnement *a contrario* CE, 15 avr. 1988, *Entreprise Hypotra*, Rec. 897.

²⁴ CE, 8 novembre 1940, *Cne de Maussane*, Rec. 205.

²⁵ F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, Bibl. de droit publ., 1981, spéc. p. 433.

²⁶ CE, 9 décembre 1932, *Cie française des tramways de Cherbourg*, préc.

problématique. Aussi, l'impossibilité générale pour le cocontractant privé était difficilement justifiable lorsque le contrat ne portait pas sur l'exécution d'un service public, quel qu'il fût. Quant aux deux autres arguments – l'absence de caractère synallagmatique du contrat et l'impossibilité pour le cocontractant de se faire justice lui-même –, leur fondement est unique et réside dans la prévalence de l'intérêt général sur l'intérêt privé du cocontractant de l'Administration. Pour autant, il existe de nombreuses situations dans lesquelles une inexécution par le cocontractant privé de ses obligations lorsque l'Administration ne remplit pas les siennes ne porterait pas atteinte à l'intérêt général. Que l'on pense à la situation dans laquelle serait concerné un petit marché de fournitures, où l'inexécution de ses obligations par le prestataire privé n'aurait que des conséquences mineures pour l'Administration, alors qu'un refus de paiement par cette dernière pourrait potentiellement avoir de graves implications pour la société, surtout lorsqu'elle est de taille modeste.

Dès lors, s'il existait des exceptions, elles ne l'étaient qu'*a minima* et l'on a pu voir que le cocontractant devait, dans la plupart des cas, saisir le juge avant de voir reconnaître ses droits, ce qui restait largement critiquable pour une entreprise soumise à des exigences de pérennité, rarement satisfaites lorsque le juge en vient à être effectivement saisi.

Ces critiques se traduisaient d'ailleurs dans les prétoires, puisque la jurisprudence elle-même éprouvait une certaine difficulté à arbitrer entre les exigences impliquant l'impossibilité pour un prestataire privé de procéder, seul, à l'inexécution de ses obligations contractuelles et le respect à la fois de sa liberté contractuelle et d'une certaine équité dans l'exécution du contrat²⁷. La position de la Cour administrative d'appel de Nancy caractérisait particulièrement cette schizophrénie jurisprudentielle, puisqu'elle jugeait tantôt qu'une clause de résiliation d'un contrat par la partie privée n'entachait pas d'illégalité la convention à laquelle elle se rapportait²⁸ et tantôt

²⁷ TA Nice, 20 octobre 2006, *Sté Sogeparc - CGST c./ Ville de Toulon*, n°0201697 : «le cocontractant de l'Administration n'a pas le pouvoir de prononcer lui-même la résiliation *« en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens »*».

²⁸ CAA Nancy, 14 octobre 2010, *European Institute of Management*, préc.

qu'une telle clause était illégale car contraire à l'ordre public²⁹.

La doctrine appelait majoritairement à une évolution de ce cadre juridique³⁰.

Saisi par voie de cassation, sur un arrêt rendu par cette juridiction, le Conseil d'État est venu apporter une *« utile clarification »*³¹.

B) L'atténuation apportée au principe

La Haute juridiction est venue affirmer, dans un considérant de principe, que *« le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'Administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles »*.

Cette solution appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, le Conseil d'État vient ici réaffirmer le principe séculaire présenté ci-avant, selon lequel le cocontractant personne privé ne peut, de son propre chef, cesser d'assurer l'exécution de ses obligations. Il procède toutefois à une extension de l'interdiction ainsi prononcée, puisque ce n'est plus seulement une telle suspension d'exécution de ses obligations par le cocontractant privé qui est prohibée, mais également toute initiative de résilier unilatéralement le contrat. Cette interdiction

²⁹ CAA Nancy, 27 mai 2013, préc.

³⁰ Cons. de préf. de la Seine, 24 décembre 1940, *Sté générale française de publicité et d'édition, D.*, 1942, 3, 112, note J. de SOTO ; CE, 20 janvier 1961, *Lafay c. Commune de Manom, AJDA*, 1961, p.83, chron. M. JOUVIN ; et plus récemment P. TERNEYRE, *Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs, op cit* ; E. NIGRI, B. JALINIERE, *La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats, CMP*, n°4, avril 2014, ét. 4.

³¹ S. ZIANI, *Contrats des personnes publiques et exception d'inexécution : l'utile clarification, JCP CT*, n° 47, 24 novembre 2014, p. 2327.

générale vise la suspension ou la résiliation par le cocontractant en l'absence de toute clause contractuelle en ce sens, comme il s'en infère de la suite du considérant.

Outre cette réaffirmation forte, c'est l'exception de principe qui est posée qui attire immédiatement l'attention. Ainsi est-il désormais loisible au rédacteur de contrats ne portant pas sur l'exécution même du service public de prévoir une clause permettant au cocontractant privé de l'Administration de prendre l'initiative de résoudre le contrat lorsque celle-ci méconnaîtra ses obligations contractuelles.

Avant même de s'interroger sur la pertinence du champ d'application de cette exception retenue par le Conseil d'État (*cf infra*), il faut relever que la formulation retenue par celui-ci n'est pas sans soulever quelques interrogations. Quant au contenu de la clause, il est indiqué qu'elle permet au prestataire de requérir la résiliation du contrat. La question se pose donc de savoir s'il s'agit d'une précision qui vise à exclure tout autre type de clause. Une stipulation contractuelle permettant au cocontractant non de demander la résiliation, mais simplement de suspendre l'exécution de ses propres obligations est-elle envisageable? En toute logique il semblerait que la réponse apportée doive être positive ; si une clause de résiliation est légale, la possibilité de simplement suspendre l'exécution du contrat doit l'être également. Toutefois une précision explicite à cet égard eût été appréciable de la part du Conseil d'État. À défaut c'est à la jurisprudence, au-delà des spéculations doctrinales, qu'il revient de fixer le régime des clauses de suspension de l'exécution des contrats administratifs par le cocontractant privé. Précisions néanmoins que, même dans l'hypothèse où le Conseil d'État aurait trouvé souhaitable de préciser tous les manquements de nature à justifier la résiliation à l'initiative du cocontractant, le cocontractant privé serait resté tributaire de la qualification *in fine* retenue par le juge de ces manquements, ce qui n'aurait donc pas forcément pour effet de renforcer sa sécurité juridique.

De la même manière, le Conseil d'État semble limiter la mise en œuvre d'une telle clause de résiliation aux seules situations de méconnaissance, par la partie publique, de ses propres obligations contractuelles. L'on se trouve donc, à la lecture de l'arrêt, entre deux situations extrêmes : soit l'exécution du contrat est affectée par un cas de force majeure et le cocontractant est légitime à y mettre un terme sous le contrôle du juge administratif, soit l'Administration méconnaît ses obligations et son cocontractant

initie la procédure de résiliation si celle-ci a été prévue au contrat et que les autres conditions sont remplies. Mais qu'en est-il de la survenance d'évènements extérieurs aux parties qui ne sont pas pour autant constitutifs d'un cas de force majeure? Doit-on estimer qu'il est impossible pour elles de prévoir une clause permettant la résiliation du contrat à l'initiative du prestataire privé dans une telle situation? Si la réponse était positive, on peinerait à trouver une justification cohérente à cette exclusion. Tout au plus pourrait-on supposer qu'il s'agit, par le biais d'une telle limitation, d'assurer entre les contractants une certaine répartition des risques dans l'exécution du contrat, autour de l'idée selon laquelle il ne revient pas à l'Administration d'assumer les conséquences financières qui ne sont pas extrêmes, qu'auraient, sur l'exécution du contrat, la survenance d'éléments extérieurs aux parties et qu'elle n'a pas à supporter une résiliation dans cette situation.

Ainsi le Conseil d'État, tout en réaffirmant fermement l'impossibilité pour le cocontractant privé de résilier le contrat de sa propre initiative, a toutefois aménagé « *un régime de résiliation unilatérale pour inexécution* »³².

II. L'aménagement prétorien d'un régime de résiliation unilatérale par le cocontractant privé

Si le Conseil d'État a créé et aménagé un régime de résiliation unilatérale pour le cocontractant privé dont la mise en œuvre est strictement encadrée (B), il ne l'a autorisé que pour certains contrats administratifs (A).

A) Un champ d'application délimité

La formule retenue par l'arrêt *Grenke Location* est limpide ; une clause de résiliation ne peut être prévue que dans le cadre de contrats administratifs « *n'ayant pas pour objet l'exécution même du service public* ». Ainsi, loin d'avoir une portée générale, le régime fixé par l'arrêt *Grenke Location* est profondément circonscrit à certains types de contrats.

³² *Ibid.*

Au premier abord, cette limite liée à l'objet du contrat semble logique. En effet, on retrouve l'acception traditionnelle selon laquelle le service public doit être continu et ne saurait souffrir d'une inexécution qui entraînerait son interruption, quand bien même la personne privée cocontractante se trouverait dans une situation difficile (cf. *supra*). Ainsi, pour certains contrats, il ne fait aucun doute que le régime ainsi consacré par la Haute juridiction ne pourra pas être appliqué. La doctrine s'accorde pour considérer que les conventions de délégation de service public ainsi que certains marchés publics de services qui ont pour objet l'exécution même d'un service public ne pourront pas contenir une clause de résiliation unilatérale au profit du cocontractant privé car de tels contrats administratifs ont pour objet l'exécution même du service public³³.

Toutefois, la situation est toute autre dans nombre de cas où le contrat n'a pas pour objet l'exécution même d'un service public. Le rapporteur public Gilles Pellissier dans ses conclusions sur l'arrêt *Grenke Location* estimait « que tous les contrats administratifs ne contribuent pas au même degré à l'exécution du service public »³⁴. À cet égard, il est utile de rappeler que le Tribunal des conflits estime que certains contrats sont administratifs parce qu'ils sont considérés comme tels par la loi ou parce qu'ils contiennent une clause qui, « notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »³⁵. Le caractère administratif du contrat « résulte [donc] du fait qu'ils comportent une clause déterminant un régime exorbitant du droit commun ou qu'ils sont des contrats administratifs par détermination de la loi »³⁶. Dans ce cas, il est évident qu'aucun intérêt général ou principe

³³ S. PUGEAULT, *Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous certaines conditions*, D., 2015, p. 145 ; S. ZIANI, *Contrats des personnes publiques et exception d'inexécution : l'utile clarification*, art. préc.

³⁴ G. PELLISSIER, *Un contrat administratif peut-il emporter une clause accordant au cocontractant le droit de le résilier en cas d'inexécution par la personne publique de ses obligations contractuelles*, concl. sur CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke location*, n° 370644, *BJCP* n°98, 1^{er} janvier 2015, p.3.

³⁵ TC, 13 octobre 2014, *Axa France IARD*, n° 3963.

³⁶ C. PROS-PHALIPPON, *La recherche d'un meilleur équilibre contractuel par le contrat : la clause de résiliation au profit de la personne privée cocontractante*, *RFDA*, 2015, p. 47.

fondamental lié au service public (cf. *supra*) ne vient faire obstacle à ce qu'une clause de résiliation unilatérale puisse être prévue dans le contrat qui ne doit sa nature administrative qu'à sa qualification par la loi ou à la présence d'une clause exorbitante de droit commun. D'ailleurs, les auteurs semblent considérer de manière unanime qu'un tel contrat administratif n'ayant pas directement pour objet l'exécution même du service public doit pouvoir contenir une clause de résiliation dès lors que les parties y ont consenti³⁷.

Cela étant, on voit poindre une première difficulté relative à la délimitation de la nature des activités sur lesquelles portent les contrats. Qu'en sera-t-il des contrats qui, bien que n'ayant pas pour objet l'exécution même du service public, associent le cocontractant à l'exécution de ce service public, ou des contrats qui constituent une modalité de l'exécution d'un tel service public ? Par une jurisprudence constante et établie, de tels contrats sont qualifiés d'administratifs alors même qu'ils n'ont pas pour objet l'exécution même d'un service public³⁸. Dès lors, il sera nécessaire que les cocontractants privés de l'Administration concentrent toute leur attention sur cette éventualité afin d'éviter que l'insertion d'une clause de résiliation unilatérale à leur profit ne soit en réalité impossible.

Au-delà de la difficulté liée à la délimitation de la nature des activités sur lesquelles portent les contrats, la définition même de service public est mouvante et évolutive. Si le Conseil d'État dans son arrêt « *APREI* » est venu clarifier les critères permettant d'identifier une activité de service public³⁹, il n'en demeure pas moins que le juge

³⁷ S. PUGEAULT, *Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous certaines conditions*, art. préc. ; S. ZIANI, *Contrats des personnes publiques et exception d'inexécution : l'utile clarification*, art. préc. ; C. PROS-PHALIPPON, *La recherche d'un meilleur équilibre contractuel par le contrat : la clause de résiliation au profit de la personne privée cocontractante*, art. préc.

³⁸ CE, 26 juin 1974, *Sté La maison des Isolants-France*, n° 80940, Rec. 365.

³⁹ CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, n° 264541, Rec. 92 : « considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une

administratif peut parfois faire preuve d'opportunisme devant les cas d'espèce qui se présentent à lui. Certains iront peut-être jusqu'à dire que le juge administratif témoigne d'un pragmatisme excessif ou d'un zèle sans limites à l'intention des personnes publiques lorsqu'il a pu considérer qu'une activité de téléassistance ou l'organisation d'un festival constituait effectivement un service public⁴⁰. En tout état de cause, le périmètre du service public étant difficilement identifiable *a priori*, un contentieux pourra potentiellement naître de la difficile qualification du contrat conclu entre les deux entités.

Subséquent, on pourrait également réfléchir à la combinaison potentielle de ces deux aspects. En effet, l'on peut parfaitement imaginer qu'un contrat administratif n'ayant pas pour objet l'exécution même d'un service public inclut une clause de résiliation unilatérale telle que définie par l'arrêt *Grenke Location*. Au fil de la jurisprudence, la notion de service public évolue et la ou l'une des activités que doit exécuter la personne privée constitue désormais une modalité de l'exécution d'un service public. Que deviendrait la clause de résiliation unilatérale qui avait été incluse par la personne publique et l'opérateur privé dans leur contrat ?

Il est évident que toutes ces situations sont hautement hypothétiques et ne seront certainement pas nombreuses. Néanmoins, l'on peut raisonnablement se demander si cette limite que pose le Conseil d'État pour asseoir ce pouvoir de résiliation unilatérale au cocontractant privé ne risque pas, *in fine*, d'avoir pour seul effet de déplacer le contentieux sur de nouveaux terrains.

B) Une mise en œuvre strictement encadrée

La mise en œuvre concrète de la résiliation unilatérale du contrat par le cocontractant privé

personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission ».

⁴⁰ CE, 3 mars 2010, Département de la Corrèze, n° 306911 ; CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Four-les-plages, n° 342520, Rec. 225.

doit respecter plusieurs conditions que l'on pourrait qualifier de « procédurales ».

En premier lieu, l'arrêt *Grenke Location* précise que si une clause de résiliation au bénéfice du cocontractant de l'Administration peut être prévue lorsque celle-ci méconnaît ses obligations contractuelles, elle doit obligatoirement et expressément être stipulée au contrat. En tout état de cause, cette condition doit inviter à la plus grande prudence les personnes publiques et les opérateurs privés qui envisagent de contracter ensemble. En effet, la Haute juridiction reste relativement sibylline quant à la teneur de cette clause, peut-être par souci d'économie mais surtout et sûrement par désir de laisser entière la liberté de négociation de cet aspect par les parties. Par prudence, on ne saurait que trop conseiller d'énumérer clairement les manquements de l'Administration pour lesquels la clause peut être mise en jeu par le cocontractant privé.

En second lieu, avant que la résiliation demandée par la partie privée ne puisse devenir effective, ce dernier a l'obligation d'en informer la personne publique. L'arrêt est très clair sur ce point lorsqu'il souligne que « *le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles* »⁴¹. Le Conseil d'État ne donne que peu d'indications quant à la forme et les modalités que doit respecter l'information de la personne publique de la volonté du cocontractant privé de résilier le contrat. Cependant, comme le soulignent certains auteurs « *il est possible d'affirmer que l'information peut être effectuée par tout moyen matériel (mise en demeure, courrier simple...)* mais elle doit impérativement rappeler dans son contenu, l'ensemble des obligations inexécutées et le fondement contractuel du pouvoir de résiliation unilatérale »⁴².

Les conditions ainsi énumérées par l'arrêt *Grenke Location* pour la mise en œuvre de la clause de résiliation appellent plusieurs remarques. En effet, si en apparence, la solution ainsi retenue par le Conseil d'État tend *in abstracto* à rapprocher le régime du droit privé

⁴¹ CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke Location*, préc.

⁴² S. ZIANI, *Contrats des personnes publiques et exception d'inexécution : l'utile clarification*, art. préc.

de celui du droit public, elle maintient et réitère une distinction importante.

Comme cela a été souligné *supra*, l'exception qui existe en droit privé permet à l'un des contractants qui se voit lésé par l'inexécution ou l'exécution incomplète du contrat par son cocontractant d'arrêter, de son propre chef, l'exécution de ses obligations. En somme, il s'agit d'un moyen de défense au fond dans le cadre d'un contrat synallagmatique⁴³. Force est de constater que le juge du Palais-Royal n'a pas voulu consacrer une telle possibilité pour le cocontractant privé de l'Administration, ce dernier devant obligatoirement informer la personne publique – alors même qu'elle méconnaît ses obligations contractuelles ! – de sa volonté de résilier le contrat. Parallèlement, et sous réserve de la spéculation ci-dessus effectuée, aucune possibilité de suspension du contrat ne semble offerte au cocontractant à la différence de ce qui existe en droit privé : face aux manquements de l'Administration, il ne peut que demander la résiliation du contrat.

Si l'on reprend la terminologie consacrée en droit privé, le régime créé par le juge administratif semble ainsi s'aligner sur celui de la clause résolutoire, insérée dans le contrat et qui peut être mise en œuvre en cas d'inexécution totale ou partielle de ses obligations par l'une des parties. Cela étant, en droit privé, la palette offerte aux parties dans le cas de l'inexécution de leurs obligations contractuelles est beaucoup plus vaste et comprend en outre une faculté de résiliation unilatérale pour manquement grave et ce, nonobstant l'existence d'une clause dans le contrat⁴⁴. Ainsi, à la différence du droit privé, l'arrêt *Grenke Location* impose non seulement l'existence d'une clause de résiliation dans le contrat et ne donne pas la faculté pour la partie

⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., PUF, 2005. L'exception d'inexécution y est définie comme « le refus d'exécuter son obligation opposé, comme moyen de défense au fond, par l'une des parties d'un contrat synallagmatique à son cocontractant, aussi longtemps que celui-ci n'offre pas d'exécuter la sienne ».

⁴⁴ Cette faculté de résiliation unilatérale pour manquement grave est consacrée par l'arrêt *Tocqueville* rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 13 octobre 1998, n° 96-21485 : « mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ».

lésée de suspendre l'exécution de ses obligations. Nous ne reviendrons pas sur les fondements qui justifient cette solution et qui ont été développés *supra*. Cela étant, on peut légitimement s'interroger sur l'utilité et la nécessité de la solution ainsi retenue par la Haute juridiction. En effet, dès lors que l'aval de l'Administration est nécessaire pour que le cocontractant privé puisse engager la résiliation unilatérale, le résultat aurait été identique si le Conseil d'État avait simplement consacré cette solution en l'absence de clause dans le contrat. Dans cette optique, si la solution retenue par le Conseil d'État semble, au premier abord, extrêmement claire, de nombreuses interrogations persistent quant à son opportunité.

Enfin, la personne publique peut toujours s'opposer à la résiliation s'il existe un motif d'intérêt général. Dans une telle éventualité, l'arrêt ajoute que le cocontractant privé doit « poursuivre l'exécution du contrat (...), un manquement à cette obligation [serait] de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs »⁴⁵ même s'il peut « contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat »⁴⁶. Il est donc clair que le Conseil d'État a entendu ériger un garde-fou supplémentaire dans la mise en œuvre de la résiliation unilatérale du contrat administratif par le cocontractant privé de l'Administration. Cette soupape de sécurité liée à l'intérêt général vide, selon nous, presque entièrement de sa portée la possibilité d'instituer ce type de clause. De plus, l'utilisation de l'adverbe « notamment » dans la formule permettant à la personne publique d'invoquer un motif d'intérêt général renforce cette inquiétude. La notion d'intérêt général est interprétée beaucoup trop largement par le juge administratif et il eût été préférable de prévoir que l'Administration ne pouvait s'opposer à la résiliation du contrat que dans l'intérêt du service public.

Quand bien même l'arrêt ouvre la possibilité pour le cocontractant de contester le motif d'intérêt général présenté par la personne publique, cette solution ne conduirait *in fine* qu'à déplacer le contentieux⁴⁷. Certains spécialistes estiment que « saisi dans ce cadre, le juge du

⁴⁵ CE, 8 octobre 2014, *Sté Grenke location*, préc.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ A. SEE, *La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration*, JCP E, n°49, décembre 2014, p. 1623

contrat sera conduit à apprécier de façon rigoureuse ce motif»⁴⁸. La place du juge du contrat sera donc prépondérante dans l'appréciation du motif d'intérêt général soulevé par la personne publique et il semble qu'il en soit pleinement conscient. C'est ce qui ressort notamment de la décision rendue par la Cour administrative d'appel de Nancy à la suite du renvoi de l'affaire par le Conseil d'État, le juge d'appel a estimé, s'agissant de l'intérêt général invoqué par l'Administration, que si «*la commune (...) fait valoir que le contrat litigieux avait pour objet l'exécution même du service public et qu'une clause de résiliation au profit de son cocontractant ne pouvait y être insérée (...) la commune ne précise pas en quoi le photocopieur en cause était indispensable au fonctionnement des services publics qu'elle assurait (...)*» [nous soulignons]⁴⁹. Le juge du contrat semble donc véritablement vérifier la véracité de l'intérêt général invoqué par la personne publique pour s'opposer à la résiliation unilatérale demandée par le cocontractant privé.

L'évolution jurisprudentielle étudiée appelle deux remarques.

D'un point de vue théorique, elle marque la limite des catégories de contrats tracées par le législateur, puisqu'il en ressort que la principale ligne de démarcation qui justifie un régime d'exception est le service public. Cette évolution révèle ainsi un certain paradoxe : qu'est ce qui justifierait que le service public conduise à une solution applicable à tous les contrats publics alors que certains d'entre eux ne portent pas sur un tel service public ?⁵⁰.

Par ailleurs, pour une part importante des auteurs, la solution ainsi retenue par le Conseil d'État consacre une place importante à la liberté contractuelle des parties et notamment de la personne publique. Cette solution semble

⁴⁸ S. PUGEAULT, *Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous certaines conditions*, art. préc.

⁴⁹ CAA Nancy, 2 avril 2015, n° 14NC01885.

⁵⁰ F. MELLERAY, *Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif parle cocontractant de l'Administration*, art. préc.

d'ailleurs s'aligner sur la liberté contractuelle de la personne publique, reconnue depuis plusieurs années⁵¹. Dans une telle perspective, l'on peut considérer que cet arrêt s'inscrit dans le mouvement contemporain de contractualisation de l'action publique et de rapprochement des contrats administratifs avec les contrats de droit privé⁵².

Sur un plan plus pratique, cette solution n'aura vraisemblablement qu'une importance limitée. En effet, nous avons vu que les conditions de mise en œuvre de la solution retenue par les juges sont très strictes et appellent à de nombreuses réserves quant à son applicabilité concrète.

Si cette évolution jurisprudentielle est, à certains égards, critiquable, l'on peut néanmoins penser qu'elle s'inscrit dans une politique plus globale des « petits pas » qui conduira à un rapprochement entre les solutions retenues en droit public et en droit privé. Sous réserve, bien sûr, que les spécificités du premier induites par l'intérêt général dont l'Administration a la charge, soient sauvegardées.

*

⁵¹ CE, sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, n° 138650, Rec. 20.

⁵² C. PROS-PHALIPPON, *La recherche d'un meilleur équilibre contractuel par le contrat : la clause de résiliation au profit de la personne privée cocontractante*, art. préc.

TAXIS ET VTC – RERÈGLEMENTER LE MARCHÉ DES TRANSPORTS PUBLICS PARTICULIERS



Camille BELLOC

Sous la direction du Professeur Rozen NOGUELLOU

« Les conducteurs de taxi parfois se mettent en grève. Ce sont des moments difficiles où l'on n'en trouve pas. Comme d'habitude ».

Ce bon mot d'Alain SCHIFRES, s'il grossit quelque peu le trait en défaveur de la profession, décrit avec un certain réalisme le secteur des taxis en France, et en particulier à Paris. De nombreux usagers déplorent de ne pas trouver de taxi disponible, se plaignent de la qualité médiocre du service offert, regrettent de ne pouvoir payer par carte bancaire, pestent contre les conducteurs qui les « baladent » à dessein, ou qui refusent de les prendre en charge sur un trajet jugé trop court, ou même trop encombré... Ces récriminations, issues du dysfonctionnement de la profession, et de la pénurie de taxis dans les grandes villes de France, ne sont pas nouvelles. Les pouvoirs publics ont souvent tenté de réformer cette profession qui devrait jouer un rôle essentiel dans la mobilité urbaine et rurale, en vain. Les groupes de pression et organisations syndicales défendant les intérêts du secteur, très influents, brandissent à chaque tentative de réforme la menace de blocage de la capitale, et ont souvent fait reculer le régulateur, par ailleurs confronté aux difficultés tant économiques que juridiques, et partant, politiques, qu'impliquerait la réforme du secteur.

Ce phénomène n'a jamais été aussi prégnant qu'en 2014 et au début de l'année 2015. La grève

des taxis du jeudi 25 juin 2015 l'a bien montré : le secteur des transports publics particuliers connaît aujourd'hui une révolution indéniable, qui suscite des résistances très violentes de la part de ses acteurs historiques. Quels sont au juste l'objet et les enjeux de la guerre qui oppose les taxis et les voitures de transport avec chauffeur (VTC) ? Que recouvrent d'ailleurs précisément ces deux termes ?

Les taxis et les voitures de transport avec chauffeur sont aujourd'hui les deux grands acteurs du marché des transports publics particuliers. Les taxis, dont la dénomination provient du mot « taximètre », appareil qui permet une tarification selon la distance à partir du début du XXe siècle, sont les acteurs historiques du secteur. Ce sont les héritiers des « voitures de place », qui avaient dès cette époque le droit exclusif de stationner sur les places et d'y prendre en charge des clients¹. C'est à la même époque qu'est née la distinction entre les voitures de place et les voitures de remise. Celles-ci n'ont pas le droit de stationner sur la voie publique, ou de circuler sur la voie publique en quête de clients. Entre deux courses, préalablement réservées par le client, ces voitures retournent à la « remise », c'est-à-dire au

¹ B. CAUSSE, *Les fiacres de Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles*, PUF, 1972

garage. C'est l'origine historique de la distinction entre les taxis, héritiers des voitures de place, et les VTC, héritiers des voitures de remise.

À la distinction entre voitures de place et de remise, il faut ajouter la partition du secteur des transports publics particuliers entre les marchés de la maraude et de la réservation préalable. La maraude est le fait pour un taxi d'être hélé, dans la rue ou à une borne de taxi, par un client qui est immédiatement pris en charge. La réservation préalable désigne le marché des courses commandées par téléphone; suite à la réservation préalable, le conducteur va chercher le client à une adresse donnée, qui est lieu de début de la course. De nombreuses difficultés proviennent du fait que les distinctions place/remise et maraude/réservation préalable ne se superposent pas. En effet, les taxis – voiture de place – ont le monopole de la maraude, mais ils opèrent aussi sur le marché de la réservation préalable. Quant aux VTC – voitures de remise – elles ne peuvent exercer leur activité que sur ce second marché, qui a récemment été libéralisé, et sur lequel VTC et taxis sont en concurrence.

Le secteur des transports publics particuliers constitue aujourd'hui un marché dual asymétriquement réglementé (I). Le modèle réglementaire issu de la loi Thévenoud est déséquilibré, du fait des distorsions de concurrence qui défavorisent les VTC sur le marché de la réservation préalable (II). Les autorisations de stationnement, ou licences, cessibles à titre onéreux, constituent l'obstacle principal à la mise en place d'une réforme efficace et globale du secteur (III).

I. Les transports publics particuliers – un marché dual asymétriquement réglementé

La profession de taxi fait l'objet d'une réglementation très poussée. L'article L. 3121-1 du code des transports définit les taxis comme « *des véhicules automobiles comportant, outre le siège du conducteur, huit places assises au maximum, munis d'équipements spéciaux et d'un terminal de paiement électronique, et dont le propriétaire ou l'exploitant est titulaire d'une autorisation de stationnement sur la voie publique, en attente de la clientèle, afin d'effectuer, à la demande de celle-ci et à titre onéreux, le transport particulier des personnes et de leurs bagages* ». L'accès à la profession est limité par des

règlementations qualitatives et quantitatives; les tarifs sont administrés, à travers la fixation de prix maximaux; et les conditions d'exercice de l'activité font l'objet d'un encadrement détaillé, concernant les caractéristiques du véhicule, les normes de sécurité et la protection des consommateurs. La régulation de la profession tire son origine des spécificités économiques du secteur. En effet, la concurrence sur le marché de la maraude ne conduit pas à un équilibre satisfaisant, et a tendance à entraîner un excès d'offre². Ce fut le cas pendant la crise des années 1930, et c'est à cette époque que beaucoup de pays, dont la France et les États-Unis, ont réglementé l'accès à la profession³. La concurrence par les prix est en outre inefficace sur ce marché⁴.

L'inefficience du marché découle enfin des asymétries d'information qui y règnent: le client ne peut mettre en concurrence les taxis sur le marché de la maraude, et n'a pas la possibilité de vérifier les caractéristiques du service qu'il achète, qu'il s'agisse de la qualité de la prestation ou du prix de la course. Ces particularités constituent le fondement des réglementations encadrant cette profession: le résultat dit de l'accès excédentaire justifie la mise en place de barrières à l'entrée, l'inefficacité de la concurrence par les prix explique l'administration des tarifs, et les asymétries d'information les limitations qualitatives tenant au véhicule et à l'exercice de la prestation.

Les motifs juridiques de la réglementation, intrinsèquement liés à cette analyse économique, reposent sur la conservation du domaine public et sur des objectifs d'ordre public, notamment la police du stationnement et de la circulation sur la voie publique⁵. Les passagers ne pouvant vérifier le bon état des véhicules, ni discriminer la compétence et l'honnêteté des chauffeurs avant d'emprunter un taxi, la réglementation doit avoir imposé ces normes en amont, pour des raisons de sécurité. Pour éviter la négociation des tarifs à la vitre du taxi, et les variations tarifaires, le pouvoir de négociation des clients étant trop important en heures creuses, et celui des

² OCDE, *La (dé)-réglementation du secteur des taxis*, 2007, p. 114

³ R. DARBERA, *Régulation des taxis, « a tale of two cities »*, 2009, points 72 et suiv.

⁴ A. THEVAND, *Taxis et concurrence*, AJDA, 2010, p. 1124.

⁵ CC, 7 juin 2013, n° 2013-18 QPC; CC, 17 octobre 2014, n° 2014-422 QPC.; CE, 17 décembre 2014, SAS Allocab et autres, n°s 374525 et 374553.; CC, 22 mai 2015, n° 468/469/472 QPC.

chauffeurs trop important en heures de pointe, les tarifs sont administrés. La réglementation très stricte de la profession d'exploitant ou de conducteur de taxi est aussi la contrepartie du monopole légal dont ils bénéficient. Le caractère d'utilité publique de l'activité est généralement admis, et les taxis sont censés jouer un rôle fondamental dans la mobilité des personnes.

Pour toutes ces raisons, la profession est soumise à une double barrière à l'entrée : tout conducteur de taxi doit détenir un certificat de capacité professionnelle (matérialisé par la carte professionnelle), délivré suite à une formation sanctionnée par un examen, et valant dans le département de délivrance, ainsi qu'une autorisation de stationnement, délivrée à titre gratuit par le maire ou le préfet de police dans leur zone de compétence. Les autorisations sont délivrées en fonction de listes d'attente rendues publiques.

Outre ces barrières à l'entrée, les tarifs sont administrés, le ministre de l'Économie fixant chaque année, par arrêté, des prix maximaux pour les différentes composantes du tarif de la course (prise en charge, indemnité kilométrique, suppléments) et un tarif minimal. Par ailleurs, des délimitations géographiques circonscrivent l'activité, et des normes portant à la fois sur les véhicules et l'exercice de l'activité complètent l'encadrement de la profession. Les taxis doivent notamment être munis de différents équipements spéciaux : compteur horokilométrique, lumignon « taxi », appareil horodateur, terminal de paiement électronique... Un régime de sanctions étoffé vient enfin garantir l'effectivité de ces réglementations.

Le régime juridique régissant l'activité des VTC est autrement plus souple, et ce depuis la dérégulation qui a eu lieu en 2009. Les voitures de tourisme avec chauffeur (apparues en 2009 et devenues voitures de transport avec chauffeur), dont le régime a été codifié en 2014 dans le code des transports, n'opèrent que sur le marché de la réservation préalable. Il leur est interdit de stationner ou de circuler sur la voie publique en quête de clients. Or sur le marché de la réservation préalable, les différentes offres peuvent être mises en concurrence par les consommateurs, qui disposent des informations nécessaires, eu égard tant aux tarifs qu'à la qualité du service proposé. La concurrence peut donc s'y exercer de manière efficace.

Jusqu'en 2009, la petite remise et la grande remise, ancêtres des VTC, cohabitaient sans

grande difficulté avec les taxis, pour la simple raison que la législation avait strictement encadré l'activité des « voitures de petite remise » et des « voitures de grande remise », au point d'étouffer toute concurrence sur le marché de la réservation préalable, où les exploitants et conducteurs de taxi détenaient un quasi-monopole de fait. Deux phénomènes concomitants ont néanmoins bouleversé cet équilibre insatisfaisant : d'une part, la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009, dite loi Novelli, qui a remplacé les voitures de grande remise par les « voitures de tourisme avec chauffeur » et supprimé le système de licences et le contingentement afférent ; et, d'autre part, l'offre de nouveaux services sur le marché de la réservation préalable, liée aux innovations technologiques permettant de proposer des courses à moindre coût par l'entremise des *smartphones*.

L'activité des voitures de tourisme avec chauffeur a été en grande partie dérégulée : des conditions portant sur la formation des chauffeurs (délivrance d'une carte professionnelle par l'autorité administrative compétente) et les caractéristiques des véhicules subsistent, mais les tarifs demeurent librement fixés, et le contingentement a été supprimé.

Ces évolutions, couplées à la pénurie de taxis générée par un contingentement extrêmement restrictif dans les grandes villes, ont entraîné un développement important de l'offre de VTC, qui ont rapidement opposé une forte concurrence aux conducteurs de taxis sur le marché de la réservation préalable.

II. Un modèle réglementaire déséquilibré

L'ouverture du marché de la réservation préalable a suscité des résistances importantes. Ce marché est en effet un enjeu de taille pour la profession de taxi. L'apparition du téléphone puis du GPS ayant conféré au segment de la réservation préalable un attrait certain, les taxis ont historiquement désinvesti le marché de la maraude. Les sociétés de taxi peuvent en effet proposer sur le marché de la réservation préalable des abonnements, du type « club affaires », qui permettent de contourner les tarifs maximaux réglementaires, d'où une rentabilité accrue dans le contexte de pénurie, en particulier à Paris.

L'apparition des applications de téléphonie mobile, couplée à la libéralisation du marché de la réservation préalable en 2009, a bouleversé cet équilibre insatisfaisant en mettant fin au quasi-monopole de fait des taxis sur le marché de la réservation préalable. Les VTC proposent désormais des prestations compétitives sur le marché de la réservation préalable : le temps d'attente est réduit du fait des nouvelles technologies, l'accueil du client est privilégié et la qualité du service, systématiquement évaluée, est souvent supérieure à celle offerte par les taxis. Grâce au modèle de l'intermédiation, les VTC réduisent en outre leurs coûts et proposent ainsi des tarifs avantageux. Les sociétés de VTC « nouvelle génération », apparues à partir de 2009 et utilisant les nouvelles technologies, ne salarient pas leurs chauffeurs, qui ont un statut d'autoentrepreneur, et reversent à la société une commission de l'ordre de 20 à 30 % du prix de chaque course.

La profession de taxi n'a pas tardé à dénoncer la « concurrence déloyale » des VTCistes, dont elle estime, d'une part, qu'ils empiètent sur le marché de la maraude au moyen des dispositifs de géolocalisation, et, d'autre part, qu'ils bénéficient d'avantages indus sur le marché de la réservation préalable, dans la mesure où ils ne supportent pas les charges et obligations qui pèsent sur les taxis et entravent leur compétitivité. Les applications de téléphonie mobile, tout en dynamisant le marché de la réservation préalable, ont de fait brouillé la frontière entre celui-ci et le marché de la maraude. En effet, si la séparation des deux marchés est totale du côté de l'offre, elle ne l'est pas du côté de la demande, puisque le besoin à satisfaire est en grande partie le même⁶. La concurrence des VTC se répercute donc sur l'ensemble du secteur, et non uniquement sur le marché de la réservation préalable. Il est ainsi nécessaire d'interroger aujourd'hui la pertinence du modèle français de partage du marché des transports publics particuliers. Le régulateur gagnerait peut-être à s'inspirer du modèle new-yorkais de partage du marché. À New York, une segmentation étanche divise le marché des transports publics particuliers entre le marché de la réservation préalable, exclusivement réservé aux *liveries* (équivalent local des VTC), et le marché de la maraude, qui est un monopole des taxis (*yellow cabs*)⁷.

⁶ Autorité de la concurrence, avis 14-A-17, 9 décembre 2014, points 25 et 26.

⁷ New York City Taxi & Limousine Commission, «Taxicab Factbook 2014».

En 2013 et en 2014, le pouvoir réglementaire puis le législateur ont adopté différentes mesures dilatoires visant à protéger la rentabilité de l'activité de taxi, c'est-à-dire la valeur des licences, créant ce faisant des distorsions de concurrence au détriment des VTC sur le marché de la réservation préalable. Par le décret n° 2013-1251 du 27 décembre 2013, dit « décret 15 minutes », le gouvernement a tenté d'instaurer, malgré l'avis très défavorable de l'Autorité de la concurrence⁸, un délai minimal d'attente entre la réservation préalable et la prise en charge du client par les chauffeurs de VTC. Ce décret a fait l'objet d'un référé-liberté devant le Conseil d'État, qui a suspendu son exécution⁹ avant de l'annuler¹⁰. Le Conseil d'État a considéré que cette précision réglementaire constituait un ajout illégal à la loi, dans la mesure où l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie n'était pas nécessaire à la poursuite de l'objectif d'intérêt général consistant en la protection du monopole légal des taxis.

Face à cet échec, la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014, dite loi Thévenoud, loin de résoudre les problèmes qui gangrènent depuis plusieurs années le marché des transports publics particuliers, a cherché à protéger la rentabilité de l'activité des taxis dans l'ensemble du secteur. Les deux apports majeurs de cette loi sont l'interdiction de la « maraude électronique » et l'obligation de retour à la base. Le code des transports interdit désormais d'informer un client à la fois de la localisation et de la disponibilité d'une VTC. Il prévoit en outre l'obligation pour les conducteurs de VTC de retourner après chaque course au lieu d'établissement de l'exploitant, ou dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé, sauf si le conducteur justifie d'une réservation préalable. Par sa décision du 22 mai 2015¹¹, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l'obligation de retour à la base et l'interdiction de maraude électronique, et censuré l'interdiction de tarification horokilométrique faite aux VTC. La plupart des dispositions contestées de la loi Thévenoud ont donc été jugées conformes à la Constitution par le juge constitutionnel, qui a

⁸ Autorité de la concurrence, avis n°13-A-23 du 16 décembre 2013.

⁹ CE, ord., 5 février 2014 SAS Allocab, nos 374524, 37455.

¹⁰ CE, 17 décembre 2014, nos 374525 et 374553.

¹¹ CC, 22 mai 2015, n° 2015-468/469/472 QPC.

rendu une décision critiquée par de nombreux auteurs¹².

Le secteur des transports publics particuliers doit être réformé. Entre 2009 et 2014, l'introduction d'une réelle concurrence sur le marché de la réservation préalable a eu des effets positifs, mais le resserrement issu de la loi Thévenoud démontre l'incapacité du législateur à repenser globalement la régulation du secteur. Celle-ci est à l'origine d'un équilibre précaire et insatisfaisant, qui pénalise non seulement les taxis et les VTC, mais aussi les consommateurs. Le caractère urgent de la réforme est patent, car les évolutions technologiques, couplées à la dérégulation du marché de la réservation préalable, rendent impossible la survie à terme de la profession de conducteur de taxi telle qu'elle existe actuellement. La loi Thévenoud, en sanctuarisant les lignes directrices de la réglementation traditionnelle du secteur, ne fait que retarder l'issue. Derrière les recours des organisations de taxi contre les sociétés de VTC, et les mesures législatives rétrogrades récemment adoptées, se dessine en réalité le spectre d'un problème de taille sur lequel ont buté toutes les velléités de réforme du secteur des transports publics particuliers – celui de la patrimonialisation des licences de taxi.

III. Le problème des licences

Les résistances actuellement observées tirent essentiellement leur origine d'une seule et même anomalie : la valeur acquise par les licences de taxi dans les grandes villes de France, et notamment à Paris. Les autorisations de stationnement, surnommées licences ou plaques, initialement distribuées gratuitement par les autorités compétentes sur le marché primaire des licences, peuvent être revendues à titre onéreux, après une durée minimale d'activité par leur détenteur/vendeur.

Sous couvert de mieux encadrer le phénomène officieux de revente des licences, le législateur et la jurisprudence l'ont encouragé. La cessibilité à titre onéreux des licences, légalisée par la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995, qui autorise les détenteurs de licence à présenter à

¹² Voir par exemple D. BROUSSOLLE, *La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 2015 suffira-t-elle à sauver le monopole des taxis ?*, JCP G n°22, 1^{er} juin 2015, 614, p. 3.

l'administration un successeur moyennant paiement, couplée à la rareté des autorisations, a conduit à une valorisation problématique des licences, qui se négocient à plus de 200 000 euros dans la zone des taxis parisiens. La détermination du nombre de licences délivrées dans chaque zone géographique est entièrement laissée à l'appréciation de l'autorité administrative compétente (art. R. 3121-5 du code des transports), soit le maire ou le préfet de police.

Pour proposer une réforme efficace du secteur, une solution au problème des licences devra impérativement être trouvée. Leur cessibilité à titre onéreux entretient la pénurie de taxis dans les grandes villes, toute création de nouvelles licences étant combattue par les détenteurs qui craignent de voir la valeur globale des licences baisser. En outre, le régime mis en place en 1995 crée des inégalités importantes entre les détenteurs : ceux qui l'ont obtenue à titre gratuit sur le marché primaire, au prix d'une attente parfois très longue, pourront ensuite la revendre, et sont indûment avantagés par rapport à ceux qui l'ont achetée au prix fort sur le marché secondaire. Les deux seules conditions pour la revente des licences consistent en l'exigence d'une durée d'activité minimale, et d'un agrément préalable de l'administration, systématiquement octroyé. Tous ces éléments conduisent à une fixation opaque du prix des licences, qui font l'objet d'une importante spéculation. Si la loi Thévenoud va dans le bon sens en prévoyant l'incessibilité des licences délivrées postérieurement à sa promulgation, cette mesure n'aura des effets qu'à très long terme si la pratique réglementaire de délivrance, particulièrement restrictive, n'est pas modifiée.

À Paris et dans d'autres grandes villes, l'insuffisance de l'offre de taxis permet en effet aux détenteurs de licences de bénéficier d'une rente, avec la complicité d'un pouvoir réglementaire ayant une grande liberté dans la fixation du nombre de licences délivrées chaque année. Entre 1990 et 2002, aucune nouvelle licence n'a été attribuée dans la zone des taxis parisiens¹³. Il y a aujourd'hui 17 702 taxis à Paris, soit 2,7 taxis pour 1000 habitants. Les comparaisons internationales révèlent l'ampleur du problème, l'offre de taxis et VTC à Paris étant très inférieure à celle d'autres grandes villes :

¹³ P. CHASSIGNEUX, *Proposition de réforme de la profession de taxi*, La Documentation française, mars 2008, p. 16.

13,5 pour 1000 habitants à New York, 10,8 à Londres, et seulement 3,4 à Paris¹⁴...

Le nombre de licences dans la zone des taxis parisiens était de 15 800 en 2007, contre 14 000 en 1937, alors que la population a quasiment doublé sur la même période... Le prix moyen de la licence en France est 97 118 euros en avril 2014 selon l'observatoire mis en place par l'officiel du taxi¹⁵. Cette situation, qui favorise une petite catégorie de privilégiés, au détriment des consommateurs, perdure depuis plusieurs décennies, sans que le contrôle du juge ne puisse y mettre fin. Depuis 2007, le juge administratif exerce néanmoins un contrôle renforcé sur le pouvoir du maire ou du préfet de police permettant de règlementer le nombre de taxis dans leur zone de compétence¹⁶.

Une réforme efficace du secteur doit permettre d'augmenter le nombre de taxis tout en ne spoliant pas les actuels détenteurs de licence. En effet, si la valeur patrimoniale des licences ne constitue pas un droit de propriété au sens de la Constitution¹⁷, elle donne néanmoins des droits aux détenteurs de licences, protégés par les articles 13 et 16 de la Déclaration de 1789, qui protègent respectivement le principe d'égalité devant les charges publiques et la garantie des droits. L'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme protège également les détenteurs de licence de taxi, du fait de la définition large de la notion de bien de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸.

¹⁴ R. DARBERA, *Taxicab regulation and urban resident's expectations from policy makers : a survey in eight cities*, intervention à l'occasion du quatrième Forum des Taxis de l'Union internationale des transports routiers, Cologne, novembre 2010.

¹⁵ T. THEVENOUD, *Un taxi pour l'avenir – Des emplois pour la France*, La documentation française, avril 2014, p. 33 et suiv.

¹⁶ CE, 27 juin 2007, Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien, n° 292855 ; conclusions de M. GUYOMAR, *Contrôle juridictionnel sur la fixation du nombre de taxis*, *RJEP* n° 650, février 2008, comm. 8

¹⁷ Les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ne protègent pas les détenteurs d'une autorisation administrative ayant valeur patrimoniale. Voir pour exemple CC, 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC.

¹⁸ CEDH, 7 juillet 1989, *Tre Trätörer Aktielobag c/ Suède*, n° 10873/84, (les intérêts économiques liés à l'exploitation d'un débit de boissons sont qualifiés de biens).

Pour mettre fin à cette situation de pénurie, certains suggèrent de supprimer le système des licences de taxi, ce qui impliquerait de racheter celles-ci pour dédommager les actuels détenteurs du préjudice subi, soit à travers la mise en place d'une taxe sur les courses¹⁹, soit en faisant payer un droit d'entrée aux nouveaux entrants. Thomas Thévenoud souligne que le montant d'un rachat indifférencié sur la base des prix actuels, qui peut être estimé à 4,8 milliards d'euros, ne peut être dépensé dans le contexte budgétaire actuel²⁰. Cette solution ne sera probablement pas celle choisie par le régulateur, et ce d'autant que dans son avis n° 389494 du 8 décembre 2014 relatif au projet de loi Macron, le Conseil d'État a estimé que la mise en place d'un droit d'entrée acquitté par les nouveaux notaires pour rembourser la valeur des offices existants constituait une rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Des solutions plus progressives ont pu être avancées, telle l'augmentation du nombre de licences couplée à la généralisation du doublage – solution que préconisait dès 1959 le rapport Rueff-Armand²¹ – ou encore l'octroi d'une licence gratuite à chaque détenteur actuel de licence. Nous favorisons cette dernière solution, qui permettrait de ne pas générer une dévalorisation brutale des licences. Selon le modèle présenté par l'économiste Alain Trannoy dans *Le Monde* du 12 février 2008, si l'on attribue une seconde licence à tout détenteur actuel, et que la demande n'augmente pas malgré l'augmentation de l'offre, ce qui correspond à l'hypothèse la plus pessimiste, le prix des licences serait exactement divisé par deux, ce qui a le double avantage de ne pas spolier les détenteurs de licence et de ne rien coûter aux contribuables.

Néanmoins, les expériences menées à l'étranger doivent être examinées pour évaluer l'efficacité de cette solution dans le cas français. La réforme mise en place devra impérativement prendre en compte deux variables clés : d'une part, l'élasticité de la demande par rapport au temps d'attente, qui détermine l'augmentation de la demande générée par une augmentation de l'offre et, d'autre part, l'ascension irréprouvable de

¹⁹ J. DELPLA et C. WYPLOSZ, *La fin des privilèges. Payer pour réformer*, Hachette Littératures, 2007

²⁰ T. THEVENOUD, *Un taxi pour l'avenir, des emplois pour la France*, rapport préc., p. 35.

²¹ J. RUEFF et L. ARMAND, *Les obstacles à l'expansion économique : rapport présenté par le Comité institué par décret n° 59-1284 du 13 novembre 1959*, La documentation française, 1960, p. 44.

nouvelles formes de transport, largement fondée sur des innovations technologiques dont on ne mesure pas encore entièrement les conséquences.

La solution consistant à octroyer une seconde licence aux détenteurs actuels a été critiquée. Richard Darbéra a montré en 2008 que doubler le nombre de licences sans augmenter le nombre de courses en charge (c'est-à-dire la taille du marché) revient à doubler le coût de revient de chacune des courses²². Dans ce cas, il n'y a plus de rente, et le prix de la licence sera non pas divisé par deux, mais réduit à zéro. Pour que la valeur de la licence soit seulement divisée par deux comme le souhaitent les partisans de la solution « augmentation du capital », il faudrait, selon le modèle de Darbéra, que la demande augmente des deux-tiers environ. Si elle n'augmente que de moitié, avec une offre double, la rente disparaît. Pour comprendre si cette solution, que nous favorisons, est efficace, il faut obtenir une fonction de la demande par rapport à l'offre de taxis, tout en prenant en compte les transformations récentes, et plus particulièrement l'offre concurrente des VTC sur le marché de la réservation préalable.

On peut pour ce faire s'appuyer sur les travaux de Maya Bacache-Beauvallet et Lionel Janin, qui ont cherché à évaluer, dans une étude publiée en 2012²³, l'effet d'une augmentation du nombre de licences sur le prix des licences. Selon eux, une augmentation de 1 % du nombre de licences diminue la valeur de la licence de 1,33 %. En prenant en compte l'effet de l'élasticité de la demande, on pourrait ainsi augmenter le nombre de licences de 75 % avant d'éliminer la rente que représente la valeur de la licence. Ces auteurs soulignent néanmoins que certaines variables n'ont pas été prises en compte dans leur modèle économétrique. C'est notamment le cas de la concurrence par d'autres modes de transport. À l'époque de la publication de leur article, la concurrence de la grande et de la petite remises avait un effet restreint. Cependant, l'évolution fondamentale du marché des transports publics particuliers qui a eu lieu depuis, à savoir le développement très important des VTC, rend son incorporation dans le modèle nécessaire.

²² R. DARBERA, *Rapport Attali : les craintes des taxis étaient-elles fondées ?*, Transport, n° 448, mars-avril 2008, pp. 86-91, point 6 et suiv.

²³ M. BACACHE-BEAUVALLET et L. JANIN, *Taxicab licence value and market regulation*, Transport Policy, vol. 19, n°1, 2012.

La valeur de la licence des taxis parisiens a déjà commencé à baisser du fait de la concurrence des VTC « nouvelle génération » (c'est-à-dire utilisant les nouvelles technologies). L'Autorité de la concurrence reprend les chiffres de la préfecture de police de Paris, compilés par les syndicats professionnels, dans son avis précité du 9 décembre 2014 : le prix de la licence a chuté de 25 % depuis janvier 2013, pour atteindre le montant de 200 000 euros. Si cette chute peut être mise sur le compte de l'incertitude actuelle sur l'avenir des taxis, il est probable que cette tendance se poursuive dans les mois à venir, car la concurrence des VTC ne fait que se renforcer. Certains chauffeurs de taxi locataires ou salariés (c'est-à-dire non titulaires de licence) ou ayant récemment vendu leur licence se sont d'ores et déjà reconvertis dans le secteur des VTC. La dévalorisation des licences du fait de la concurrence des VTC « nouvelle génération » est également en cours dans d'autres pays, et notamment aux États-Unis, dans les villes de New York, Boston ou Chicago²⁴.

La dévalorisation des licences, tant crainte et combattue par les conducteurs exploitants de taxis en France, semble déjà en cours, et le maintien du statu quo par le régulateur pourrait être lu comme une manœuvre hypocrite permettant à l'État de protéger en apparence la valeur des licences tout en attendant qu'elles se dévalorisent spontanément à travers le jeu du marché, ce qui éviterait l'indemnisation.

Ainsi, une réforme globale doit être mise en place, dans l'intérêt non seulement des consommateurs et des sociétés de VTC, mais aussi du secteur des taxis, dont la profession ne pourra longtemps résister aux assauts de la concurrence et des nouvelles technologies sous sa forme actuelle. Néanmoins, le manque de données dans ce domaine empêche pour l'instant de formuler des propositions suffisamment précises et concrètes. La remontée des informations, notamment depuis les préfectures, est laborieuse²⁵. Une étude d'impact approfondie, telle qu'en ont mené tous les pays ayant mis en œuvre une réforme systémique du secteur, est nécessaire. Jusqu'ici, le régulateur ne s'est pas illustré en la matière. La loi Thévenoud, adoptée

²⁴ *New York City Taxi Medallion Prices Keep Falling, Now Down About 25 Percent*, The New York Times, 7 janvier 2015.

²⁵ Selon Thomas THEVENOUD (*op. cit.* p. 38), ces données n'ont pas été publiées depuis 2004.

à travers une procédure accélérée, et fondée sur un rapport produit en quelques semaines²⁶, n'a pas échappé à la règle. En prévoyant un certain nombre de mesures dilatoires visant à freiner l'expansion des VTC, notamment *via* l'interdiction de ce que les taxis appellent la « maraude électronique » et l'obligation de retour à la base, difficilement contrôlables et sans doute peu efficaces, le régulateur n'a fait que retarder, une refonte plus complète et ambitieuse du secteur.

Nous proposons de supprimer progressivement le *numerus clausus* qui régit aujourd'hui l'activité des taxis, et d'assouplir leurs modalités de tarification, afin de leur permettre d'accroître tant leur compétitivité que leur disponibilité. Il est également nécessaire d'abolir les obstacles à la libre activité des VTC sur le marché de la réservation préalable, qui ne sont pas justifiées par des motifs légitimes. Pour définir un nouveau partage du marché des transports publics particuliers entre taxis et VTC, et concevoir une réglementation de la profession de taxis en adéquation avec les objectifs d'ordre public et d'intérêt général, dont elle tire sa seule justification, une analyse approfondie du secteur doit être menée. Elle devra notamment intégrer les évolutions technologiques en cours et l'émergence de nouvelles formes de transport.

*

²⁶ T. THEVENOUD, *op. cit.*

INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES ET DOMAINE PUBLIC:

SUCCÈS ET LIMITE DE LA GREFFE D'UNE THÉORIE

ÉCONOMIQUE ÉTRANGÈRE



Candice MERIC

Sous la direction de Maître Laurent VIDAL

« Un État, ancien ou nouveau, entend, soit perfectionner son système de droit administratif, soit, pour le second, le créer. Il peut, certes, innover, et inventer des solutions originales adaptées à sa situation. Mais il peut aussi, et c'est la démarche la plus fréquente, rechercher, dans un autre État, les institutions et les règles qui lui paraissent répondre aux données de son propre problème. Il va alors transporter dans son milieu national le modèle étranger.

Comment qualifier cette opération ? Parlera-t-on "d'échange" ? Non, car l'opération est unilatérale, et ne comporte nulle contrepartie. Parlera-t-on "d'emprunt" ? Ce serait évoquer l'idée de restitution, qui n'a rien à faire ici. Imitation ? Le mot est bien vague. Si l'on pouvait emprunter le langage de la chirurgie avancée, c'est à la greffe d'organes qu'on aurait recours, à cette nuance près - qui est d'importance ! - que l'organe administratif, institution ou règle, possède sur l'organe vivant l'enviable supériorité de pouvoir être greffé sans dépossession du donneur : celui-ci garde l'original, et c'est un fac-similé qui va tenter de s'intégrer dans son nouveau milieu. Mais dans les deux cas, le problème est de savoir si la greffe prendra, si l'organe va s'incorporer dans le tissu qui l'a reçu, ou si, au contraire, un phénomène de rejet se produira »¹.

¹ J. RIVERO, *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, 1972, pp. 459-473, in *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, p. 459.

Le principe de la « greffe » d'une théorie étrangère trouve une illustration tout à fait particulière dans la théorie des « infrastructures essentielles ». Née de parents américains au début du XX^{ème} siècle², la théorie des « *essential facilities* » a tant fait florès de ce côté-ci de l'Atlantique qu'il est pertinent de reconnaître sa pleine existence juridique européenne et française sous un nom qui ne soit pas simplement d'emprunt, comme cela nous paraît être le cas lorsqu'il est fait recours à l'anglicisme « *facilités essentielles* ».

Une définition éclairante de la théorie lui attache la conséquence qu'« une entreprise qui dispose d'une facilité ou d'une infrastructure de nature telle que d'autres entreprises *ne peuvent* fournir des services à des utilisateurs *qu'en ayant* accès à cette facilité ou infrastructure ne peut

² *United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 U.S. 383, 32 S. Ct. 507, 56 L. Ed. 810 (1912). La Cour Suprême n'emploie cependant pas le terme d'infrastructures essentielles, qui est postérieur à la décision de 1912. La décision *MCI Communications Corp. v. AT&T* 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 891, 104 S. Ct. 234, 78 L. Ed. 2d 226 (1983) est à l'origine de la formulation des éléments de la théorie des infrastructures essentielles qui est le plus souvent reprise par la jurisprudence ultérieure, notamment selon H. FIRST, *Antitrust and regulatory alternatives, Chapter II, Monopoly*, NYU Law, Fall semester 2011, not for publication, 176 pages, pp. 6-7).

refuser de mettre à disposition des entreprises demanderesse ladite facilité ou infrastructure »³.

Un inventaire à la Prévert, construit au fil de la jurisprudence, donne mieux encore à voir la réalité de ces infrastructures essentielles. Ainsi, de ce bric-à-brac que peuvent former un stade de football, des ponts enjambant le Mississippi, le port de Holyhead, un hélicoptère, la numérotation des timbre-poste, un pipeline, un réseau électrique, de l'aminobutanol, les images télévisées des courses hippiques françaises, un système de portage de journaux à domicile, ressort un point commun, puisque tous ces éléments ont fait l'objet d'une même interrogation : « *peut-on considérer qu'ils sont essentiels ?* »⁴.

Ces infrastructures essentielles portent en germe l'idée de support, de *domaine* sur lequel s'implanter. Elles semblent presque toutes de façon logique présupposer une assise sur le domaine public, vaste ensemble que l'on présente traditionnellement comme étant composé d'un domaine public naturel et d'un domaine public artificiel, ces deux sous-ensembles étant eux-mêmes par ailleurs subdivisés⁵. Le domaine public semble avoir vocation à incarner la terre d'accueil de ces infrastructures qui, étant dites essentielles, expriment l'idée qu'elles sont non seulement plus importantes que d'autres qui ne sont pas qualifiées ainsi, mais aussi qu'elles sont vitales (*essentialis*, « qui a trait à l'essence » désigne « ce qui est indispensable pour que quelque chose existe »⁶). Quoi de plus naturel alors que de les nicher sur le domaine public qui, étant composé des biens⁷ soit « affectés à l'usage

³ W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handelsen economisch recht*, Deel 2, *Mededingingsrecht*, B, *Kartelrecht*, ed. Story-Scientia 1996, cité et traduit du flamand par E. VEGIS, « La théorie des '*essential facilities*' : genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence ? », *Revue de droit commercial belge*, 1999, n°1, pp. 4-21, p. 7, note 19. C'est nous qui soulignons.

⁴ G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, 507 pages, p. 17.

⁵ J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif des biens*, LGDJ Lextenso éditions, 8^{ème} édition, 2014, 707 pages, pp. 42-60. L'auteur met en exergue le fait que d'autres classifications sont possibles.

⁶ Selon le Dictionnaire Larousse en ligne.

⁷ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 2^{ème} édition, LexisNexis, Paris, 2013, 748 pages, p. 29. L'auteur note que « si le code réserve cette définition du domaine public aux biens immobiliers des personnes publiques, le juge l'a érigée en définition générale du domaine public. Elle vaut en effet tant pour le domaine public immobilier que mobilier, voire incorporel ».

du public »⁸, soit « affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable »⁹, semble constituer le lieu nécessaire de la réalisation de l'intérêt général ?

La théorie des infrastructures essentielles a vocation, dans un contexte de libéralisation de certains secteurs et de démantèlement des monopoles historiques sous l'impulsion du droit européen, à confronter au régime de la domanialité publique la logique économique de la concurrence, les industries de réseau¹⁰ soumises à l'ouverture à la concurrence étant originellement des entreprises publiques, les activités en jeu étant « liées aux activités publiques ou aux biens de l'administration »¹¹. Dans cette perspective, la théorie des infrastructures essentielles vient saisir certaines dépendances du domaine public par le biais des entreprises qui en sont les détentrices (I). Une application concurrente de la théorie des infrastructures essentielles est cependant graduellement venue s'inscrire, qui consiste à étendre le champ de la théorie au-delà des industries de réseau, et qui tend à considérer le domaine public comme constituant *en lui-même* une infrastructure essentielle que l'administration contrôle et dont, par le biais des autorisations domaniales qu'elle délivre suivant une logique administrative, elle maîtrise l'accès (II).

I. La greffe réussie de la théorie des infrastructures essentielles dans le cadre de la libéralisation des industries de réseau

Innervées par un objectif de concurrence, les infrastructures essentielles répondent à une logique avant tout économique (A), que le tissu domanial assimile (B), assurant le succès de la greffe.

⁸ Article L. 2111-1 du code Général de la Propriété des Personnes Publiques.

⁹ *Id.*

¹⁰ M. GUYOMAR, *Ouvrage public et service public de l'électricité*, RFDA 2010, p. 557. Il s'agit des activités de distribution d'eau, de gaz, d'électricité et des télécommunications.

¹¹ S. NICINSKI, *Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles*, JCP A. n°44, 29 octobre 2007, pp. 57-60, p. 58.

A) Un greffon économique innervé par un objectif de concurrence

La théorie des infrastructures essentielles est une théorie avant tout économique, « lovée dans la prohibition générale des abus de position dominante »¹². La concurrence étant considérée comme le vecteur d'une « allocation efficace des ressources », les prix des produits étant supposés être bas, leur qualité supérieure, l'innovation soutenue dans le cadre de marchés concurrentiels¹³, et l'une des finalités poursuivies étant une « amélioration de la satisfaction des consommateurs »¹⁴, il s'agit de la préserver et d'en assurer la pérennité.

La théorie des infrastructures essentielles s'inscrit plus particulièrement dans un contexte d'ouverture à la concurrence, celle-ci dépendant de deux choses : « [de] l'accès aux activités et [de] l'accès aux infrastructures essentielles moyennant le paiement de droits d'accès non discriminatoires »¹⁵. Elle implique que les tiers puissent « fournir tous les services exploitables du secteur » (services rendus aux usagers finaux mais également services dit « intermédiaires » rendus aux opérateurs) et qu'ils aient accès « au réseau support de ces activités »¹⁶.

La théorie des infrastructures essentielles opère comme un outil de l'économie de marché en venant sanctionner un comportement pouvant fausser ou annihiler la concurrence, le problème étant lié au fait qu'un opérateur économique exploitant un service à partir de cette infrastructure essentielle empêche ainsi toute autre entreprise concurrence de recourir à celle-ci¹⁷. Le fait de détenir une infrastructure essentielle permet à l'opérateur d'éliminer ses

concurrents, donc de « faire obstacle à toute concurrence effective »¹⁸.

Il s'agit alors pour le juge, après examen d'une série de critères cumulatifs, d'obliger une entreprise en situation de position dominante à accorder l'accès à une infrastructure ou un actif essentiel¹⁹.

Plusieurs critères doivent être réunis pour emporter la qualification d'infrastructure essentielle, au premier rang desquels la nécessité de « détenir un actif donnant à son détenteur la maîtrise d'une activité déterminée »²⁰. Le fait pour l'opérateur de détenir l'infrastructure essentielle lui confère généralement une position dominante sur le marché concerné²¹, c'est-à-dire « une position [lui permettant] [...] de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs »²².

La nature du bien est indifférente²³, et les instances communautaires ont pu qualifier d'infrastructures essentielles tant des « actifs à caractère matériel », tels que des infrastructures portuaires²⁴ ou ferroviaires²⁵, que des « actifs à

¹² M.-A. FRISON-ROCHE, *Obligation de contracter : facilités essentielles, Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, n°2, p. 357. La théorie des infrastructures essentielles constitue en effet une application particulière de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne. En droit français, elle trouve sa source dans l'alinéa premier de l'article L. 420-2 du code de commerce qui reprend en substance les termes de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹³ G. DEZOBRY, *op. cit.*, note 4, p. 7, note 28.

¹⁴ C. L. de LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, Thémis droit, PUF, 2002, 1033 pages, p. 17.

¹⁵ S. NICINSKI, *Droit Public des Affaires*, LGDJ, Paris, 2014, 799 pages, p. 194.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ D. MAINGUY (direction), *Dictionnaire de droit du marché (concurrence, distribution, consommation)*, Ellipses, collection Dictionnaires de Droit, 2008, 343 pages, p. 175.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : la libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter*, in T. LEONARD (coordinateur), *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruylant, 2015, pp. 123-144, p. 128.

²⁰ M. BAZEX, *Entre concurrence et régulation, la théorie des 'facilités essentielles*, *Revue Concurrence et Consommation*, n° 119, janvier-février 2001, pp. 37-44, p. 39.

²¹ Cela nécessite de délimiter le marché pertinent, « c'est-à-dire celui sur lequel s'exerce une demande de produits ou services interchangeables ou substituables entre eux, à laquelle répond une offre ». Cette délimitation repose sur le croisement entre un paramètre géographique et « une analyse de produits ou services que le consommateur considère comme substituables », cf. M. LOMBARD, *Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a la caractéristique d'un monopole*, pp. 673-690, in *Mélanges en l'honneur de Frank Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 678-679.

²² E. VEGIS, *op. cit.*, note 3, p. 8. L'auteur reprend ici CJCE, 13 février 1979, Hoffman-La Roche, aff. C-85/76, Rec. 461.

²³ M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 39.

²⁴ Décision de la Commission européenne du 11 juin 1992, *B&I/ Sealink Harbours*, COM 92 123.

²⁵ TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS) Eurostar Ltd e.a. c/ Commission*, T-374/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141.

caractère immatériel»²⁶. Le Conseil de la Concurrence²⁷ a pour sa part pu attribuer la qualification d'infrastructure essentielle à un réseau de tuyaux²⁸ ou à un oléoduc²⁹ et la Cour d'appel de Paris en a fait de même concernant le « fichier des abonnés au service public de téléphonie »³⁰. Le Conseil d'État a également mobilisé les infrastructures essentielles en qualifiant de telles les données publiques³¹.

L'actif dont il s'agit doit être un « actif dont l'utilisation par les tiers est indispensable pour exercer leur activité sur un marché apparenté »³², « [une] infrastructure dont la rareté, voire le caractère unique, en font [un] point de passage obligé pour avoir accès à la clientèle et être ainsi en concurrence »³³. Tel est le cas du port irlandais de Holyhead ou d'une activité de transport³⁴. Il n'en va pas de même, en revanche, de la transmission télévisée de courses hippiques pour la prise de paris »³⁵.

La Cour exige que deux marchés connexes mais distincts soient identifiés³⁶ : celui, en amont, de l'infrastructure essentielle dont l'accès est demandé, et celui, en aval, qui est celui qui a besoin du premier pour exister, l'opérateur envisageant y exercer l'activité pour laquelle l'accès à l'infrastructure est nécessaire. Si, dans les faits, les détenteurs d'infrastructures essentielles sont également concurrents sur le marché apparenté, pour certains commentateurs cette

« présence ou non du concurrent sur le marché aval [...] semble indifférente »³⁷.

L'actif ne doit pas pouvoir être dupliqué à des conditions raisonnables : il ne doit exister aucun substitut réel ou potentiel permettant la poursuite de l'activité sur le marché apparenté³⁸. La Cour de justice a, sur ce point, développé un test en deux temps. Il s'agit dans un premier temps « d'établir l'absence de tout *substitut réel* à la facilité litigieuse, ce qui implique de démontrer l'absence de toute *solution alternative existante*, même moins avantageuse »³⁹. S'il n'y a pas de solution alternative existante, « l'absence de *substitut potentiel* à la facilité en cause devra, dans un second temps, être établie »⁴⁰. La Cour a établi dans l'arrêt *Bronner*⁴¹, relatif au réseau de distribution à domicile de journaux, qu'une telle démonstration exigeait de mettre en évidence qu'il existe des « obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur un marché déterminé de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, une facilité alternative »⁴². La duplication peut également ne pas être souhaitable pour des raisons tenant à l'ordre public⁴³.

Il s'agit en tout cas d'une approche objective, « l'impossibilité ou l'extrême difficulté de la création d'une facilité alternative [étant] appréciée, non dans le chef de l'entreprise demandant accès à l'infrastructure considérée comme indispensable à l'entrée sur un marché déterminé, mais dans le chef de toute entreprise entendant opérer sur ledit marché »⁴⁴. Ainsi que

²⁶ CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP c/ Commission, C-241 et 242/91 P, Rec. p. I-808. [Affaire Magill].

²⁷ Autorité de la Concurrence depuis la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁸ Cons. conc., déc. n° 90-D-22, 26 juin 1990, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des carburants aviation.

²⁹ Cons. conc., avis n° 93-A-15, 28 septembre 1993, relatif aux conditions d'exploitation de l'oléoduc Donges-Melun-Metz.

³⁰ CA Paris, 1^{er} septembre 1998, SFR c/ France Télécom, cité par l'ARCEP dans sa lettre d'actualité portant sur la notion d'infrastructure essentielle dans la régulation sectorielle, janvier-février 2008.

³¹ CE, 29 juillet 2002, Société Cégédim, n° 200886, Lebon 280 ; *AJDA* 2002, p. 1072 ; D. 2003, p. 901.

³² M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 40.

³³ L. BOY, *L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?*, *Revue internationale de droit économique*, 2005/I, (t. XIX, 1), pp. 27-50, p. 40, citant *a priori* F. Weingarten, « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des tiers aux réseaux en droit communautaire », *CJEG*, 1998, p. 461.

³⁴ Décision de la Commission européenne du 11 juin 1992, *op. cit.* note 24.

³⁵ TPICE, 2^{ème} Ch., 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke SA c/ Commission, T-504/93 ; Rec. p. II-923, point 132.

³⁶ A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, p. 136.

³⁷ E. VEGIS, *op. cit.*, note 3, p. 15.

³⁸ M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 40. Dans l'affaire relative au Tunnel sous la Manche par exemple, TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services Ltd (ENS) Eurostar Ltd e.a. c/ Commission*, *op. cit.*, note 24, point 209.

³⁹ A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, p. 134 ; voir également Cass. com., 12 juillet 2005, n°04-12.388.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitung und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG (« Bronner »), C-7/97, Rec. p. I-779, point 44.

⁴² A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, p. 134.

⁴³ Conclusions de l'Avocat Général M. Jacobs sous CJCE, 26 novembre 1998, *Bronner*, *op. cit.*, note 40, présentées le 28 mai 1998, point 65.

⁴⁴ A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, pp. 134-135.

cela a été mis en évidence dans *Bronner*⁴⁵ ou encore dans *IMS Health*⁴⁶, les éventuels obstacles économiques doivent permettre de conclure que la création d'une alternative ne serait pas rentable d'un point de vue économique pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise détentrice de l'actif essentiel en cause, et non à celle de l'entreprise qui en sollicite l'accès »⁴⁷.

Pour emporter la qualification d'infrastructure essentielle, il est également nécessaire que le détenteur de l'infrastructure essentielle refuse d'accorder l'accès aux opérateurs intervenant sur les marchés apparentés. Ce refus peut être direct : dans une telle hypothèse, l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle oppose un refus pur et simple aux tiers concernant l'utilisation de celle-ci⁴⁸. Le refus peut également être indirect, tel le cas où le détenteur de l'infrastructure essentielle « impose des conditions d'utilisation de nature à écarter les demandes des tiers »⁴⁹. Dans l'affaire relative à la SARL Héli-Inter Assistance⁵⁰, le Conseil de la concurrence avait ainsi censuré la tarification de prestation des services liés à l'utilisation de l'hélistation. Ainsi qu'il ressort d'un document d'orientation de 2009

⁴⁵ CJCE, 26 novembre 1998, *op. cit.*, note 41, points 45-46.

⁴⁶ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, Rec. p. I-5039, point 28.

⁴⁷ A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, p. 135.

⁴⁸ M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 40.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cons. conc., déc. n° 96-D-51, 3 septembre 1996, « Héli-Inter assistance », BOCCRF, 8 janvier 1997, p. 3 ; Contrats, conc., consom., 1997 n° 31, obs. L. Vogel ; D. aff., 1997, p. 1416 : « lorsque l'exploitant monopolistique d'une 'infrastructure essentielle' est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance dans laquelle se trouve ses concurrents à son égard en établissant un prix d'accès injustifié à cette facilité ; [...] constituerait une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence et prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le fait, pour l'exploitant d'une structure essentielle, de refuser de façon injustifiée l'accès de cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes ».

de la Commission⁵¹, un refus implicite de la part d'une entreprise en position dominante est assimilable à un refus effectif⁵², et peut par exemple « consister à retarder indûment ou à perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens, ou à imposer des conditions déraisonnables en contrepartie de la fourniture »⁵³. La Commission⁵⁴ range notamment parmi les refus implicites le fait de pratiquer la technique de la compression des marges, que les autorités européennes identifient « dès lors que l'entreprise dominante ne pourrait pas elle-même opérer rentablement au niveau du prix aval si elle avait à supporter le prix amont qu'elle impose à ses concurrents »⁵⁵. La Cour de justice assimile également à un refus d'utilisation de l'infrastructure essentielle le fait pour l'opérateur de pratiquer des tarifs discriminatoires « au profit des entreprises de son groupe ou de celles avec lesquelles il est en relation d'affaires »⁵⁶, par exemple en exonérant ses propres services de ferry du paiement de taxes dans l'affaire *GT-Link*⁵⁷.

Enfin, aucune raison valable ne doit justifier le refus opposé par le détenteur de l'infrastructure essentielle pour son utilisation⁵⁸. Justifie valablement un refus, le fait de souhaiter organiser un système de distribution en fonction de la réglementation communautaire⁵⁹. En revanche, le droit de propriété invoqué par le détenteur de l'infrastructure, en l'espèce l'entreprise Flughafen Frankfurt/Main AG exploitant l'aéroport de Francfort, n'a pas été

⁵¹ Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, J.O.U.E. C. 45, 24 février 2009.

⁵² A. AUTENNE, F. DELNOOZ, M. GOUVERNEUR, *op. cit.*, note 19, p. 133.

⁵³ Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *op. cit.*, note 51, point 79.

⁵⁴ *Ibid.*, point 80.

⁵⁵ F. MARTY, *Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine*, *Revue Lamy de la concurrence*, 2011, avril-juin 2011 (27), pp.107-117.

⁵⁶ M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 41.

⁵⁷ CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, C-242/95, point 41.

⁵⁸ M. BAZEX, *op. cit.*, note 20, p. 41.

⁵⁹ Cons. Conc., 22 décembre 2004, déc. n° 04-D-77, affaire « *GlaxoSmithKline* », points 24-28.

reconnu comme une raison valable de refuser l'accès aux tiers⁶⁰.

L'illustration « naturelle » des infrastructures essentielles - semble être celle des industries de réseau⁶¹, le processus de libéralisation sur lequel se fonde la création d'un marché unique contribuant à modifier le régime de la domanialité de ces infrastructures.

B) Une assimilation certaine des objectifs de concurrence par le tissu domanial

Dans un contexte d'ouverture progressive à la concurrence, la théorie des infrastructures essentielles s'apparente à un vêtement sur mesure pour lutter contre les abus de position dominante dans le cadre particulier des industries de réseau, dont le patron a sans doute été conservé des mesures de la première décision de la Cour suprême américaine⁶² : il y était question d'infrastructures ferroviaires, industrie de réseau par excellence.

La théorie des infrastructures essentielles, à rebours de la logique administrative qui consiste d'ordinaire à n'accorder l'accès qu'à des opérateurs économiques selon des critères définis par l'autorité administrative et fondés sur l'intérêt général⁶³, est sensiblement venue modifier l'octroi de ces titres d'occupation dans le cadre des industries de réseaux.

De nombreuses dispositions encadrent à présent de façon stricte l'autorité administrative dans le cadre de la délivrance des titres d'occupation du domaine public, de telle sorte que c'est un véritable droit à l'obtention du titre d'occupation qui a été consacré⁶⁴. Le code des postes et des communications électroniques (« CPCE ») illustre bien ce renversement d'un principe de tolérance de l'occupation du domaine public vers un impératif de réalisation de la concurrence sur ces marchés⁶⁵. Ainsi, aux termes de l'article 47 du CPCE, l'autorité compétente relativement à l'octroi des permissions de voirie

⁶⁰ Décision de la Commission, 14 janvier 1998, *Flughafen Frankfurt c/ Main AG*, point 91.

⁶¹ M.-A. FRISON-ROCHE évoque des « réseaux d'infrastructure essentielle » dans *Libres propos sur le service public marchand dans la perspective de la dérégulation des réseaux d'infrastructure essentielle*, *RJDA* 10/95, p. 850.

⁶² *United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, *op. cit.*, note 2.

⁶³ S. COMELLAS, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales - Réflexion sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, *L'Harmattan*, 2014, 349 pages, p. 93.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁶⁵ *Ibid.*

« ne peut faire obstacle au droit de passage des exploitants de réseaux ouverts au public qu'en vue d'assurer, dans les limites de ses compétences, le respect des exigences essentielles, la protection de l'environnement et le respect des règles d'urbanisme ». L'appréciation de ces exigences essentielles est également encadrée puisqu'elles font l'objet d'une définition dans les directives : il s'agit des « raisons d'intérêt général non économique qui peuvent amener un État membre à imposer des conditions relatives à l'établissement et/ou à l'exploitation de réseaux de télécommunications »⁶⁶.

L'assimilation de la théorie des infrastructures essentielles transparait également relativement à la notion de refus telle qu'elle a pu être définie. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 34-8 II du CPCE, « [l]es exploitants de réseaux ouverts au public *font* droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public, y compris ceux qui sont établis dans un autre État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, présentées en vue de fournir au public des services de communications électroniques »⁶⁷.

Il est possible de déduire du fait que l'opérateur demandant l'interconnexion ne saurait essuyer un refus « si la demande est justifiée au regard, d'une part, des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire »⁶⁸, qu'il ne peut s'agir que d'un refus objectif, ainsi que cela est prescrit dans la théorie des infrastructures essentielles. Il est de plus spécifié que tout refus d'interconnexion doit être « motivé »⁶⁹.

L'antagonisme originel entre la logique de concurrence qui sous-tend la théorie des infrastructures essentielles et la logique administrative de la domanialité publique s'est trouvé nuancé par une intégration de considérations économiques - d'une part une logique de valorisation du domaine public et d'autre part l'exigence du respect du droit de la concurrence⁷⁰ - au cœur du domaine public ; témoignent de cette conciliation les industries de

⁶⁶ Article 2 d) de la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, JOCE, n° L. 117 du 7 mai, pp. 15-27, cité par S. COMELLAS, *Ibid.*, p. 95.

⁶⁷ Article L. 34-8 II alinéa 1 CPCE. C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ Article L. 34-8 II alinéa 2 CPCE.

⁶⁹ Article L. 34-8 II alinéa 1 CPCE.

⁷⁰ Voir notamment A. GAUTHIER, *La valorisation des propriétés publiques*, *AJDA* 2012, p. 990.

réseau. Au contraire, le domaine public considéré *lui-même* comme une infrastructure essentielle demeure rétif à une application plus extensive de la théorie.

II. Le succès limité de la greffe de la théorie des infrastructures essentielles relativement au domaine public considéré comme une infrastructure essentielle

La procédure de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public fait encore figure de corps étranger dans le cadre de l'attribution des titres d'occupation du domaine public (A), celui-ci demeurant le terrain d'application d'un corps de règles administratives encore vertébré par l'usage de prérogatives de puissance publique (B).

A) Le corps encore résolument étranger de la procédure de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution des titres d'occupation du domaine public

Une seconde application de la théorie des infrastructures essentielles vient se superposer à la première, et le domaine public, bien rare pour les opérateurs économiques qui souhaitent y déployer leurs activités, est alors envisagé lui-même comme l'infrastructure essentielle à leur exercice. L'accès au domaine étant contrôlé par l'Administration au gré des autorisations d'occupation qu'elle délivre, et ces autorisations opérant comme une barrière à l'entrée, l'Administration peut par analogie être considérée comme en position de monopole sur le marché de ces autorisations.

Dès lors que l'administration confère une autorisation d'occuper son domaine à un opérateur économique, il s'agit nécessairement d'un droit « exclusif, ou au moins spécial » grâce auquel elle confère « un avantage concurrentiel susceptible de fausser le jeu de la concurrence »⁷¹. Par droit exclusif ou spécial, il faut entendre droit qui n'est conféré qu'à un seul opérateur ou qui du moins présente des caractéristiques particulières. La dépendance du domaine dont l'utilisation est accordée de façon exclusive est à tout le moins indicative d'une position dominante, à défaut de conférer « mécaniquement » un monopole ⁷².

⁷¹ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, AJDA 2009, p. 568.

⁷² Cons. conc., déc n° 99-D-51, 20 juillet 1999, relative à des pratiques constatées dans le secteur des

L'octroi du titre d'occupation du domaine peut aboutir à la saturation de la capacité d'occupation de la parcelle dont l'utilisation est autorisée : soit parce que l'administration fait le choix de n'accorder le titre qu'à un seul opérateur (là où la dépendance est susceptible d'en recevoir un nombre supérieur)⁷³, soit que celui-ci du fait même de son contrôle sur la parcelle décide d'en entraver l'utilisation par d'autres.

Si l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux n'est pas interdit ⁷⁴, il est cependant strictement contraint par la nécessité de ne pas être la source d'une situation d'abus de position dominante⁷⁵. Autrement dit, l'octroi « devient illégal si, par l'utilisation de l'avantage qu'il donne, le comportement de l'occupant peut être qualifié d'abus de position dominante »⁷⁶. La théorie de l'abus automatique trouve ici à s'appliquer puisqu'elle « suppose que l'acte de l'autorité publique n'ait pas pour objet ou pour effet de placer les opérateurs économiques en situation de méconnaître nécessairement le droit de la concurrence ». En effet, sans publicité ni mise en concurrence, l'abus automatique semble être caractérisé ⁷⁷, les modalités et les conditions s'attachant à l'occupation du domaine public étant en elles-mêmes en cause⁷⁸.

applications thermiques de l'énergie (Climespace) : « Considérant ainsi que, s'il n'est pas possible de considérer que les activités pour lesquelles GDF bénéficie d'un monopole se confondent avec le marché de la fourniture de gaz combustible en France, cet établissement public est de très loin l'opérateur majeur de ce marché ; qu'ainsi, *sans qu'il y ait lieu de déduire mécaniquement une position dominante de l'existence du monopole légal*, il est possible de s'appuyer sur les conséquences de ce dernier pour apprécier l'existence d'une position dominante ». (C'est nous qui soulignons).

⁷³ Voir notamment L. SEUROT, *L'autorisation administrative*, thèse Université de Lorraine, 2013.

⁷⁴ L'article 106 du TFUE dispose ainsi que « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus ».

⁷⁵ Article 102 du TFUE : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci [...] ».

⁷⁶ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, note 71.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ J.-H. STAHL, concl. sur CE 26 mars 1999, Société EDA, CE, 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260, cité par Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *Id.*

Sur le fondement de cette théorie, « le seul fait de conférer un droit exclusif est contraire au droit de la concurrence parce qu'il met son titulaire en position d'abuser de sa position dominante »⁷⁹. Organiser une procédure de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation « peut dès lors être le seul moyen de l'assurer dans des conditions équitables et non discriminatoires parce qu'elle seule permet à tous les opérateurs économiques concurrents sur un marché de prétendre à [leur] octroi »⁸⁰.

C'est sous l'impulsion de juridictions administratives de fond militant en faveur d'un encadrement de la délivrance des titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales que la réflexion sur l'exigence d'introduire des mesures de publicité et de mise en concurrence, déjà amorcée de longue date⁸¹, s'est intensifiée⁸². Le tribunal administratif de Nîmes a ainsi jugé en 2008 que la conclusion des titres d'occupation du domaine public ne pouvait se faire « sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence »⁸³.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Comme en témoigne le rapport public pour 2002, Collectivités publiques et concurrence, EDCE n° 53, La Documentation française, 2002, 465 pages, p. 380 : « D'ores et déjà, [les autorités administratives] sont tenues de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles procèdent en même temps qu'à une autorisation d'occupation du domaine public, à une délégation de service public. Il paraît souhaitable que les mêmes obligations soient respectées en dehors des délégations de service public, pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public. [...] Cette formalité devrait être mise en œuvre plus systématiquement, sans pour autant restreindre le pouvoir du gestionnaire du domaine public de choisir le bénéficiaire de sa décision. Il lui appartient, après avoir fait jouer la concurrence, de choisir la formule qui lui paraît la meilleure dans l'intérêt du domaine y compris, dans certains cas, en se liant avec un seul partenaire comme a pu le faire dans le passé la SNCF, sans que le Conseil d'État n'estime qu'il y ait lieu de retenir une atteinte à l'égalité de traitement ». Voir également S. NICINSKI, *Le domaine public, de la crise à la reconstruction*, in *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, 968 pages, pp. 659-683, p. 675 : « L'exigence du respect d'une procédure de passation des conventions d'occupation respectant les principes de transparence, d'égalité et de mise en concurrence se fait également de plus en plus pressante ».

⁸² S. COMELLAS, *op. cit.*, note 63, p. 35.

⁸³ TA de Nîmes, 24 janvier 2008, Société des trains touristiques G. Eisenreich, n° 0620809.

Certaines personnes publiques ont déjà pris acte de cette nécessité⁸⁴. Ainsi, en 2008, la SNCF a volontairement soumis l'attribution des titres d'occupation de son domaine à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence relativement au contrat d'exploitation publicitaire des gares et de réseau ferré français, contrat finalement attribué au groupe JCDecaux et à Metrobus⁸⁵.

Le CGPPP ne faisant pas de la soumission d'une autorisation d'occupation du domaine public à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence une obligation⁸⁶, le fondement de cette obligation a pu être attribué au droit des marchés publics et des concessions⁸⁷.

Cette conception jugée erronée par certains commentateurs trouve sa source dans une interprétation extensive de l'arrêt *Telaustria*⁸⁸ de la Cour de Justice, qui a conduit à conclure que la Cour de Luxembourg « imposait la soumission de l'ensemble des conventions d'occupation domaniale au respect du principe de transparence qu'elle venait de poser »⁸⁹.

Cette conception a été entérinée par le Conseil de la concurrence lui-même dans son avis relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits⁹⁰.

⁸⁴ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, note 71.

⁸⁵ *La SNCF confirme avoir attribué sa concession pub à JCDecaux et Metrobus*, La Tribune, 21 mars 2008.

⁸⁶ Fr. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Le code général de la propriété des personnes publiques*, RFDA 2006, p. 935 : « A maints égards, les occupations privatives du domaine public font [...] figure de parent pauvre du nouveau code ».

⁸⁷ TA de Nîmes, 24 janvier 2008, *op. cit.* note 83 : « une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales du traité de l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats ; [...] elle ne peut être conclue sans formalité préalable de publicité et de mise en concurrence ».

⁸⁸ CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, Rec. p. I-9505, *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer.

⁸⁹ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, note 71.

⁹⁰ Cons. conc., Avis n° 04-A-19, 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits : « Concernant les modalités à définir pour la délivrance des autorisations d'occupation domaniale, l'objectif assigné à la collectivité en matière de respect des règles de concurrence par la jurisprudence *Million et Marais*, est d'éviter de placer, par ses décisions administratives, un cocontractant dans une situation où il abuserait nécessairement de la position dominante ainsi obtenue.

Par ailleurs, les principes concernant les entités adjudicatrices, posés par la Cour de justice européenne

C'est cependant à tort que l'obligation de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale est considérée comme découlant du droit de la commande publique⁹¹. Faire application du principe de transparence tel que développé dans la jurisprudence *Telaustria* revient en effet à intégrer dans la catégorie des marchés publics, ou concessions ne dépassant pas les seuils communautaires, les titres d'occupation domaniale, ce qui pourtant n'a jamais, et à juste titre, été affirmé par la Cour de justice, « les titres unilatéraux ou conventionnels d'occupation du domaine n'étant pas plus des marchés publics ou des concessions au sens des directives communautaires qu'ils ne sont des marchés publics ou des délégations de service public au sens du droit interne »⁹². Deux explications justifient cette conclusion. D'une part, les titres unilatéraux d'occupation du domaine public, n'étant pas des contrats, ne peuvent constituer des marchés publics ou des concessions, ces catégories n'étant composées que de contrats ; d'autre part, les titres conventionnels d'occupation du domaine public sont conclus pour servir le besoin de l'opérateur économique et non de la personne publique, celle-ci étant rémunérée par lui et non l'inverse.

C'est véritablement le droit de la concurrence lui-même qui fonde l'existence d'une obligation de mettre en place une procédure de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de l'attribution des titres d'occupation domaniale⁹³. Cela ressort en particulier de l'arrêt *Société EDA*⁹⁴, dans lequel le Conseil d'État a reconnu que « dans sa politique de délivrance des titres d'occupation domaniale, l'administration [pouvait] fausser le jeu de la concurrence »⁹⁵.

dans son arrêt *Telekom Austria* du 7 décembre 2000, devront être pris en considération. Les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'État membre, appelées entités adjudicatrices, sont tenues pour la passation de leurs contrats à une obligation minimale de transparence, même en l'absence de dispositions légales ou réglementaires en ce sens [...].

⁹¹ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, note 71.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260, Lebon 96, AJDA 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex.

⁹⁵ Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit.*, note 71. L'arrêt CE 26 mars 1999, *Société EDA*, Lebon 96, AJDA 1999, p. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex précise ainsi que : « s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de

B) Un corps de règles administratives encore vertébré par l'usage de prérogatives de puissance publique

En dépit des arguments en faveur de l'introduction d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, le Conseil d'État a cependant refusé de reconnaître cette exigence dans un arrêt *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*⁹⁶, au contraire notamment du Conseil d'État italien⁹⁷, qui a affirmé dans un arrêt de 2005 que, sur le fondement des principes du droit de l'Union européenne, une mise en concurrence préalable était nécessaire dans le cadre de l'attribution des concessions domaniales⁹⁸.

La tentative de greffe de la théorie des infrastructures essentielles sur le domaine public, appréhendé *per se* comme infrastructure essentielle, et dont l'Administration a la maîtrise par le biais des titres d'occupation qu'elle décide d'accorder, ne présente pas le rapport de symbiose qui présidait au cas des industries de réseaux. La raison principale tient à ce que le domaine public est davantage susceptible de faire l'objet d'une analyse en termes d'*avantage* pour exercer une activité qu'en termes d'*essentialité*, l'accès au domaine public n'étant pas crucial à l'exercice de l'activité en question, celle-ci pouvant se réaliser à sa périphérie⁹⁹.

production, de distribution ou de service, de prendre en considération les diverses règles, tels que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application ».

⁹⁶ CE 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527 : « Considérant que si, dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes, en l'absence de tout texte l'imposant et de toute décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure n'entache pas d'irrégularité une autorisation ou une convention d'occupation d'une dépendance du domaine public ».

⁹⁷ S. COMELLAS, *op. cit.*, note 63, p. 36.

⁹⁸ Arrêt n° 168 du Consiglio di Stato rendu par la Section VI le 25 janvier 2005. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt n° 585, *Comune di Viareggio*, rendu par la Section VI du Consiglio di Stato le 2 février 2012 portant sur la conclusion de concessions sur le domaine public, cité par S. COMELLAS, *Id.*

⁹⁹ S. NICINSKI, *op. cit.*, note 11.

C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt *Société d'équipement de Tahiti et des Iles (SETIL)* de la Cour administrative d'appel de Paris¹⁰⁰. La Cour avait conclu à une méconnaissance des règles de concurrence par l'autorité affectataire des dépendances du domaine public qui avait par deux fois refusé d'accorder un titre d'occupation d'une dépendance du domaine public aéroportuaire¹⁰¹. De façon intéressante, la Cour administrative d'appel avait considéré qu'au vu des circonstances de l'espèce (« importance des emplacements disponibles » ; « utilité de l'ouverture d'une officine de change manuel sur le site d'un aéroport accueillant à la fois un trafic international et un trafic intérieur important lié aux transits touristiques à destination des différentes îles de la Polynésie française » ; « faible importance de la surface demandée pour son activité »), le demandeur avait été privé d'une chance d'exercer son activité. Or, cette notion donne bien à voir qu'en l'espèce l'emplacement dans l'aéroport constitue bien plus un avantage qu'un accès à une infrastructure essentielle. Si un rapport étroit existe en effet entre l'activité d'agent de change et le transport de voyageurs que permet un aéroport, ce dernier n'est pas crucial pour l'exercice de cette activité commerciale, celle-ci pouvant s'exercer en dehors de la dépendance aéroportuaire.

La résistance dont fait preuve le Conseil d'État avec *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*¹⁰² n'est sans doute pas sans lien avec le fait que la gestion du domaine public n'est pas considérée comme étant en elle-même une activité économique¹⁰³. En tout état de cause, la

¹⁰⁰ CAA Paris, 4 décembre 2003, *Société d'équipement de Tahiti et des Iles (SETIL)*, n° 00PA02740, AJDA 2005, p. 200.

¹⁰¹ CAA Paris, 4 décembre 2003, *Id.* : « Considérant, enfin, que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre, lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération le principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il ressort des pièces du dossier qu'au cas d'espèce, la SETIL a, en défavorisant sans justification l'activité de M.X, fait une inexacte application des principes et des règles sus évoqués ».

¹⁰² CE, 3 décembre 2010, *op. cit.*, note 96.

¹⁰³ Cons. conc., déc. n° 99-D-72, 1^{er} décembre 1999, relative à une saisine de la société 3MCE et TC 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, n° 03174 : « les décisions qui se rattachent à la gestion du domaine

théorie des infrastructures essentielles rapportée au processus de délivrance des titres d'occupation du domaine public permet de développer l'idée d'un marché des autorisations d'occupation domaniale qui nécessite, pour que le droit administratif tire pleinement les conséquences de son assimilation du droit de la concurrence, que soient mises en place une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à l'octroi de tels titres.

Née d'une jurisprudence étrangère, la théorie des infrastructures essentielles s'est pleinement intégrée dans le paysage concurrentiel européen et français. Sa confrontation avec le régime de la domanialité publique à la faveur de la libéralisation des industries de réseau a permis un assouplissement de ce régime particulier. Néanmoins, une puissante résistance perdure relativement au domaine public appréhendé *lui-même* comme une infrastructure essentielle, qu'il est possible d'expliquer par le rapport de connexité moindre entre la dépendance du domaine public et l'activité que l'on souhaite y exercer, l'accès constituant plus un avantage qu'une absolue nécessité. Le respect du droit de la concurrence exige cependant qu'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable soit mise en place.

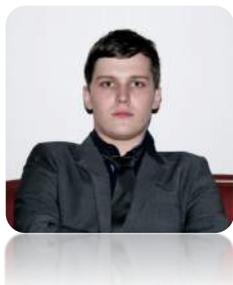
La libéralisation des industries de réseau a eu pour corollaire une remise en cause de la propriété publique et *a fortiori* du domaine public, dès lors que des personnes privées ont eu la propriété d'anciens biens publics organisés historiquement sous forme de monopole. La théorie des infrastructures essentielles n'a suscité que peu de débats doctrinaux¹⁰⁴ en relation avec l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alors même qu'elle opère comme cheval de Troie d'une idéologie libérale qui tend à la démonopolisation, là où précisément avait vocation à jouer le rempart de l'obligation faite à la collectivité de « [s'approprier] tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait ».

*

public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique».

¹⁰⁴ M. LOMBARD, *op. cit.* note 21.

LES FACILITÉS ESSENTIELLES DANS LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES



Leo GENTY

Sous la direction du Professeur Gérard MARCOU

Quel est le lien entre les fourreaux télécoms, les infrastructures de génie civil d'Orange, le réseau câblé, la boucle locale, la terminaison d'appel mobile, le départ et la terminaison d'appel fixe ? Tous ces intrants ont été reconnus par l'Autorité de concurrence ou le régulateur des communications électroniques comme étant des facilités essentielles. La théorie des facilités essentielles (dénommées également théorie des ressources essentielles¹ ou infrastructures essentielles²) est un type particulier d'abus de position dominante³. Le domaine privilégié de la doctrine des facilités essentielles est celui de la libéralisation des industries de réseaux (énergie, transports, télécommunications)⁴. L'industrie des communications électroniques est sans doute un des secteurs en réseau le plus marqué par cette

¹ Parmi d'autres exemples, v. M. GLAIS, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, in Rapport annuel du Conseil d'Etat, rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, 2002, p. 403.

² Parmi d'autres exemples, v. S. MARTIN, F. LEVILAIN, *L'application de la théorie des « facilités » essentielles dans le secteur des télécoms, de l'électricité et du gaz*, *Gaz. Pal.* 2002, 23 et 24 oct. 2002, p. 1512.

³ C. COUADOU, M. THILL-TAYARA, *Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles*, *Contrats, conc., consom.*, mai 1999, p. 4.

⁴ M. GLAIS, *Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence*, *Revue d'économie industrielle*, 1998, vol. 85, n° 85, p. 86.

théorie. En effet, dans le secteur des communications électroniques, l'infrastructure (la couche basse du réseau⁵) possède toutes les caractéristiques d'une facilité essentielle gérée sous la forme d'un monopole naturel. La figure du monopole naturel y est souvent associée à la théorie des facilités essentielles⁶. « *Le problème en présence est lié au fait qu'un opérateur économique exploite un service à partir de cette infrastructure et empêche ainsi toute entreprise concurrente de recourir à cette facilité* »⁷. Il appartient aux pouvoirs publics de veiller à ce que le titulaire de la facilité essentielle n'abuse de sa position dominante. Au préalable, il faut savoir ce que recouvre exactement la notion de facilité essentielle. Question qui a suscité un important débat doctrinal outre-Atlantique⁸.

⁵ N. CURIEN, *Economie des réseaux*, La Découverte, « Repères », 2005, p. 9.

⁶ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2012, p. 219.

⁷ D. MAINGUY (dir.), *Dictionnaire de droit du marché*, coll. *Dictionnaires de Droit*, Élyses, 2008, p. 175.

⁸ V. par exemple, C. M. SEELEN, *The Essential Facilities Doctrine : What Does It Mean To Be Essential ?*, *Marquette Law Review*, Vol. 80, Issue 4, Summer 1997, Article 6.

I. La notion de facilité essentielle

La Commission européenne a défini en 1993 la notion de facilité essentielle comme « *une installation ou infrastructure sans laquelle des concurrents ne peuvent pas fournir des services à leurs clients* »⁹. Le Tribunal de première instance a précisé que les ressources essentielles pour l'accès au marché se caractérisaient par le fait qu'elles ne sont pas interchangeables et, qu'il ne doit pas exister « *d'alternatives viables pour les concurrents potentiels* »¹⁰. En d'autres termes, la théorie des facilités essentielles « *visent les situations où une entreprise en position dominante exploite ou contrôle une "installation" (infrastructures, biens ou services) qui ne peut être recréée par des moyens raisonnables (elle est donc rare) et dont l'accès est indispensable à ses concurrents pour exercer leurs activités sur le marché concerné* »¹¹. Dans le cas des réseaux de communications électroniques, l'infrastructure de télécommunications, d'une part, n'est pas aisément reproductible à un coût raisonnable et, d'autre part, l'accès à cette dernière installation est indispensable aux opérateurs de télécommunications dans le but de fournir des services de communications électroniques au public. Néanmoins, l'appréciation des autorités de concurrence se base généralement sur un des deux critères de l'essentialité¹². L'analyse des décisions rendues par les autorités de concurrence permet de souligner l'importance du critère de la reproductibilité de l'équipement litigieux.

Par exemple, à propos du réseau de télédiffusion par câble, le Conseil de la concurrence, remplacé par l'Autorité de la concurrence, a considéré, dans l'affaire *NC Numéricâble*, qu'« *il ne peut être exclu que, NC Numéricâble ne disposant d'aucune autre solution*

⁹ Commission, 21 décembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, Décision 94/19/CE, JOCE n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8.

¹⁰ TPICE, 15 sept. 1998, *European Night Services, Eurostar Ltd et SNCF c/ Commission*, aff. T-374/94, Rec. II-03141.

¹¹ J.-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'Harmattan, 2004, p. 127.

¹² G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, « Bibliothèque de droit international et droit communautaire », t. 124, 2009, p. 44 : l'auteur dans sa thèse emploie les expressions « critère horizontal » et « critère vertical » pour qualifier respectivement le critère de la reproductibilité et de la nécessité économique.

que d'utiliser les réseaux de France Télécom pour l'exploitation de ces sites, ces infrastructures revêtent pour elle le caractère d'une facilité essentielle »¹³. Autre exemple, le Conseil de la concurrence en a conclu au caractère essentiel de la boucle locale en cuivre de France Télécom en raison des difficultés économiques à reproduire cette dernière¹⁴. À l'inverse, la Cour d'appel de Paris a refusé de qualifier d'essentiel les sites de Télédiffusion de France (TDF), « *dès lors que des possibilités de substitution réelles ou potentielles (duplication des sites) de l'infrastructure paraissent pouvoir être mises en place dans un délai raisonnable, même à des conditions moins avantageuses, ce qui n'a pas été exclu par les autorités de marché* »¹⁵

L'autorité de concurrence peut également prendre en compte le critère de la nécessité économique d'accès à l'intrant pour qualifier une infrastructure d'essentielle. C'est le cas, par exemple, dans la décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005. Le Conseil de la concurrence, vérifiant la seconde condition du test dégagé en 2002¹⁶, indique, à propos de la boucle locale de France Télécom que « *les opérateurs souhaitant concurrencer les offres de France Télécom à destination des FAI devaient obligatoirement avoir accès à la boucle locale de cuivre* ».

Sur ce dernier point, on voit bien que la qualification de facilité essentielle fait peser des obligations particulières sur le détenteur de l'intrant essentiel, qui doit en ouvrir l'accès aux concurrents. Lorsque le détenteur de la facilité essentielle refuse l'accès à l'infrastructure de télécommunications à un concurrent, il empêche

¹³ Cons. conc., 12 janv. 1999, n° 99-MC-01, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société NC Numéricâble.

¹⁴ Cons. conc., 31 janv. 2005, avis n° 05-A-03, relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques : « *L'accès à la boucle locale en cuivre de France Télécom, qui relie 30 millions d'abonnés à environ 12 000 répartiteurs, est essentiel pour les opérateurs tiers. D'une part, les autres technologies d'accès à l'abonné (câble, BLR, satellite) ne peuvent être analysées comme substituables à la boucle de cuivre (...). D'autre part, le déploiement d'une boucle de cuivre concurrente de celle de France Télécom, dont le coût est estimé par l'ART à environ 30 millions d'euros, ne constitue par une alternative économique raisonnable* ».

15 – CA Paris, 1^{ère} chambre, section H, 21 mai 2002, *SA Télédiffusion de France*.

¹⁶ Cons. conc., 22 mai 2002, avis n° 02-A-08, relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse.

à la concurrence de s'exercer en aval. Ce comportement est qualifié de forclusion¹⁷. Il est dû à la position dominante du propriétaire de la facilité essentielle.

II. Forclusion verticale et position dominante

Afin de sanctionner le comportement de forclusion, l'Autorité de la concurrence et les juridictions doivent, d'une part, prononcer l'accès à la facilité essentielle et, d'autre part, veiller à ce que cet accès s'opère dans des conditions objectives, non-discriminatoires et transparentes. Ainsi, le juge administratif a rappelé que l'entreprise France Télécom « *reste tenue conformément au règlement (CE) n° 2287/2000 du 18 décembre 2000, d'assurer aux opérateurs concurrent l'accès à l'infrastructure essentielle que constitue la boucle locale à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires* »¹⁸.

La mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles peut se traduire par un accès à des conditions arbitraires à la ressource, telles que des charges d'accès abusives. Ainsi que l'a souligné la Commission européenne : « *La fixation d'un prix excessif, outre le fait qu'elle constitue en soi un abus (...), peut aussi équivaloir à un refus d'accorder l'accès* »¹⁹. De cette manière, des charges d'interconnexion élevées peuvent être sanctionnées sur le terrain de l'abus de position dominante. Par exemple, dans sa décision du 12 janvier 2001²⁰, la société NC Numéricâble soutenait « *que le montant de la redevance "imposé" par France Télécom pour l'accès à cette infrastructure essentielle était abusivement élevé, avant même l'augmentation proposée pour 1999, comme en témoignerait, d'une part, le fait "qu'aucun des opérateurs 'plan câble' n'a pu, à ce jour, réaliser des bénéfices", d'autre part, le fait que "la comparaison avec les prix pratiqués par l'autre grand opérateur historique européen (Deutsche Telekom) qui*

assure le transport du signal pour des câblo-opérateurs montre un grand déséquilibre de traitement par rapport aux situations étrangères", enfin, que "la redevance exigée par France Télécom ne serait pas proportionnée aux coûts que l'on pourrait attendre d'un opérateur raisonnablement efficace dans sa situation" ». Elle estimait également que « l'importance de l'augmentation de cette redevance que France Télécom veut imposer constitue un autre abus ». Elle faisait valoir, enfin, « que la pratique tarifaire de France Télécom serait discriminatoire en indiquant que « les informations dont (elle) dispose lui laissent penser que France Télécom lui impose une redevance qui est déjà, à ce jour, plus élevée que celle acquittée par Lyonnaise Câble et par France Télécom Câble ». L'autorité de la concurrence a, dans cette affaire, considéré « qu'au total, pour NC Numéricâble, l'ensemble des pratiques qu'elle dénonce constituent des abus de position dominante prohibés par les dispositions des articles 86 du traité de Rome et 8, paragraphes 1 et 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ». Cet exemple permet de souligner toute la difficulté à appréhender la question de la régulation tarifaire.

III. La question des charges d'accès à la facilité essentielle

*« Gérer efficacement les ressources essentielles, c'est éviter une rémunération excessive de l'interconnexion pour inciter à la baisse des coûts et l'adoption du progrès technique dans ces domaines restés en monopole ; c'est également fixer une rémunération suffisante pour ne pas spolier l'opérateur historique et empêcher qu'il ne transfère l'essentiel de ses efforts de productivité et de qualité depuis l'exploitation d'infrastructures abritées vers les composantes d'activité exposées à la concurrence »*²¹.

La fixation des tarifs d'accès à l'installation essentielle est une mission de régulation *ex ante* appartenant à l'autorité réglementaire nationale (ARN)²². Par exemple, quant à l'accès à la boucle locale, la directive du 18 décembre 2000 a précisé que l'ARN « *veille à ce que la tarification*

¹⁷ E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, « Précis », 2005, p. 248.

¹⁸ CE, 23 août 2005, *AFORS Télécom*, n° 283266.

¹⁹ Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE n° C265 du 22 août 1998, point 97.

²⁰ Cons. conc., déc., n° 99-MC-01, 12 janv. 1999, préc.

²¹ N. CURIEN, *Economie des réseaux*, op. cit., p. 88.

²² Il s'agit, en France, de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) anciennement Autorité de régulation des télécommunications (ART).

de l'accès dégroupé à la boucle locale favorise l'établissement d'une concurrence loyale et durable »²³. Autre exemple, en matière de régulation des marchés de détail, l'article 17 de la directive 2002/22/CE dite « service universel » indique que les obligations imposées par les ARN « peuvent inclure l'exigence que les entreprises visées ne pratiquent pas de prix excessifs, n'interdisent pas l'accès au marché ou ne restreignent pas la concurrence en fixant des prix d'éviction, ni ne privilégient de manière abusive certains utilisateurs finals ou groupent leurs services de façon déraisonnable ». Selon la Commission européenne, ces règles sectorielles n'excluent pas l'application du droit de la concurrence²⁴, afin de sanctionner le caractère abusif de la charge d'interconnexion.

La mission de régulation tarifaire est une tâche délicate. En présence d'une infrastructure essentielle gérée en monopole naturel, le régulateur doit non seulement rechercher l'efficacité économique des tarifs, mais aussi leur soutenabilité, c'est-à-dire « leur aptitude à ne pas inciter les usagers de la ressource à une duplication d'infrastructure »²⁵. Toute la difficulté est « d'éviter un déséquilibre des charges d'accès en faveur du gestionnaire d'infrastructure ou en faveur des exploitants »²⁶. Deux inconvénients majeurs doivent ainsi être évités : « si le prix d'accès est fixé à un niveau trop élevé, cela limite l'entrée de concurrents ou les conduit à investir dans des infrastructures de contournement de l'infrastructure essentielle ; si le prix d'accès est fixé à un niveau trop faible, le propriétaire de l'infrastructure n'est plus incité à entretenir et à investir pour moderniser le réseau. De plus, un prix faible risque d'encourager l'entrée de concurrents inefficaces »²⁷.

En matière d'accès aux réseaux de communications électroniques, le principe est celui de l'orientation des prix vers les coûts. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, ce principe vise « l'obligation imposée aux opérateurs notifiés, dans le cadre de l'ouverture graduelle du marché des télécommunications à la

concurrence, d'orienter ces tarifs en fonction des coûts supportés pour la mise en place de la boucle locale, tout en tirant de la fixation desdits tarifs une rémunération raisonnable afin de permettre le développement à long terme et la modernisation des infrastructures de télécommunications existantes »²⁸. Dans cette optique, l'Autorité de la concurrence ou le régulateur sectoriel des communications électroniques peuvent déroger au principe de libre détermination des prix et enjoindre au propriétaire d'une facilité essentielle d'orienter le prix d'accès vers les coûts. Il existe plusieurs méthodes de tarification fondées sur l'orientation des prix vers les coûts.

La première de ces méthodes réside dans la technique des coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT). « Le CMILT est calculé en fonction des investissements de renouvellement avec les meilleures technologies disponibles et en supposant un dimensionnement optimal des installations. Il incite les entrants et l'opérateur historique à rechercher l'efficacité et à moderniser les réseaux »²⁹. Selon le régulateur sectoriel, les CMILT recouvrent deux notions : « il s'agit de coûts incrémentaux moyens. Leur calcul revient à se placer à un niveau de production donné, à définir un incrément de production et à estimer le coût moyen lié à cet incrément et uniquement à cet incrément. Les tarifs d'interconnexion doivent intégrer, outre les coûts calculés sur la base de CMILT, une contribution équitable aux coûts communs afin de respecter la contrainte budgétaire de l'opérateur ; les CMILT sont calculés dans une perspective de long terme : à cet horizon tous les coûts sont considérés comme variables, c'est-à-dire que l'opérateur peut optimiser tous ses postes de coûts au regard du niveau de production considéré. De plus, l'approche se veut prospective et l'opérateur est considéré comme efficient, c'est-à-dire qu'il utilise la meilleure technologie disponible »³⁰. C'est la méthode de tarification préférée par le régulateur français des télécommunications³¹.

²³ Art. 4.1, Règlement CE n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE L 336/4 du 30 décembre 2000.

²⁴ Commission, 27 mai 1998, *Deutsche Telekom/Beta Research* (aff. IV/M.1027), JOCE L 53 du 27 février 1999, p. 31.

²⁵ N. CURIEN, *Economie des réseaux*, op. cit., p. 58

²⁶ F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La Découverte, « Repères », 2004, p. 69.

²⁷ E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, op. cit., p. 256.

²⁸ CJCE, 24 avril 2008, *Arcor AG & Co. KG c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-55/06, §48 à 56.

²⁹ I. CROCQ, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, Economica, « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », 2004, p. 135.

³⁰ Décision n° 02-1027 de l'ART en date du 5 novembre 2002 portant sur l'adoption des coûts moyens incrémentaux de long terme comme coûts de référence pour les tarifs d'interconnexion de France Télécom.

³¹ Parmi d'autres exemples, v. ART, *Rapport annuel*

Une seconde méthode a été proposée par les économistes Baumol et Willig : il s'agit de la méthode connue sous le nom d'*Efficient Component Pricing Rule* (ECPR). La règle de Baumol et Willig « consiste à dédommager le monopole des pertes qu'il subit en laissant un concurrent servir une partie du marché par rapport à la situation de monopole sur le marché aval »³². Selon la règle ECPR, « la redevance d'interconnexion se compose du coût moyen incrémental et du coût d'opportunité ; le coût d'opportunité traduit la perte de revenu que subit l'opérateur historique du fait qu'en offrant l'accès à son réseau à des concurrents, il perd des clients »³³.

Une dernière méthode alternative réside dans les propositions théoriques de Laffont et Tirole³⁴. Ces derniers ont conçu un mécanisme s'appuyant sur les prix de Ramsey-Boiteux qui tient compte des paramètres de la demande. Ce mécanisme suit un principe fondé sur une modélisation des comportements économiques. « Selon ce principe, une marge est ajoutée au coût marginal de fourniture, qui tient compte de la propension des clients à payer les différents services, mesurée par les élasticités-prix correspondant à ces services. La charge n'est donc pas répartie selon une clef comptable arbitraire, mais selon les arbitrages des consommateurs entre les différents services qui leur sont proposés. Marge et élasticité-prix sont inversement proportionnels : plus l'élasticité prix est élevée, plus la marge est faible. La charge des coûts commun aura ainsi tendance à se reporter sur les services jugés les plus indispensables, pour lesquels l'élasticité-prix est la plus faible, ce qui se traduit par une marge élevée. À l'opposé, les services pour lesquels l'élasticité-prix est forte seront peu "chargés" en coûts communs, car la marge permise est faible »³⁵. Toutefois, cette règle comporte certaines limites : « elle ne peut être pratiquée qu'en situation de monopole. Dans un contexte d'ouverture à la concurrence, elle risque d'inciter les concurrents à entrer sur le segment de marché où l'élasticité-prix de la

d'activité, Tome 1, 2000, p. 127.

³² A. PERROT, *Réglementation et concurrence*, Economica, « ESA », 1997, p. 70.

³³ I. CROCQ, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, op. cit., p. 136.

³⁴ J.-J. LAFFONT et J. TIROLE, *Théorie des incitations et réglementation*, Economica, « ESA », 2012, p.934.

³⁵ G. DANG NGUYEN et D. PHAN, *Economie des télécommunications et de l'internet*, Economica, « Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication », 2000, p. 60.

demande est faible et donc le prix élevé »³⁶. L'ARCEP a rejoint cette analyse³⁷.

*

³⁶ I. CROCQ, *Régulation et réglementation dans les télécommunications*, op. cit., p. 137.

³⁷ Parmi d'autres exemples, Décision n° 04-0937 de l'ART en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative de la société Orange France sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et les obligations imposées à ce titre, p. 39 et s.

À PROPOS DE L'ARTICLE 43 DE LA LOI N° 2014-1545 DU 20

DECEMBRE 2014 RELATIVE À LA SIMPLIFICATION DE LA VIE

DES ENTREPRISES – ASPECTS DOMANIAUX



Valentin GODEBARGE

« La nouvelle loi facilite la signature d'accords de toute nature avec d'autres institutions d'enseignement mais aussi avec des entreprises, des mécènes et plus généralement l'ensemble des acteurs économiques » s'est réjoui Pierre-Antoine Gailly¹ – l'actuel Président de la Chambre de commerce et d'industrie de la région Paris Ile-de-France – saluant par la même occasion « les efforts importants consentis par les nombreux juristes ayant travaillé sur le projet »².

Avouons-le, ces déclarations enthousiastes prononcées par l'un des plus fervents partisans de la réforme - après l'adoption par le Parlement du projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises - formaient un contraste étonnant avec le caractère confidentiel des négociations qui avaient conduit à ce résultat. Habilement mené, le combat consulaire ne retint pourtant pas l'attention des médias et *a fortiori* celle du grand public. Profitant de ce déficit de notoriété, les défenseurs du projet de loi

¹ Pierre-Antoine Gailly est un chef d'entreprise français, Président depuis 2013 de la Chambre de commerce et d'Industrie de la région Paris île de France. Il est également vice-Président de la CCI France, établissement national fédérateur et animateur des Chambres consulaires.

² Voir. GLESS E., *Pierre-Antoine Gailly (CCI Paris Ile-de-France) : "Le nouveau statut des écoles de commerce leur donnera davantage d'autonomie"*. EducPros.fr, 15 juillet 2014 et ROLLOT O, *Un nouveau statut pour HEC : entretien avec Pierre-Antoine Gailly, président de la CCI Paris Ile-de-France*, *Le Monde*, Blog d'Olivier Rollot, 10 décembre 2014.

obtinrent donc, sans trop de difficultés, le vote des parlementaires sur un texte proche de celui qu'ils avaient proposé.

Sans doute pouvait-on seulement regretter l'absence de célérité des démarches engagées dès l'origine - à l'évidence liée à l'inaction d'un Gouvernement pourtant sollicité à de nombreuses reprises.

Car le réseau des Chambres de commerce et d'industrie avait depuis longtemps manifesté le souhait de voir s'instituer, par voie législative, un statut original de « sociétés anonymes à objets éducatifs »³. Accueillis favorablement dans un premier temps, ces espoirs furent rapidement déçus⁴ lorsque la majorité actuelle refusa d'inclure une modification du statut dans le projet de loi relatif à l'enseignement supérieur et à la recherche, considérant que la réflexion devait se poursuivre « jusqu'à l'examen du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises »⁵.

³ Le projet de loi relatif à la réforme des écoles de commerce notait « l'existence d'une forte demande pour un statut optionnel ». Voir : *Projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, .doc.parl. Ass.nat.n°2060*. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 juin 2014.

⁴ Voir : CORBIER M-C., *Le gouvernement diffère la réforme du statut d'HEC et des grandes écoles consulaires*, *Les Echos*, 29 mai 2013.

⁵ LAMURE E., *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, doc.parl. Sénat*.

Rappelons à cet effet que le Gouvernement avait en premier lieu déposé un amendement l'habilitant à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la création des « établissements d'enseignement supérieur consulaires ». Cependant, au cours du débat parlementaire et sur l'avis de la Commission des affaires économiques du Sénat, il avait été décidé d'introduire directement dans le Code de commerce le nouveau statut de ces entités. S'il appartient aux commentateurs avisés des procédures parlementaires d'analyser la pertinence d'un tel choix, on peut tout de même observer que ce dernier n'a eu que peu d'incidences sur le contenu de l'ancien article 28 du projet de loi qui changea seulement de numérotation pour devenir l'article 43 de la loi n° 2014-1545 relative à la simplification de la vie des entreprises, adoptée le 22 décembre 2014. De l'avis général cette avancée était impérative⁶.

Dans sa seconde partie, l'article 43 de la loi 2014-1545 du 20 décembre 2014 autorise les Chambres de commerce et d'industrie à transférer une partie de leurs actifs aux établissements d'enseignement supérieur consulaires⁷. Ces transferts sont « réalisés de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune formalité, nonobstant toute disposition contraire ».

Par conséquent, il entraîne l'effet d'une transmission universelle de patrimoine qui fait des écoles consulaires les ayants-cause des Chambres de commerce, c'est-à-dire « leur

Avis n°52, session ordinaire de 2014-2015, 28 octobre 2014. p.75.

⁶ Pour comprendre les enjeux de la réforme voir, « Les écoles supérieures de commerce et de gestion (ESCG) : un développement à réguler ». *Rapport public annuel*. Cour des comptes, février 2013, p.76. « Projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises ». *doc.parl.* Amendement n°771 relatif à l'article 28, 1re lecture, 28 octobre 2014.

⁷ L'article 43 alinéa 3 de la loi n°2014 -1545 du 20 décembre 2014 dispose en effet que « les Chambres de commerce et d'industrie territoriales et les Chambres de commerce et d'industrie de région peuvent transférer à un ou plusieurs établissements d'enseignement supérieur consulaire, créés conformément au second alinéa de l'article L.711-4 ou au deuxième alinéa de l'article L.711-9 du code de commerce, les biens, droits, obligations, contrats, conventions et autorisations de toute nature, y compris les participations, correspondant à un ou plusieurs établissements de formation professionnelle initiale ou continue, au sens du premier alinéa des mêmes articles L.711-4 et L.711-9. Au titre de ce transfert, les établissements d'enseignement supérieur consulaire continuent à délivrer les diplômes dans des conditions similaires à celles existant antérieurement ».

*successeur juridique, pour tout ce qui relève de la mission de formation initiale ou continue »*⁸.

Le législateur ajoute que cette transmission concerne également « les accessoires, les créances cédées ainsi que les sûretés réelles et personnelles les garantissant ». Dans un souci évident de sécurité juridique, il précise également que « le transfert des contrats et conventions en cours d'exécution, quelle que soit leur qualification juridique, conclus par les Chambres de commerce et d'industrie territoriales et les Chambres de commerce et d'industrie de région dans le cadre des activités transférées, n'est de nature à justifier ni leur résiliation, ni la modification de l'une quelconque de leurs clauses, ni, le cas échéant, le remboursement anticipé des dettes qui en sont l'objet ». De la même manière, ces transferts « ne sont de nature à justifier la résiliation ou la modification d'aucune convention conclue par les Chambres de commerce et d'industrie territoriales et les Chambres de commerce et d'industrie de région ou les sociétés qui leur sont liées [au sens des articles L.2331 à L.233-4 du code de commerce] ».

À la lecture de ces dispositions, une double interrogation surgit. La première concerne naturellement le sort des biens immobiliers appartenant au domaine public des Chambres de commerce et affectés aux activités de formation. Ceux-ci, eu égard à leur statut particulier, ne peuvent être aliénés aisément. Le législateur a donc été contraint de prévoir cette hypothèse dans la loi pour permettre aux établissements d'en acquérir la propriété. Pour autant, on aura l'occasion de montrer que ce transfert soulève des questions particulières - tant au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que de celle du Conseil d'État.

⁸ DEVES C., *Les écoles de commerce et de gestion ont enfin un statut ! À propos de l'article 43 de la loi n°20141545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°9, 2 mars 2015.

I. De l'inaliénabilité des dépendances domaniales incorporées au domaine public consulaire

Il est utile de prendre comme point de départ l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Celui-ci dispose que « *les biens des personnes publiques mentionnés à l'article L.1, qui relèvent du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles* ». Ainsi, on comprend que lorsqu'un bien, propriété d'une personne publique, est affecté à l'usage direct du public ou à une mission de service public⁹, il bénéficie de protections particulières qui prolongent les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. Ces derniers ont alors pour conséquence essentielle d'empêcher toute aliénation, même partielle.

En effet, bien qu'elle ne soit pas, par elle-même, de nature constitutionnelle,¹⁰ la règle d'inaliénabilité constitue l'un des éléments centraux du régime de la domanialité publique. Relativement analogue – dans son principe – à l'institution privatiste de l'usucapion, elle protège le domaine public contre « *les dépossessions insidieuses* »¹¹ dont il pourrait être l'objet, notamment par le jeu de la prescription acquisitive du droit privé. Elle s'explique aussi largement par le fait que le domaine public remplit une « *fonction sociale* »¹² dont rend compte la destination de ses dépendances. C'est cette conception que les auteurs spécialisés ont souvent cherché à exprimer, en insistant, chacun à leur manière, sur l'importance de la notion d'affectation qui commande l'application de ces règles particulières. Aussi, l'esprit de la règle peut-il être largement synthétisé.

C'est parce que « *les biens du domaine public sont destinés à l'usage de tous ou à l'usage du service public qu'ils doivent être protégés* »¹³. En pratique, il en résulte une véritable impossibilité de procéder à des « actes de disposition » sur une

⁹ Moyennant un aménagement indispensable à l'exécution de celle-ci. (Article L.2111-1 du CGPPP)

¹⁰ YOLKA P., *Protection des propriétés publiques, régime général, jurisclasseur propriétés publiques*, fasc.60,§186, n°5832.

¹¹ LEBRETON J-P. et MANSON S., *Le domaine public, La documentation française*, 2004.

¹² RAPP L, TERNEYRE P et SYMCHOWICZ N., *Le Lamy : droit public des affaires*, Wolters Kluwer., 2014, p.2547.

¹³ *Ibid.*

dépendance du domaine public tant que celle-ci continue d'en faire partie. Le juge judiciaire¹⁴, juge traditionnel de la propriété, est compétent pour constater la nullité de ces aliénations, tout comme le juge administratif¹⁵.

Charge alors au propriétaire désireux de se séparer d'un tel bien de s'assurer qu'il remplit de façon satisfaisante les deux conditions de l'article L.2141-1 du Code général de la propriété des personnes publiques aux termes duquel « *un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L.1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement* ». Il apparaît ici que la *condition matérielle* - liée à la fin de l'affectation à un but général - doit être complétée d'une *condition formelle*, rompant l'assujettissement du bien à la domanialité publique. Car la désaffectation est une exigence nécessaire mais non exclusive en ce qu'elle ne suffit pas à affranchir une dépendance du régime de la domanialité publique. Elle doit donc s'accompagner d'un acte de déclassement qui ne peut qu'intervenir dans un second temps, lorsque la désaffectation est constatée¹⁶.

Pour l'affaire qui nous intéresse, rappelons d'abord que les Chambres de commerce et d'industrie sont des établissements publics de l'Etat⁵⁸. À ce titre, elles disposent d'un domaine privé ainsi que d'un domaine public¹⁷. Par conséquent, un certain nombre de biens affectés aux missions de service public qu'elles poursuivent (et aménagés spécialement à cet effet) constituent des dépendances du domaine public.

Or nous l'avons déjà évoqué, les établissements d'enseignement consulaires exercent une mission de service public à

¹⁴ Civ., 1^{ère}, Renault contre EDF, Société Verte Campagne, Sovercam, *Bul.civ.*, 1988, I, n°123, p.85 ; *AJDA*, 1988, p.679, note J.Dufau.

¹⁵ CE, 4 mai 2011, Communauté de communes du Queyras, n°3400.

¹⁶ L'article L.2141-2 CGPPP prévoit un dispositif dérogatoire qui permet à l'État, à ses établissements publics ou depuis 2009 aux établissements publics de santé de déclasser des immeubles appartenant au domaine public et affectés à un service public avant même qu'ils ne soient matériellement désaffectés. ⁵⁸ Dire que c'est discuté mais citer l'article du code de commerce.

¹⁷ Il est admis de longue date que les établissements publics, qu'ils aient un caractère administratif ou industriel et commercial (CE, 21 mars 1984, Mansuy, n°24944) peuvent posséder un domaine public.

caractère administratif par le biais de leurs activités de formation initiale et continue. Dès lors, une partie des biens affectés à cette mission ont la qualité de dépendances du domaine public, ce que le juge administratif a d'ailleurs confirmé¹⁸.

Partant de là, anticiper le problème auquel étaient confrontés les auteurs de la réforme ne pose pas de réelle difficulté. On voit bien que le caractère particulier de ces biens faisait échec au projet de transmission universelle du patrimoine qu'ils avaient envisagé. Car comment transférer la propriété de dépendances du domaine public à une nouvelle entité de droit privé sans procéder à leur désaffectation et *a fortiori* à leur déclassement ?

Une seule solution s'imposait d'elle-même. Le déclassement des biens toujours affectés à l'exécution d'une mission de service public ne pouvait être réalisé que par une intervention du législateur dont les modalités devaient être conformes à celles qui avaient été définies dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Par une formule relativement succincte, qui ouvre la possibilité à plusieurs interprétations, ce dernier avait défini pour la première fois l'étendue de la compétence du législateur en matière de domanialité publique. Dans une décision du 21 juillet 1994 relative à la loi autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public¹⁹, il a en effet affirmé qu'il incombe au législateur - lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public - « *de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté* ».

Une telle formulation montre bien que si le législateur est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété ainsi que pour fixer les règles de transfert de propriété du secteur public au secteur privé, il doit cependant veiller à ce que la destination des dépendances domaniales qu'il extrait du domaine public soit sauvegardée, notamment lorsque ces dernières demeurent indispensables à la continuité de la mission de service public qu'elles assuraient jusque-là.

Dans la loi du 20 décembre 2014 une disposition a été insérée pour permettre le déclassement des biens immobiliers des

Chambres affectés à la mission de formation et devant être transférés aux écoles. À cet effet, l'article 43 alinéa IV dispose que « *les biens immobiliers appartenant au domaine public des Chambres de commerce et d'industrie territoriales et des Chambres de commerce et d'industrie de région relevant d'un établissement de formation professionnelle initiale et continue transformé en établissement d'enseignement supérieur consulaire, dans les conditions prévues au présent article, sont déclassés et peuvent être librement gérés et aliénés dans les conditions du droit commun* ».

Ce procédé ne rencontra pas d'opposition de la part des parlementaires et par conséquent, le Conseil constitutionnel ne fut pas saisi de la question portant sur la validité du dispositif. On peut le regretter car il aurait eu à cette occasion la possibilité de préciser encore davantage les modalités du « déclassement législatif » qui sans être inédit, reste tout de même assez peu courant, d'autant que si le législateur procède bien de la sorte en certaines occasions, c'est toujours à titre exceptionnel et afin de régler certaines questions qui exigent son intervention²⁰.

Fort heureusement, il existe un précédent célèbre permettant une comparaison par analogie. Il s'agit de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires, intervenant dans un contexte assez analogue à celui de la réforme étudiée. Au début des années 2000, l'établissement public aéroport de Paris avait fait les frais d'une transformation importante du secteur de l'économie laissant apparaître le caractère inadapté de sa forme juridique aux exigences du marché des activités aéroportuaires.

Hier en situation de monopole de fait, soumis aujourd'hui aux stratégies commerciales de développement des « hub » et à la concurrence des autres aéroports européens, celui-ci affichait un déficit important que seul le recours au financement privé lui permettait de combler. Par la loi du 20 avril 2005, le législateur transformait donc Aéroport de Paris en société anonyme²¹ dont l'État détenait l'intégralité du capital.

Ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est qu'avant cette loi, la quasi-totalité des infrastructures aéroportuaires relevait du

¹⁸ CE, 4 novembre 1987, CCI Bordeaux, Rec. 343.

¹⁹ CC, 21 juillet 1994, n°94-346 DC.

²⁰ On se souvient que le législateur avait utilisé ce procédé pour restituer des têtes maories à la Nouvelle-Zélande (loi n°2010-501 du 18 mai 2010).

²¹ Article 1^{er} de la loi de 2005.

domaine public de l'établissement public. Par conséquent, la transformation en société commerciale ouvrait le choix entre deux solutions. La loi pouvait attribuer l'ensemble des biens à l'État - ce dernier en confiait ensuite la gestion à la société nouvellement créée - ou bien elle pouvait déclasser toutes les dépendances et en confier la pleine propriété directement à Aéroport de Paris. C'est cette seconde solution qui a prévalu.

Ce projet à fort enjeu avait toutefois suscité de vives oppositions. Un groupe de soixante députés devait prestement saisir le Conseil constitutionnel affirmant, dans l'un des moyens présentés devant lui, que « *les biens déclassés auraient dû être soumis à un régime particulier permettant de garantir la continuité du service public* »²². Les sages rejetèrent cette argumentation, estimant que des précautions analogues à celles qui avaient déjà été retenues par le législateur pour la transformation en sociétés de France Telecom et EDF étaient suffisantes.

La loi prévoyait en effet un mécanisme de contrôle de l'aliénation des biens nécessaires au service public aéroportuaire en modifiant la rédaction de l'article L.251-3 du Code de l'aviation civile : « *lorsqu'un ouvrage ou terrain appartenant à Aéroports de Paris situé dans le domaine aéroportuaire est nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'État s'oppose à la cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit à la création d'une sûreté sur cet ouvrage ou terrain, ou subordonne la cession, la réalisation de l'apport ou la création de la sûreté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement desdites missions. [...] Est nul de plein droit tout acte de cession, apport ou création de sûreté réalisé sans que l'État ait été mis à même de s'y opposer, en violation de son opposition ou en méconnaissance des conditions fixées à la réalisation de l'opération. [...]* »²³.

Une garantie similaire avait déjà été exigée par le Conseil constitutionnel dans sa décision « France Télécom » du 26 juillet 1996. Il avait jugé que rien ne s'opposait au transfert en pleine propriété des infrastructures de télécommunications jusqu'alors incorporées au domaine public dès lors que le législateur

²² Commentaire de la décision n°2005-513 DC du 14 avril 2005, les cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n°19.

²³ Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 [relative aux aéroports].

prévoyait que la continuité des services publics était assurée – estimant en l'espèce que la condition était remplie puisque la loi prévoyait que « *lorsqu'un élément d'infrastructure des réseaux de télécommunications est nécessaire à la bonne exécution par France Télécom des obligations de son cahier des charges et notamment à la continuité du service public [...]* » l'État pouvait « *s'opposer à sa cession ou à son apport en subordonnant la réalisation de la cession ou de l'apport à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations* »²⁴. Cette ligne jurisprudentielle accorde une grande latitude au législateur, on peut regretter qu'elle soit de nature à banaliser l'institution par la loi de « *régime spéciaux taillés sur mesure, venant se substituer au domaine public* »²⁵.

Concernant la réforme des écoles consulaires, l'article 43 alinéa IV prévient que « *lorsque la cession d'un bien immeuble compromet la bonne exécution par un établissement d'enseignement supérieur consulaire de ses obligations de service public, les Chambres de commerce et d'industrie territoriales, les Chambres de commerce et d'industrie de région ou les groupements interconsulaires actionnaires de cet établissement peuvent, dans l'hypothèse où ils ont apporté les immeubles concernés par la cession, s'opposer à cette cession ou subordonner sa réalisation à la condition qu'elle ne porte pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations. À cette fin, l'établissement d'enseignement supérieur consulaire transmet aux Chambres ou aux groupements actionnaires toutes informations utiles, et notamment, le projet de convention avec le cessionnaire* ».

Ici, le législateur a fait œuvre de prudence en assurant aux Chambres une possibilité de s'opposer, ou de soumettre à conditions, la cession des biens affectés aux activités de formation. En somme, celles-ci deviennent *de facto* les garantes de la continuité du service public, dorénavant assuré par les établissements d'enseignement supérieur consulaires. Au regard des jurisprudences précitées, il est peu probable d'imaginer que ce dispositif eût été censuré, puisqu'il répond parfaitement aux attentes du juge constitutionnel.

Il reste malgré tout possible de noter une légère différence avec la loi du 20 avril 2005

²⁴ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 [relative à l'entreprise nationale France Télécom].

²⁵ BRISSON J-F., *L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires*, AJDA 2005, p.1835.

concernant la possibilité de recourir au mécanisme du crédit-bail²⁶. Cette dernière l'interdisait expressément, ce qui n'est pas le cas de l'article 43. Par conséquent, il se pourrait qu'afin d'obtenir le financement nécessaire à la modernisation des installations existantes un établissement d'enseignement supérieur consulaire puisse y avoir recours. Dans cette hypothèse, le mécanisme de l'article 43 pourra être utilisé pour garantir la continuité du service public et il sera vraisemblablement fait une application concomitante de l'article L.1311-5 du Code général de la propriété des personnes publiques selon lequel lorsque le recours au mécanisme du crédit-bail concerne le financement d'ouvrages nécessaires à la continuité du service public, « *le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public* ».

De cette manière, le principe d'inaliénabilité peut survivre au transfert de propriété puisque son respect est assuré non plus par le gestionnaire des biens auxquels il s'applique mais par une autorité tierce dont la seule préoccupation concerne la continuité du service public auquel ces biens sont affectés.

On peut reprendre à notre compte une observation - déjà formulée lors l'examen par le Conseil constitutionnel de la loi du 20 avril 2005 - selon laquelle il existerait donc, à la discrétion du législateur, des « *régimes de propriété privés exorbitants du droit commun* » sorte de « *domaines publics au périmètre plus limité, sans propriété publique mais tout entiers dominés par le principe d'affectation* ».

En réalité, le sujet de l'inaliénabilité ne constitue pas le véritable « enjeu du transfert », dont la conformité au droit constitutionnel peut difficilement être mise en doute. C'est davantage les conditions du don de ces actifs par les Chambres de commerce, établissements publics, aux établissements d'enseignement, sociétés anonymes, qui pose une question de constitutionnalité plus sérieuse.

²⁶ Le mécanisme du crédit-bail est détaillé par l'article L.313-7 du Code monétaire et financier.

II. De l'incessibilité à vil prix des propriétés publiques consulaires

D'origine prétorienne, le principe de l'incessibilité à vil prix des propriétés publiques découle du principe plus général de la prohibition des libéralités consenties par les personnes publiques. Ceux-ci trouvent tout deux leur fondement dans le fait que les biens dont elles sont propriétaires, et qu'elles ont acquis au moyen des deniers publics, « *sont généralement directement ou indirectement le support de l'intérêt général dont elles ont la charge*²⁷ ». Il en résulte que la cession des biens et droits, propriétés de personnes publiques ne peut s'effectuer sans contrepartie effective. Ainsi, à l'occasion de l'examen d'une loi de privatisation, le Conseil constitutionnel relevait que « la protection constitutionnelle du droit de propriété *"ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi à un titre égal la propriété de l'État et des autres personnes publiques"*, déduisant alors que *"la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêts privés pour des prix inférieurs à leur valeur"*²⁸.

Précisons maintenant que l'article 43 alinéa IV de la loi du 20 décembre 2014 - qui prévoit le déclassement des biens immobiliers affectés aux activités de formation des Chambres - ne dit rien sur leurs modalités de cession : on apprend simplement qu'*"ils sont déclassés et peuvent être librement gérés et aliénés dans les conditions du droit commun"*. Car si l'article III du même article envisage une cession à titre gratuit - c'est-à-dire le don - d'un certain nombre d'actifs y compris de "biens", sans préciser leur nature mobilière ou immobilière, il semble qu'il faille comprendre que ce terme désigne tous les biens à *"l'exception des biens immobiliers"*. Ces derniers ne sont donc pas concernés par le transfert à titre gratuit. Ainsi, l'incertitude règne toujours concernant le sort des biens immobiliers dont les modalités de transfert seront vraisemblablement réglées par voie conventionnelle.

²⁷ GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif, Droit administratif des biens*, LGDJ, 13e éd., Tome II, 2008, p.21 et LAMY.

²⁸ CC, 26 juin 1986, n° 86-207 DC.

La tendance actuelle, en ce qui concerne la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, est au transfert de ces biens aux écoles consulaires à titre gratuit.

Dans cette dernière hypothèse, la question de la constitutionnalité du processus et *a fortiori* de la loi l'ayant autorisé se poserait avec d'autant plus de force que dans une décision assez récente, les juges du Palais Royal n'ont pas hésité à déclarer inconstitutionnel l'article 54 de la loi du 29 novembre 2009 relative à la formation professionnelle, qui prévoyait le transfert gratuit à l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes des biens immobiliers de l'État mis à sa disposition²⁹.

Initiatrice de débats savoureux, la question de droit posée porterait certainement sur le fait de savoir si les établissements d'enseignement supérieur consulaires exercent toujours à titre principal une mission de service public ou bien si la modification de leur structure juridique et par conséquent de leur capital ne devrait pas conduire à considérer qu'ils poursuivent désormais des intérêts privés jugés prépondérants.

Cependant, il ne peut être ignoré que la jurisprudence ne s'oppose qu'aux cessions à vil prix en faveur des personnes poursuivant des buts d'intérêt privé. Dès lors, le législateur peut librement imposer un transfert de biens gratuit entre personnes publiques. Dans le même esprit, une personne publique peut légalement céder, "à vil prix", un de ses biens à une autre personne publique à condition bien sûr que "la cession ne soit pas privée des garanties constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels les biens restent affectés". Ce constat est lié au fait "qu'aucune protection constitutionnelle spécifique, ni prohibition n'existe pour l'éventuelle cession de biens, par une personne publique à une autre personne publique ou encore à une personne privée poursuivant des fins d'intérêt général"³⁰.

À l'heure actuelle, on pourrait donc soutenir que dans la mesure où les établissements d'enseignement supérieur consulaires ne

décrochent pas totalement des missions de service public, rien ne s'oppose à ce qu'ils puissent bénéficier d'un transfert à titre gratuit de dépendances intégrées au domaine public des chambres. Il ne s'agirait donc pas d'une véritable privatisation.

Ainsi que le montre le statut spécifique de ces sociétés anonymes "les fins envisagées ne correspondent pas à un but d'intérêt purement privé". Leur situation est donc différente de celle de l'Association nationale pour la formation professionnelle à propos de laquelle les pouvoirs publics avaient la volonté d'ouvrir le secteur à la concurrence³¹.

Pour conclure, on peut globalement estimer que d'un point de vue juridique, les incertitudes concernant le sort des biens sont en majeure partie levées, reste qu'il soit nécessaire d'examiner dans le détail les conditions de cession des actifs immobiliers aux nouveaux établissements d'enseignement supérieur. Le déclassement législatif, étape nécessaire, assure aux écoles consulaires les moyens de réaliser leurs ambitions nouvelles et de concurrencer directement nombre de leurs homologues étrangers (qui sont déjà de véritables sociétés de droit privé). En tout état de cause, la réforme demeure inachevée puisqu'à l'avenir, la part des ressources provenant directement du réseau consulaire est destinée à encore se réduire. Elle doit donc être considérée comme une étape importante, mais non comme un aboutissement.

*

²⁹ CC, QPC, 17 décembre 2010, Région centre et Poitou-Charentes, n°2010-67/86 DC.

³⁰ GAUDEMET Y. *Traité de droit administratif, Droit administratif des biens, LGDJ*, 13e édition, Tome II, p.21.

³¹ DEVES C., *Les écoles de commerce et de gestion ont enfin un statut ! À propos de l'article 43 de la loi n°20141545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, La semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n°9, 2 mars 2015.*

LA MODERNISATION DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION



Matthias MICHEL

Sous la direction du Professeur Gérard MARCOU

L'émergence de la « *société de l'information* », dont l'avènement avait déjà été prédit en 1948 par le mathématicien Norbert Wiener¹, a de fortes conséquences sur nos modes de vies, autant que l'invention de l'écriture ou de l'imprimerie en leurs temps. Un « *Homme nouveau* » est né, doté d'une faculté de création presque illimitée, à la seule condition que les institutions qui organisent ce nouveau monde s'adaptent également, en connaissant une révolution similaire. Il s'agit pour elles d'une réelle nécessité économique, mais aussi d'un impératif démocratique.

Dès 2001, la France a engagé un mouvement de modernisation sans précédent de la gestion publique. En effet, la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), promulguée le 1^{er} août 2001, a placé la performance et la culture du résultat au cœur de l'action publique. Désormais divisé en missions, programmes et actions, le budget se veut plus lisible et transparent. Ainsi, chaque programme est accompagné d'une stratégie globale, elle-même illustrée par plusieurs objectifs.

¹ N. WIENER, *Cybernétique et société*, Editions des Deux Rives, 1962.

C'est à partir de la nouvelle logique de performance et d'efficacité introduite par la LOLF, que se sont multipliées, ces dernières années, les réformes de grande ampleur du mode de fonctionnement des administrations publiques. Ainsi, la Révision Générale des Politiques Publiques (2007), remplacée par la Modernisation de l'Action Publique (2012), visent un seul et unique objectif : dépenser moins et plus efficacement. Par le biais du numérique, le gouvernement souhaite simplifier les démarches administratives, tant pour les citoyens que pour les entreprises, et mettre l'accent sur la performance de son action. Pour autant, les résultats se font encore attendre. En effet, dans le dernier classement réalisé par l'*Open Government partnership*, la France se situe au 22^e rang sur 81, à égalité avec l'Albanie, le Libéria, la Macédoine ou encore la Pologne².

² I. BOUHADANA et W. GILLES, *L'open government, transfiguration de notions anciennes ou émergence d'un nouveau concept juridique ?*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, 2014, p. 105.

La modernisation et la performance de l'action publique, par le biais de l'outil numérique, se réaliseront inévitablement par une simplification accrue des procédures et démarches administratives, afin de gagner en lisibilité (I), mais également par une transparence réelle de son action, accompagnée d'un mouvement nécessaire de valorisation des actifs immatériels publics, également sources de richesses (II).

I. La simplification de l'action publique par l'outil numérique, un mouvement prometteur au service de la performance

La dématérialisation des procédures administratives constitue une véritable révolution³. Censé simplifier les relations entre les administrations et les citoyens (A), mais aussi avec les entreprises (B), le recours à l'outil numérique pour moderniser l'action publique emporte de réelles conséquences organisationnelles et financières.

A) La simplification de la gestion publique par les nouvelles technologies de l'information et de la communication des avancées aux résultats encore incertains

Lors du Conseil des ministres du 20 juin 2007, il est décidé de la mise en œuvre d'une « Révision générale des politiques publiques » (RGPP). Celles-ci seront désormais « *soumises à un impératif de performance qui renvoie à une triple exigence d'efficacité, de qualité du service rendu et d'économie dans la gestion des finances publiques* »⁴. Parmi les actions de modernisation proposées, figure à nouveau « *le développement de l'administration électronique* » ainsi que l'objectif de « *qualité des procédures de gestion et des systèmes d'information* ». Les réformes prises dans ce cadre ont été proposées par un Conseil de la modernisation des politiques publiques, réunissant l'ensemble des ministres et le Président de la République. Dès le premier d'entre eux, des actions en faveur de l'extension du numérique sont décidées. Le portail internet unique (sevice-public.fr) est à nouveau évoqué, ainsi que la mise en place de l'accusé de

³ D. MAUS, *Vive le JO !*, AJDA, 2005, p. 289.

⁴ Communication du Premier Ministre, *La revue générale des politiques publiques*, 20 juin 2006.

réception électronique pour les demandes par mail ou d'une ergonomie similaire pour l'ensemble des sites⁵. Le quatrième Conseil insiste sur des mesures de simplification, qui passent bien souvent par l'utilisation des NTIC : paiement en ligne des frais de santé, suivi du traitement d'une plainte par internet⁶... Par ailleurs, le Conseil entend « *recentrer l'État sur son cœur de métier* »⁷. L'objectif est ambitieux, il s'agit notamment d'aboutir à une administration « *zéro papier* »⁸, en augmentant les démarches en ligne, qu'elles soient fiscales, urbanistiques ou agricoles.

La modernisation de l'action publique (MAP) prend la suite de la RGPP en 2012. La méthode et les objectifs sont semblables : auditer les différentes politiques publiques et les réformer en vue d'améliorer leur efficacité et d'en réduire les coûts. Un Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (Cimap) remplace le Conseil de modernisation des politiques publiques. Au niveau institutionnel, un Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique est créé en octobre 2012. Il est placé sous l'autorité du Premier Ministre. Il regroupe l'ancienne Direction générale de la modernisation de l'État (DGME), transformée en Direction interministérielle de la modernisation de l'action publique (DIMAP), ainsi que la Direction interministérielle des systèmes d'information et de communication (DISIC). Il a également pour rôle de piloter la réforme des services déconcentrés de l'État et la mission Etalab, en charge de la mise à disposition des données publiques. Dès le premier comité interministériel pour la modernisation de l'action publique, une feuille de route de l'administration numérique est adoptée. Ces démarches répétées en faveur de l'administration électronique ont permis la réalisation de progrès importants et rapides. D'après l'ONU, la France est ainsi passée en onze ans de 19^e à 4^e dans le classement mondial des pays au sein desquels l'administration électronique est la plus développée⁹.

⁵ Rapport du Conseil de modernisation des politiques publiques, Eric Woerth, 12 décembre 2007.

⁶ Rapport du Conseil de modernisation des politiques publiques, François Baroin, juin 2010.

⁷ *Ibid*

⁸ *Ibid*

⁹ Cf. *E-government Survey 2003* et *E-government Survey 2014*, Organisation des Nations-Unies.

Le recours aux TIC constitue un facteur déterminant pour rationaliser les procédures et, ainsi, obtenir une meilleure qualité de service offerte aux citoyens. Dans l'optique de la généralisation de l'e-administration, la notion d'e-procurement occupe une place essentielle. Pour la Commission européenne, « une réduction des coûts de 5 % obtenue grâce à l'instauration d'un système plus concurrentiel et plus efficace de marchés publics permettrait des économies (...) de plus de 70 milliards d'euros, c'est-à-dire plus de quatre fois le budget de l'éducation au Danemark »¹⁰. La dématérialisation des marchés publics est donc une étape décisive pour une réelle modernisation de l'intervention publique.

B) Une dématérialisation prometteuse des marchés publics

La dématérialisation des marchés publics tire sa particularité d'un cadre juridique qui lui est propre. Au niveau national, de nombreuses dispositions du code des marchés publics sont relatives à la dématérialisation des marchés publics. À titre principal, l'article 56 précise que « dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques ». Au niveau communautaire, la directive n° 2004/18/CE et la directive n° 2004/17/CE¹¹, posaient les premières règles en matière de dématérialisation. Deux nouvelles directives n° 2014/24/UE et n° 2014/25/UE du 26 février 2014 ont depuis été adoptées, abrogeant par la même les deux précédentes. Elles posent deux nouvelles obligations. D'une part, à compter du 18 avril 2016, l'utilisation des moyens de communication électronique sera obligatoire pour la transmission des avis et pour la mise à disposition des documents de marché. D'autre part, une période transitoire de trente mois est prévue, à compter du 18 avril 2016, pour que les États mettent en place une communication totalement électronique. Il découle de ces dispositions, que la dématérialisation impacte la mise en œuvre de la procédure de passation - qui reste pour autant traditionnelle dans son contenu-, et modernise l'achat public à travers l'émergence de procédés innovants.

¹⁰ Stratégie pour le marché intérieur : priorités 2003-2006, Communication de la Commission européenne, COM(2003) 238 final, du 7 mai 2003, p. 9.

¹¹ Ces deux directives ont été adoptées conjointement par le Parlement et le Conseil (31 mars 2004).

D'une part, la dématérialisation se concrétise par la mise en place d'un profil d'acheteur qui est défini comme « le nom donné à un ensemble de moyens informatiques comprenant le portail et l'application logicielle de gestion des procédures de passation dématérialisées des marchés publics »¹². Le profil d'acheteur est une plateforme, accessible en ligne, qui centralise tous les outils nécessaires à la dématérialisation, les rendant ainsi à la libre disposition de l'acheteur public et de tout opérateur économique intéressé. Selon la convenance de la personne publique, la plateforme va regrouper différentes fonctionnalités. Parmi les fonctionnalités les plus répandues, le profil d'acheteur prend en charge la publication des avis d'appel public à la concurrence, la publication des documents de consultation des entreprises, la réception des candidatures et des offres de manière confidentielle et sécurisée, ou encore les échanges de toute nature entre l'acheteur public et l'opérateur soumissionnaire.

La plateforme est soumise au Référentiel Général d'Interopérabilité (RGI), afin d'assurer la compatibilité avec l'ensemble des autres systèmes utilisés au sein du marché intérieur. La standardisation est confiée à la Commission européenne, en vertu de l'article 22§7 de la directive n° 2014/24/UE, qui a la possibilité d'adopter des actes délégués rendant obligatoire le recours à certaines normes relatives aux moyens de communication électronique. En outre, l'article 40 du code des marchés publics impose que la publication faite sur le profil d'acheteur doit contenir les mêmes informations que celles qui sont publiées sur le Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) ou sur le Bulletin officiel des annonces de marchés publics.

Enfin, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la personne publique contractante doit opter pour un format courant et largement disponible en vertu de l'article 32 du code des marchés publics. Un opérateur ne doit pas être privé de la possibilité de participer à une procédure de passation informatisée, car il n'est pas en mesure d'avoir un système informatique assez sophistiqué. Cette notion de format courant et largement disponible

¹² Point 1.4.1 du Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics, décembre 2012.

est critiquée par le Professeur Mathias Amilhat¹³, qu'il souhaiterait voir préciser, car se pose la question de savoir comment déterminer concrètement quels sont les moyens de communication qui sont discriminatoires, ou non, en raison de leur sophistication.

Une fois que le profil d'acheteur est élaboré et respecte toutes les exigences propres aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur va pouvoir l'exploiter afin de procéder à la passation de ces marchés publics, étant entendu encore une fois que le support ne modifie en rien l'ordre de la procédure.

Au cours de la procédure, l'outil numérique est véritablement exploité pour simplifier et accélérer la passation des marchés. À cet égard, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 prévoit deux mesures principales, qui permettent un allègement des dossiers de candidature. D'une part, le principe du « *dites le nous une fois* » prévoit que les candidats doivent fournir une seule fois les informations nécessaires à la validation de leurs candidatures. Ainsi, ces informations pourront être réutilisées pour des marchés ultérieurs, ou simultanés, passés par le même acheteur public¹⁴.

D'autre part, la dématérialisation ne se contente pas de transposer la procédure de passation traditionnelle par voie électronique, mais améliore cette procédure par l'émergence de procédés innovants. Il s'agit, à titre principal, des enchères électroniques et du système d'acquisition dynamique (SAD).

Le SAD est défini par le *Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics* comme « *une procédure d'achat de fournitures ou services courants entièrement électronique, dont la vocation est de permettre à un pouvoir adjudicateur d'approfondir sa connaissance du secteur économique concerné avant de procéder à un achat, afin d'optimiser l'attribution des marchés* »¹⁵. Les TIC mettent ici en place une procédure alternative à la procédure de passation classique. En effet, par l'intermédiaire

¹³ M. AMILHAT, *Etude sur les enjeux de la dématérialisation des marchés publics*, CMP, n°6, juin 2014, dossier 14.

¹⁴ S. MOUTOUALLAGUIN, *Les TIC et les changements des pratiques contractuelles*, CMP, n°6, juin 2014, dossier 15.

¹⁵ Point 1.7 du *Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics*, préc.

du SAD, le potentiel acheteur public se renseigne sur les offres présentes sur le marché, en vue de satisfaire un besoin futur. La coopération entre la personne publique et le secteur privé est renforcée puisqu'une administration qui prévoit un besoin, sans réellement le définir, va se voir éclairer par les propositions qui lui seront faites. Au-delà de son intérêt informatif, le SAD permet à l'acheteur public de programmer ses achats car, sur une période de quatre ans, il offre la possibilité d'anticiper la disponibilité des fournitures.

Ce procédé n'est pas nouveau, puisque l'article 33 de la directive n° 2004/18/CE prévoyait déjà ce dispositif. Aujourd'hui, l'utilisation de cet outil semble plus anecdotique dans la mesure où, alors que la directive susvisée prévoyait que le SAD s'inscrivait dans le cadre d'une procédure ouverte, la directive n° 2014/24/UE dans son article 34§2 prévoit que « *pour passer un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, les pouvoirs adjudicateurs suivent les règles de la procédure restreinte* ».

Les enchères électroniques sont un mode de sélection alternative des offres. Elles étaient déjà prévues par l'article 54 de la directive n° 2004/18/CE, mais le champ d'application de ce dispositif a été précisé par l'article 35§1, alinéa 3 de la directive 2014/24/UE, de sorte que l'acheteur public n'a pas la possibilité de recourir aux enchères pour les marchés de services et de travaux, ayant pour objet des prestations intellectuelles par exemple, car celles-ci ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation sur la base des critères classiques. Il est possible d'y recourir pour « *les marchés passés sur la base d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique* »¹⁶, ainsi que lors de la remise en concurrence des parties dans ces mêmes dispositifs¹⁷.

La simplification de l'action administrative, entre administrations, mais aussi envers les citoyens et les entreprises, constitue une réelle avancée pour aboutir à une modernisation des administrations publiques, permettant ainsi d'obtenir une meilleure performance de leur action. Pour autant, la performance ne se limite pas à cette seule exigence de simplification. Elle doit impérativement s'accompagner d'une

¹⁶ Article 35, para. 1, al. 3 de la directive n° 2014/24/UE.

¹⁷ *Ibid.*

nécessaire ouverture des données publiques, gage d'une transparence efficiente, dont la valorisation économique constitue un levier financier pour les agents publics, mais aussi un levier de croissance pour notre économie.

II. La transparence de l'action publique par l'outil numérique, un mouvement durable au service de la performance

Lors d'un discours prononcé en 1854 devant la Société des Antiquaires de Normandie, Prosper Mérimée, alors Inspecteur Général des Monuments Historiques, avait estimé que la France « *avait longtemps été trop riche pour savoir tout ce qu'elle possède* »¹⁸. Ce constat se révèle aujourd'hui anachronique. La personne publique a pris conscience que son patrimoine immatériel constitue une richesse, qu'il convient non seulement de mettre à disposition du public, dans un souci de transparence (A), mais aussi de valoriser, afin d'en assurer la pérennité de façon durable (B).

A) Une ouverture progressive des données publiques

« *Le mouvement d'ouverture des données publiques est désormais au cœur de la modernisation de la vie publique* » s'est félicité Julien Rencki – secrétaire général pour la modernisation de l'action publique – ajoutant que « *si l'open public data s'appuie sur la modernisation de l'action publique, celle-ci est, en retour, servie par ce puissant levier de réforme de l'État* »¹⁹. Il faut dire qu'avec la création du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique²⁰ et le rattachement de la mission ETALAB à cette structure, la majorité actuelle avait clairement fait le choix d'inscrire les problématiques liées à l'ouverture des

¹⁸ A. FEMINGER, *Mérimée et l'Inspection des monuments historiques*, in P. NORA, *Les lieux de mémoire*, Paris, Editions Gallimard, 1997

¹⁹ Conférence organisée conjointement par la mission ETALAB et le Conseil national du numérique, *De l'Open data au Gouvernement ouvert*, 24 et 25 avril 2014.

²⁰ Cf. Décret n° 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant organisation du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP) et arrêté du 30 octobre 2012 portant organisation du SGMAP (NOR: PRMX1238106A).

données publiques dans le vaste chantier de la modernisation de l'action publique²¹. Ainsi, la donnée ouverte était devenue l'un des moyens de la modernisation avec laquelle elle possédait des objectifs compatibles²².

Pourtant, et de manière assez surprenante, la question de « *l'open public data* » n'a pas été associée à l'origine, dans le cadre d'une politique étatique, aux enjeux liés à la modernisation de l'action administrative. En effet, le processus français a ceci de commun avec la majorité des expériences étrangères qu'il fut d'abord amorcé par des collectivités locales, soucieuses de garantir à leurs administrés une certaine lisibilité de l'action publique en mettant à leur disposition des informations - brutes ou enrichies - qu'elles détenaient. Ainsi, dès 2009, la ville de Rennes s'est distinguée comme étant la première collectivité à proposer en ligne un catalogue de données publiques ouvertes baptisé « *Rennes Métropole en accès libres* »²³. Progressivement, un certain nombre d'autres villes de l'Ouest s'est doté d'instruments comparables et aujourd'hui, une centaine de personnes publiques autorise la consultation et la réutilisation d'une partie de leurs données.

En tant que richesses immatérielles, les données publiques constituent aussi un levier économique²⁴ certain pour les administrations, présentant pourtant quelques limitations légales²⁵. Rompant avec la longue tradition du secret de l'administration « *qui doit protéger*

²¹ Le décret n° 2012-1198 précise que le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique prend en charge la mission chargée de faciliter la mise à disposition des données publiques (ETALAB). V. aussi : M. TROJETTE ADNENE, *Ouverture des données publiques, les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, Rapport au Premier Ministre, 5 novembre 2013, p.19, note 35, 36 et 37.

²² Didier MIGAUD, premier président de la Cour de Comptes affirme que « l'ouverture des données publiques [...] participe d'une volonté de créer au sein des administrations une véritable culture de rendre des comptes ».

²³ S. CHIGNARD, *L'Open data : comprendre l'ouverture des données publiques*. FYP éditions, 2012, p. 191.

²⁴ M. TROJETTE ADNENE, *Mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques*, doc.parl. Sénat. Janv-avril 2014 et M. TROJETTE ADNENE, *Ouverture des données publiques, les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?* préc.

²⁵ Audition W. GILLES, *Mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques* » doc.parl. préc.

l'efficacité du service public, la vie privée des administrés, la sûreté nationale et l'administration elle-même »²⁶, émerge l'idée d'un droit général à la communication des productions de l'administration. Cette idée se concrétise en 1978 lorsque le législateur (qui intervient dans un contexte particulier) adopte les deux dispositions phares du dispositif français en matière d'information publique. Il s'agit de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (dite loi « CADA ») et la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (dite loi « CNIL »).

Le titre 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 consacre un droit de portée générale à l'information publique et pose le principe de la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif, garantie à propos de toutes les informations publiques qui sont contenues dans des « documents administratifs »²⁷ dont l'acception est extensive²⁸. À côté du droit à l'accès à l'information, l'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre 2005 transposant la directive 2003/98/CE (dite directive « ISP »), modifient la loi CADA pour consacrer un droit particulier de réutilisation des données publiques. Pour garantir l'effectivité de ces droits, est instaurée la Commission administrative d'accès aux documents administratifs.

À côté de ce régime d'ouverture de l'information publique, existe un régime de protection de certaines informations. La loi du 6 janvier 1978 précitée prévoit l'existence de régimes particuliers encadrant l'accès et la réutilisation de certains types de données qualifiées de « sensibles ». La Commission nationale informatique et liberté (CNIL) est chargée de protéger ce type de données et de préserver les libertés individuelles. Ainsi, la première limitation à l'ouverture totale des

²⁶ M. TROJETTE, *Ouverture des données publiques, les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?*, préc., p. 13.

²⁷ L'article 1^{er}, second alinéa de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 dispose que « sont considérés comme documents administratifs [...], quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une telle mission ».

²⁸ V. C. BOUCHOUX, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques*, Doc.parl. Sénat. 5 juin 2014, p. 32.

données publiques est légitimement constituée par la nécessité d'accorder une protection spécifique aux données détenues par les administrations et qui mettent nominativement en cause des personnes.

Les autres limitations doivent ensuite être recherchées dans la loi du 17 juillet 1978 susvisée. Celle-ci prévoit, dans ses articles 6-1 et 6-2, l'exclusion du droit d'accès et de réutilisation d'un certain nombre de documents administratifs²⁹. Il existe également un certain nombre de régimes de communication particuliers. L'article 10 de la même loi prévoit, lui, que « le droit d'accès et de réutilisation des informations publiques est susceptible d'être limité lorsque des tiers détiennent sur celles-ci des droits de propriété intellectuelle ». Sans entrer dans les détails, on peut se contenter d'indiquer que cette limitation est susceptible de constituer un véritable frein à la libéralisation des données publiques dans la mesure où, si le droit patrimonial attaché au droit d'auteur peut être cédé, le droit moral reste par nature inaliénable. Ainsi, la législation spécifique au droit de propriété intellectuelle du fonctionnaire a pu faire l'objet d'aménagements spéciaux. La dernière limite importante nous paraît réalisée par l'exclusion du régime général des documents détenus par une personne publique ou privée qui exerce une mission de service public industriel et commercial en raison des secrets des affaires, qui doivent entourer cette matière.

Les données publiques, et plus largement le patrimoine immatériel des personnes publiques, constituent une richesse, constat tardivement réalisé. Ainsi, le droit des biens publics « est avant tout un droit des routes, des ponts des gares, mais peine à devenir un droit des brevets, des logiciels ou des droits d'auteurs »³⁰.

²⁹ L'article 6-1 de la loi du 17 juillet 1978 affirme que sont réputés non communicables « les avis des juridictions administratives, les rapports établis par la Cour des comptes dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle ou par les chambres régionales des comptes, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence, les documents préalables à l'accréditation des établissements et des personnes de santé ainsi que les rapports d'audit de ces établissements ». L'article 6-2 de la même loi prévoit lui l'exclusion des secrets protégeant l'activité de l'Etat.

³⁰ J.-B. AUBY, *L'immatériel dans l'Etat*, *Revue Droit administratif*, juin 2007, p. 2.

B) Une valorisation économique durable du patrimoine immatériel public

Richesse souvent oubliée par les pouvoirs publics, la modernisation des administrations publiques doit passer par une ouverture, une mise en valeur et une valorisation économique des actifs immatériels des organismes publics. Ainsi, les brevets, logiciels, sites internet, bases de données, marques et autres savoir-faire sont autant de facteurs de compétitivité et de performance des organismes publics qu'il convient de valoriser.

Le patrimoine immatériel constitue, de la même façon que le patrimoine immobilier, un capital qu'il faut exploiter de la manière la plus efficiente possible. Ainsi, comme le rappelaient Jean-Pierre Jouyet et Maurice Lévy, dans le Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, remis le 23 novembre 2006 au Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, l'économie a changé³¹. La recherche, la capacité à innover à développer de nouvelles technologies et de nouveaux concepts, le savoir-faire individuel et collectif, la création d'un portail numérique pédagogique participent désormais au succès d'une entreprise. Autant d'éléments immatériels de richesse d'une entreprise, fruits du savoir de ses membres, sur lesquels Pierre Drucker invitait à capitaliser pour créer l'avantage concurrentiel de demain. Pour les rapporteurs³², « *ne pas prendre conscience de l'importance des actifs immatériels publics, c'est nous priver d'un double dividende. D'une part, un dividende financier pour les acteurs publics. D'autre part, un dividende de croissance pour notre économie* ».

De plus, l'État est lui-même propriétaire d'un patrimoine immatériel considérable (brevets, marques³³, sigles des personnes publiques³⁴, licences, logiciels internes, images publiques³⁵,

³¹ J.-P. JOUYET et M. LEVY, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, remis le 23 novembre 2006 au Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

³² *Ibid*, p. 89.

³³ C. ROSSETTI, *Vers une gestion stratégique des marques publiques*, *AJDA*, 2010, p. 2197.

³⁴ Par exemple, V. protection du sigle « BNF », Bibliothèque Nationale de France : CA Paris, 18 septembre 1998, SARL BNF Diffusion c/ Etablissement Bibliothèque Nationale de France, n° 98-05996.

³⁵ Par exemple, V. protection de l'image de la Baie du Mont-Saint-Michel utilisée par un producteur de

droits à polluer dans le cadre du Protocole de Kyoto, droits d'accès, fréquences hertziennes, bases de données, créances publiques³⁶...).

Or, et c'est tout le paradoxe, cette théorie du « *management du savoir* », de la capitalisation de la connaissance est longtemps passée inaperçue auprès des organismes publics³⁷. Ainsi, en analysant le compte de l'État pour l'année 2007, les actifs immatériels de l'État s'élevaient, au 31 décembre 2007, à 582 millions d'euros en valeur nette (page 53). À titre de comparaison, la page 56 du même document, précise qu'au 31 décembre 2007, le patrimoine immobilier de l'État s'élevait à 230 765 millions d'euros en valeur nette.

Souhaitant faire prendre conscience aux pouvoirs publics de la valeur d'un tel patrimoine, la recommandation n°2 du Rapport de la Commission présidée par Jean-Pierre Jouyet et Maurice Lévy était rédigée en ces termes : « *enclencher une dynamique de recensement, de valorisation et d'exploitation des actifs immatériels dans l'ensemble de l'administration en mettant en place une agence d'appui à la gestion des actifs immatériels* »³⁸. Un arrêté du 23 avril 2007³⁹, porte création d'un service à compétence nationale dénommé « *Agence du Patrimoine Immatériel de l'État* » (APIE)⁴⁰. Dépendant du Ministère de l'Économie et des Finances, l'article 1^{er} de l'arrêté précise que ce service est rattaché « *conjointement aux Directeur général du Trésor et Directeur général des Finances Publique* ».

galettes bretonnes (CA Paris, 18 mars 1983, SA Moisselles Distribution c/ Biscuits Saint-Michel Grellier), ou encore protection de l'image du Château de Chambord utilisée par la marque de bières Kronenbourg (TA Orléans, 6 mars 2012, Société Les Brasseries Kronenbourg, n°1102187).

³⁶ CE, 4 juillet 2012, Département de Saône-et-Loire, n° 356168 : le département de Saône-et-Loire détient, depuis 1963, des parts dans la société APRR (Société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône).

³⁷ O. DE BEAUREGARD-BERTHIER, *Le patrimoine immatériel de l'Etat : Mélanges offerts au Professeur E. Fatome*, Dalloz, 2011.

³⁸ J.-P. JOUYET et M. LEVY, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, rapp. préc. p. 117.

³⁹ Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat » (NOR: ECOP0751395A).

⁴⁰ D. BOURLANGE, Directrice générale de l'APIE, *Le patrimoine immatériel public : une nouvelle dimension de la gestion publique*, *Revue Gestion et Finances Publiques*, n°7, juillet 2013, p. 11.

L'article 2 de l'arrêté du 23 avril 2007 confie six missions essentielles à l'APIE. L'Agence doit, tout d'abord, « proposer au ministre chargé de l'Économie les orientations relatives à la stratégie de gestion des actifs immatériels de l'État, en vue d'assurer une meilleure valorisation de ce dernier ». L'Agence doit, également, « sensibiliser les administrations aux enjeux de la gestion de leur patrimoine immatériel en proposant des actions de formation et en veillant à la diffusion de bonnes pratiques », et guider la valorisation des actifs immatériels publics au sein des organismes publics, en les assistant « dans l'élaboration et la conduite de leur stratégie des actifs immatériels ». De plus, l'APIE doit proposer et mettre en œuvre « des services mutualisés de gestion d'actifs immatériels », mais aussi participer « à l'élaboration et au suivi des règles de comptabilité publique relatives aux actifs immatériels »⁴¹. Enfin, l'Agence a la possibilité de « proposer au ministre chargé de l'Économie toute réforme législative, réglementaire ou administrative nécessaire ».

Deux décrets du 10 février 2009 vont permettre à l'APIE de disposer d'un véritable cadre juridique pour exercer ses missions dans les meilleures conditions.

D'une part, le décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, précise, avec son article 2, les sept différents procédés relevant de la valorisation du patrimoine immatériel de l'État : « (1) Cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle ; (2) Participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat ; (3) Mise à disposition ou cessions d'informations, à l'exclusion des opérations de copie et de transmission mentionnées, respectivement, aux b et c de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 ; (4) Location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ; (5) Organisation ou participation à l'organisation d'événements de toute nature, notamment colloques et conférences ; (6) Valorisation du

⁴¹ Apport de l'arrêté du 22 juillet 2013, modifiant l'arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé Agence du Patrimoine Immatériel de l'État.

savoir-faire ou de l'expertise des services de l'État, notamment en matière de formation, recherches et études ; (7) Mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaire, de communication ou de promotion ».

L'article 2 du décret susvisé ajoute que ces sept différents procédés « donnent lieu à rémunération pour services rendus » aux organismes publics concernés. Or, il peut paraître assez surprenant que le gouvernement ait choisi, comme outil juridique de valorisation du patrimoine immatériel public, la redevance pour service rendu, tant celle-ci a longtemps subi le désamour de la personne publique. Ce désamour était dû à une raison simple : jusqu'à très récemment, le montant de la redevance pour service rendu par la personne publique devait être strictement égal au coût du service rendu en question ⁴². Toutefois, cette position était inévitablement amenée à évoluer car un service public possède, surtout et avant tout, une valeur économique aux yeux du bénéficiaire du service rendu par la personne publique. Cette valeur économique est, par définition, évolutive. De ce fait, le montant de la redevance pour service rendu ne peut se limiter à un coût fixe. Dans une décision du 10 juillet 1996, le juge administratif avait déjà partiellement remis en cause cette position traditionnelle, plus véritablement en phase avec les réalités économiques, en autorisant la prise en compte, dans le calcul de la redevance pour service rendu, des droits de propriété intellectuelle détenus par la personne publique⁴³. Cette piste de réflexion avait déjà été explorée par le Conseil d'État dans une étude publiée en 2002 sur cette question⁴⁴.

Pour autant, ce n'est qu'en 2007, que le juge administratif abandonne définitivement l'impératif de stricte équivalence entre redevance pour service rendu et coût du service rendu. Désormais, « pour être légalement établie (...) une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ou, le cas échéant, dans

⁴² CE, sect., 16 novembre 1962, Syndicat intercommunal d'électricité de la Nièvre et autres, nos 42202 et 44595 ; CC, 6 octobre 1976, n° 76-92 L, Rec. 59.

⁴³ CE, 10 juillet 1996, Société Direct Mail Promotion c./ Société Centre d'études de gestion de documentation d'informatique et de marketing, n° 168702.

⁴⁴ Conseil d'État, Etude, *Redevances pour service rendu et redevance pour occupation du domaine public* La Documentation française, novembre 2002.

l'utilisation d'un ouvrage public et, par conséquent, doit correspondre à la valeur de la prestation ou du service (...) qu'il s'ensuit que le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire »⁴⁵. Cette évolution du calcul de la redevance pour service rendu explique, sans doute, le récent regain d'intérêt de la personne publique pour ce type d'instrument, mais aussi le fait d'intégrer dans la liste des pratiques relevant de la valorisation du patrimoine immatériel public, des procédés qui, manifestement, en sont totalement étrangers⁴⁶.

D'autre part, l'article 1^{er} du décret n° 2009-157 du 10 février 2009 prévoit, quant à lui, que « dans le cadre défini à l'article 1^{er} du décret du 10 février 2009 [décret n° 2009-151], les produits résultant de la rémunération des prestations énumérées à l'article 2 du même décret sont attribués au budget de chaque ministère concerné ». Dans la circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, le Premier Ministre de l'époque, Dominique de Villepin, précisait que « ce retour sera de 100 % en 2007 et de 80 % à partir de 2008 ; les 20 % restants contribueront au désendettement ». Un tel procédé peut soulever quelques interrogations, notamment au regard du principe de non-affectation des recettes consacré par l'article 6 de la LOLF. Pour autant, comme le rappelle l'article 17 de la LOLF, parmi les dérogations à ce principe, figure la possibilité de rattacher en cours d'année aux dotations de l'administration concernée, par le biais d'ouverture de crédits supplémentaires, les recettes correspondant aux redevances perçues pour service rendu. Cette procédure est qualifiée de « fonds de concours ». Ainsi, l'article 17 de la LOLF précise que « les fonds de concours sont directement portés en recettes au budget général, au budget annexe ou au compte spécial considéré. Un crédit supplémentaire de même montant est ouvert par arrêté du ministre chargé des finances sur le programme ou la dotation concernée ».

⁴⁵ CE, ass., 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique, n° 293229.

⁴⁶ J.-D. DREYFUS, *La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel*, AJDA, 2009, p. 696.

La modernisation de nos administrations publiques, par le biais de l'outil numérique, constitue un véritable levier financier pour l'État. Elle constitue, également, un réel levier de croissance pour notre économie. En effet, l'ensemble des procédés développés dans la présente étude prennent place dans l'élan actuel de simplification des relations entre l'administration, les citoyens et les entreprises. En 2013, le *World Economic Forum* a classé la France 126^e sur 144 en matière de complexité administrative⁴⁷. L'OCDE chiffre à près de soixante milliards d'euros le coût du labyrinthe administratif de l'Hexagone⁴⁸.

L'outil numérique constitue donc une alternative durable pour tenter de faire face à la complexité administrative. Par exemple, au 1^{er} janvier 2016, entrera en application la Déclaration Sociale Nominative (DSN) unique, mensuelle et automatisée sur une plateforme numérique⁴⁹, afin de remplacer la trentaine de déclarations sociales que les entreprises doivent gérer dans le cadre de l'élaboration de la fiche de paie d'un salarié. Cette plateforme constituera un gain de temps et d'argent précieux pour les entreprises, sachant que la France est le pays au monde où l'établissement d'une fiche de paie coûte le plus cher (393 euros, contre 182 euros dans le reste du monde⁵⁰). De même, depuis le 12 novembre 2014, pour près de 1200 procédures administratives, le principe est désormais que le silence de l'administration pendant deux mois vaut accord implicite de sa part⁵¹. Or, pour

⁴⁷ C. BARIONET, *La France, le pays aux 400 000 normes*, Les Echos, 18 février 2013, disponible en ligne :

<http://www.lesechos.fr/18/02/2013/lesechos.fr/0202574126283-la-france--le-pays-aux-400-000-normes.htm> [20 septembre 2015].

⁴⁸ J. TARBY et A. MAROLLEAU, *Entreprises : vers la simplification ?*, Revue EcoRéseau, n°15, novembre 2014, p. 26.

⁴⁹ V. site internet : www.net-entreprises.fr [20 septembre 2015].

⁵⁰ Enquête réalisée en mars 2014 par les services d'ADP, leader mondial de l'externalisation des services RH.

⁵¹ Article 1^{er} de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, modifiant l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12

permettre l'application pratique de ce nouveau principe, 42 décrets ont été publiés au Journal Officiel du 1^{er} novembre 2014, prévoyant près de 2400 procédures dérogatoires, dont le silence gardé par la personne publique vaut acceptation ou refus, dans un délai inférieur ou supérieur à 2 mois. La modernisation des administrations publique doit permettre de délier le nœud gordien de la complexité administrative, à la seule condition de se donner les moyens de ses ambitions.

*

avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EN ALLEMAGNE



Maud ANGLIVIEL

Sous la direction du Professeur Rozen NOGUELLOU

En France, l'indépendance d'autorités administratives s'est d'abord justifiée par leurs fonctions de protection des droits fondamentaux. La protection de ces droits, particulièrement sensibles, nécessitait le désengagement de l'État soupçonné de menacer la protection de ces droits. Ce modèle a connu à partir de 1978, date de la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), un succès croissant. Ces autorités administratives indépendantes sont apparues comme un « *moyen privilégié de l'État pour accompagner l'économie de marché* »¹, notamment lors de la libéralisation des activités en réseaux, où les autorités de régulation sectorielle ont été créées sur ce modèle. Dans son rapport de 2001 sur les autorités administratives indépendantes (AAI)², le Conseil d'État soutenait leur création dans le domaine économique afin de permettre à l'État d'intervenir de façon impartiale, efficace et adaptable dans l'économie et de faire participer des professionnels à la régulation de certains secteurs.

En Allemagne, la question de l'indépendance des autorités de régulation, réclamée par l'Union européenne ne s'est pas posée de la même manière. D'abord, la création d'autorités de

régulation pour ouvrir à la concurrence les secteurs dits en réseaux (électricité, gaz, transport ferroviaire, télécommunications et poste) n'est pas allée de soi.

La première autorité de régulation a vu le jour en 1998 dans le secteur des télécommunications et de la Poste, *Regulationsbehörde für Telekommunikation und Post* (RegTP), faisant suite à la vague de libéralisation des années 1990 dans ces secteurs. À la même époque, la situation est très différente dans le secteur de l'énergie. Ici la question n'est pas de créer une autorité de régulation sectorielle, mais de choisir entre la possibilité de confier la fonction de régulation à l'Office fédéral de lutte contre les cartels, *Bundeskartellamt*, ou de conserver le modèle d'autorégulation du secteur, qui privilégie l'accès négocié au réseau. C'est d'abord la seconde solution qui est retenue, mais sous le feu de nombreuses critiques et face au mauvais fonctionnement de ce système de monopole négocié, la nécessité de l'instauration d'une régulation sectorielle pour l'énergie ne fait bientôt plus de doute. La question du régulateur se pose alors : doit-on élargir les compétences de l'autorité de régulation des télécommunications et des postes ou confier à l'autorité de la concurrence la fonction de régulation ?

L'Office fédéral de lutte contre les cartels était à l'origine très opposé à l'idée d'élargir les

¹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso édition, 2014, p. 75.

² Rapport annuel du Conseil d'Etat, rapport public 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 2001.

compétences de l'autorité de régulation, cependant la Commission des monopoles, *Monopolkommission*, regroupant des universitaires chargés de conseiller l'autorité de la concurrence se prononça en faveur de cet élargissement. L'argument principal avancé était que la régulation *ex ante* était indispensable dans les secteurs d'activités en réseaux à l'organisation du marché pour garantir la réalisation d'une concurrence effective, aussi la concentration *horizontale* des fonctions de régulation sectorielle au sein d'une autorité spécialisée apparaissait plus efficace qu'une concentration *verticale* des fonctions de régulation et de contrôle de la concurrence dans les mains du *Bundeskartellamt*. C'est pourquoi, à l'occasion de la loi sur le secteur de l'énergie du 7 juillet 2005, l'Agence fédérale des réseaux, *Bundesnetzagentur* a finalement succédé à la RegTP rassemblant en son sein les secteurs des Télécommunications, de la Poste, de l'Énergie et après 2006 du rail. Cette autorité n'est pas qualifiée d'indépendante, mais d'autonome. En effet, en Allemagne, l'idée que l'indépendance des autorités de régulation est « *une offense aux schémas ordinaires de la démocratie représentative* »³, est particulièrement tenace.

Si l'indépendance des autorités de régulation par rapport aux acteurs économiques est une exigence classique qui incombe à toutes les autorités administratives, celles-ci devant être « *impartiales, neutres et tenues à des fonctions matérielles* »⁴ (I), il n'en va pas de même pour l'indépendance de ces autorités vis-à-vis de la puissance publique. En effet, l'architecture constitutionnelle allemande ne tolère pas l'indépendance d'autorités administratives⁵, celles-ci devant nécessairement être reliées par une « *chaîne de légitimation démocratique* », *Legitimationskette*, au pouvoir élu (II).

Afin d'étudier l'indépendance des autorités de régulation en Allemagne, notre étude se concentrera sur les autorités fédérales et notamment l'agence fédérale des réseaux, seules celles-ci sont à même, de par leur taille et de

³ J.-B. AUBY, *Les autorités administratives indépendantes : une rationalisation impossible ? : Remarques terminales*, RFDA, 2010, p. 931 et 933.

⁴ G. HERMES, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, in G MARCOU et J. MASING (dir.), Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol 25, 2011.

⁵ A l'exception de la banque fédérale, Bundesbank, des universités et des établissements de radiodiffusion.

l'importance de leurs activités, de poser des enjeux quant à leur indépendance.

I. L'indépendance par rapport aux acteurs économiques

L'indépendance du régulateur vis-à-vis des acteurs économiques constitue l'une des exigences classiques du statut des régulateurs. Il s'agit de prévenir le risque de « capture » du régulateur par les opérateurs régulés, qui dévoierait la fonction du premier dans le seul intérêt des seconds.

Les garanties d'indépendance des autorités de régulation concernent le statut des agents de l'autorité, plus particulièrement de ses dirigeants et des personnes chargées de prendre les décisions de régulation au sein des « *chambres de décisions* » *Beschlusskammern* (A). L'indépendance est également garantie par l'organisation de l'autorité en elle-même (B).

A) Le statut des agents

Les garanties d'indépendance organiques des agents de l'Agence fédérale des réseaux sont inspirées de celles dont bénéficient le personnel des « *autorités supérieures fédérales autonomes* », et notamment de l'Office fédéral des cartels.

Le statut d'agent d'une autorité de régulation est incompatible avec une fonction rémunérée ou de direction dans une entreprise en général, et en particulier dans les entreprises régulées. En outre ces agents sont pour la plupart fonctionnarisés, soit par détermination de la loi soit par usage.

Les membres des chambres de décision (*Beschlusskammern*) - où sont prises les décisions importantes de l'autorité de régulation (art. 132 §1 loi sur les télécommunications, TKG ; art. 49 I loi sur la Poste ; art. 59 §1 loi sur l'énergie) - doivent, selon les lois sectorielles, être fonctionnaires en plus que de posséder des qualifications à la fonction de juge ou d'appartenir à la haute fonction publique - pour les présidents de chambre et les assesseurs. Ainsi l'article 132 § 2 TKG dispose que « *le président ou la présidente et les membres assesseurs doivent*

être aptes aux fonctions de la catégorie supérieure. Un membre de la chambre de décision au moins doit être apte à la magistrature ».

Les autres agents de l'agence, qui ne sont pas dans les chambres de décisions, se voient presque systématiquement proposer la fonctionnarisation de leurs statuts au bout de quelques années.

B) L'organisation de l'Agence fédérale des réseaux

L'une des raisons avancées par la Commission des monopoles⁶ pour le choix du modèle de régulateur multisectoriel, chargée de la régulation du transport ferroviaire, de l'énergie, des télécommunications et de la poste, est que le caractère multisectoriel du régulateur lui garantirait une indépendance accrue par rapport à un modèle sectoriel. Le fait que l'autorité régule plusieurs secteurs permet d'éviter une trop grande proximité avec les entreprises régulées. Le personnel est régulièrement réaffecté dans un nouveau secteur ce qui limite les possibilités de collusion des agents avec les entreprises régulées. Le risque de « *prise en main par l'industrie* »⁷ du régulateur est donc amoindri.

En outre, ce modèle multisectoriel sert également une régulation plus globale et cohérente. La mobilité des agents permet de transférer les compétences techniques et juridiques d'un domaine à l'autre sans pour autant dégrader la compétence de l'Agence. À travers la création d'un régulateur multisectoriel l'objectif était de servir une « *certaine conception de la régulation* »⁸ dans les différents secteurs régulés. C'est ce que montre le rapport de la Commission des monopoles : d'abord la régulation en tant que régime d'exception au droit de la concurrence puis la prédominance d'une régulation incitative.

Selon les termes du Professeur Pascal Schumacher, la régulation est considérée en

⁶ Monopolkommission, "Netzswettbewerb durch Regulierung, XIV", Hauptgutachten 2000/2001.

⁷H. INTVEN Hank et T. MC CARTHY, *Vue d'ensemble de la réglementation des télécommunications*, Manuel de la réglementation sur la réglementation des télécommunications, InfoDev.

⁸ N. HORSTMAN, *Les acte d'ateliers - la coordination des autorités de concurrence*, Ateliers de la concurrence, DGCCRF, 26 janvier 2010

Allemagne comme le « *Notstandsrecht der Marktwirtschaft* »⁹ que l'on peut traduire comme le « droit d'urgence du marché ». La régulation sectorielle est un régime d'exception dans le droit public de l'économie. Cette conception est très ancrée en Allemagne, c'est pourquoi l'un des arguments de la Commission des monopoles, dans son avis de 2000 sur la création d'une autorité de régulation multisectorielle, était de dire que l'*opt out* d'un secteur serait plus facile dans le cadre d'une autorité de régulation multisectorielle. Celle-ci serait plus encline à « abandonner » un marché au droit de la concurrence si elle a une compétence plus large qu'une simple autorité sectorielle et distincte de la régulation *ex post*.

Cependant, l'histoire économique allemande atténue la nécessité de garanties d'indépendance du régulateur sectoriel à l'égard des secteurs régulés par rapport à d'autres pays comme la France, où l'État jouait un rôle central dans les activités de réseaux. Dès les années 1960, l'État fédéral allemand a abandonné son statut d'actionnaire dans les monopoles, à l'exception du domaine ferroviaire et de la poste. Cela s'explique en partie par le fait que la fédération n'a pas de rôle central dans le service public énergétique, ce rôle étant essentiellement assuré par les *Länder* et les collectivités locales. Cette absence de participation étatique dans les monopoles facilite l'indépendance de l'agence fédérale des réseaux, car se trouvent réduites les « *tentations de pactiser* »¹⁰ avec l'ancien monopole. Cette particularité réduit donc également la nécessité d'indépendance du régulateur vis-à-vis des pouvoirs publics, bien que celle-ci soit fortement encouragée par la Commission européenne.

⁹ P. SCHUMACHER, *Kriterien für eine Gestaltung des Übergangs vom sektorspezifischen Regulierungsrecht in das allgemeine Kartellrecht in Recht und Markt Wechselbeziehungen zweier Ordnungen*, Bonn, 2009, Assistententagung Öffentliches Recht.

¹⁰ J. WAHLTER, *L'indépendance des autorités de régulation en Allemagne*, RFAP, 2012, n°143, pp. 693-706

II. L'indépendance des autorités de régulation par rapport aux pouvoirs publics

Le droit constitutionnel allemand et l'interprétation stricte du principe démocratique interdisent la mise en place d'autorités de régulation véritablement indépendantes du pouvoir politique, on ne peut parler que d'« *autonomie* » voire de « *quasi-indépendance* »¹¹ (A). Cette particularité institutionnelle allemande s'oppose à la conception européenne qui prône la mise en place d'un régulateur protégé de toute influence extérieure, en particulier politique (B).

A) Une autorité de régulation autonome

La Loi fondamentale, *Grundgesetz*, adoptée au lendemain de la chute du 3e Reich, fait des droits fondamentaux la base de l'architecture constitutionnelle allemande et fonde toute expression du pouvoir d'État dans le principe démocratique. L'article 20 al. 2 de la Loi fondamentale dispose que « *tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par les organes spéciaux investit des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire* ».

Dans deux arrêts de 1990, la Cour constitutionnelle allemande a considéré que cet article avait valeur législative et qu'il s'appliquait donc aussi à l'administration¹². Les autorités administratives reçoivent leur légitimité directement du peuple, au moyen d'une « *chaîne de légitimation* » (*Legitimationskette*) ininterrompue. Cette légitimation peut être *matérielle*, par la loi ou la votation d'un budget, ou *personnelle* à travers le lien organique entre la personne chargée de l'exécution du pouvoir et un élu.

Si l'interprétation de la « *chaîne de légitimation* », considérée par beaucoup comme simpliste et peu conforme à la réalité administrative, s'est assouplie, il n'en demeure pas moins que l'administration doit être soumise au pouvoir de tutelle d'un ministre, lui-même responsable devant le Parlement. Ce pouvoir de tutelle s'exerce, sur les autorités fédérales, au

¹¹ J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit. note 4.

¹² BVerfGE 83, 60, 83 et 37.

moyen d'instructions, *Weisungen*, qui leur sont adressées par le ministre.

Il n'est donc pas possible de parler en droit allemand d'indépendance des autorités administratives. Il est cependant reconnu au législateur la capacité de créer des autorités administratives fédérales supérieures autonomes en vertu de l'article 87 de la Loi fondamentale, *selbständige Bundesoberbehörde*, comme l'Agence fédérale des réseaux, l'Office fédéral des Cartels ou l'Institut fédéral des prestations de services financiers (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin)). Ces organismes sont placés en dehors de l'administration ministérielle pure. Leur autonomie est garantie par des éléments objectifs d'organisation : mandat, dotations budgétaires, mode de nomination, qui assure une « *séparation organisationnelle des autorités de régulation d'avec les organes étatiques considérés comme les centres politiques - Bundestag et gouvernement fédéral-, et leur faculté qui en découle de développer une politique de régulation propre* »¹³.

Ainsi, le président et le vice-président de l'Agence fédérale des réseaux sont nommés sur proposition du *Beirat*, formation qui comporte à la fois des représentants du *Bundestag* et du *Bundesrat*, approuvés par l'ensemble du gouvernement et nommés par le président de la République fédérale. Ce mode de nomination permet de limiter les risques d'ingérence politique et se distingue de celui du président et vice-président de l'Office fédéral des cartels qui sont nommés par le ministre de l'Économie. Les dirigeants de l'Agence fédérale des réseaux ne peuvent être renvoyés que sur le fondement d'une « *raison importante* » conformément à l'article 4§5 de la loi sur l'organisation de l'agence fédérales des réseaux, *wichtige Grund*, qu'on peut traduire par « *motif grave* ». Ils sont fonctionnaires à vie mais leur mandat à la tête de l'agence est de cinq ans renouvelables.

Le budget de l'Agence fédérale des réseaux est inscrit dans le budget fédéral, la moitié du financement provient de frais acquittés par les entreprises régulées dans les différents secteurs : télécommunication, énergie, poste et rail. L'autonomie budgétaire de l'Agence fédérale des réseaux est moins importante que celle de l'institut fédéral de contrôle des prestations de

¹³ Traduction de K. OERTEL, « *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden nach §66 TKG* », 2000.

services financiers, qui lui se finance lui-même grâce aux redevances perçues sur les entreprises régulées. Cependant l'autonomie budgétaire ne signifie pas une plus grande indépendance. En effet, si l'Institut fédéral de contrôle des prestations de services financiers est indépendant financièrement, le ministre des Finances contrôle intégralement son organisation interne.

Outre ces éléments organisationnels, pour juger de l'autonomie de ces autorités supérieures fédérales autonomes, il faut faire une distinction entre les chambres décisionnelles et les autres services des autorités. Les chambres de décisions, *Beschlusskammern*, qui existent aussi bien au sein de l'Agence fédérale des réseaux, de l'Office fédéral des cartels ou de l'Institut fédéral de contrôle des prestations de services financiers (BaFin). La juridictionnalisation des chambres décisionnelles - il y a un président de chambre et deux assesseurs qui ont des formations de magistrat et des garanties d'indépendance renforcées- leur garantissent une « *quasi-indépendance* »¹⁴, en effet, elles ne peuvent recevoir aucune instruction spéciale de la part du ministère. Ces chambres de décisions sont là où les décisions importantes des autorités sont prises¹⁵. Il n'empêche que, si elles sont *de fait* hors de la portée des instructions ministérielles spéciales, aucun texte ne leur reconnaît une réelle indépendance.

L'exercice du pouvoir de tutelle par le ministère compétent s'avère dans la pratique limité : d'une part, les éventuelles instructions adressées par le ministère de l'Économie et du Travail doivent être publiées au journal officiel (art. 61 EnWG et art 52 GWB). En outre, selon le Professeur Georg Hermes, « *la réelle indépendance des autorités fédérales est marquée par les limites qui sont posées à l'attention ministérielle, en particulier par le manque de compétence, le manque d'information ou même le manque de capacité à traiter l'information. Les routines administratives et les représentations traditionnelles semblent qui plus est jouer un rôle considérable* »¹⁶. Il faut aussi souligner que les autorités fédérales supérieures, comme le Bundeskartellamt, jouissent d'un prestige

¹⁴ J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit. note 4.

¹⁵ Article 58 EnWG.

¹⁶ G. HERMES, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit. note 4.

particulier qui limite encore la tutelle du ministère.

Il convient cependant de distinguer au sein des attributions de l'Agence fédérale des réseaux entre ses compétences ayant trait à la réalisation de la concurrence – dans lesquelles l'agence dispose de son autonomie voire « *quasi-indépendance* » - et ses attributions relatives à l'ordre public dans le cadre desquelles l'Agence reste complètement soumise à la tutelle du ministre.

Ce pouvoir de tutelle des ministres sur les autorités administratives chargées de réguler l'économie n'est pas vu d'un très bon œil à Bruxelles qui ne partage pas la conception allemande de « *quasi-indépendance* »¹⁷ des autorités de régulation.

B) Une position controversée

Contrairement à la vision allemande, la conception européenne se caractérise par une méfiance à l'égard des interventions de l'État dans des domaines comme la protection des personnes ou la garantie des libertés économiques, l'indépendance des autorités administratives leur permettrait, selon la Cour de justice, « *d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression* »¹⁸. Il s'agit donc d'empêcher que la régulation ne soit influencée par des considérations politiques qui la détournent de sa *raison d'être*, la réalisation de la concurrence, placée hors du jeu politique, l'efficacité, l'impartialité et la durabilité de la régulation sont assurées.

Cette conception de l'indépendance des autorités administratives est partagée en France. Dans son commentaire de l'étude réalisée par Martine Lombard « *Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique ?* », le Professeur Johannes Masing s'étonnait du fait qu'« *en France, l'indépendance d'une autorité administrative vis-à-vis du gouvernement ne pose aucun problème de principe* »¹⁹. En effet, le

¹⁷ J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, op. cit. note 4.

¹⁸ CJUE, 9 mars 2010, Commission c/ Allemagne, aff. C-518/07.

¹⁹ J. MASING, *La typologie des missions des autorités de régulation*, dir. G. MARCOU et J. MASING, *Le modèle des*

caractère *fonctionnel* de l'indépendance des autorités de régulation françaises est mis en avant : l'indépendance permettra à l'État d'agir, plus *efficacement*, plus *impartialement*. Pierre Rosanvallon parle « *de légitimité d'impartialité* »²⁰ des autorités de régulation. Pour autant, la notion d'impartialité n'est pas nécessairement plus claire que la notion d'indépendance, la question du point de référence se pose toujours : impartial, indépendant, mais par rapport à quoi et à qui ? Martine Lombard distingue deux conceptions de l'impartialité : la première se mesure à la « *capacité à dégager un intérêt général par-delà la diversité des intérêts particuliers, ou à concilier plusieurs conceptions de l'intérêt général, chacun conviendra que c'est la démocratie qui apporte les meilleures réponses à ce questionnement* »²¹, la seconde conception comprend impartialité comme la conciliation de différents intérêts, la prise de décisions détachées de toute influence ou considération politique. C'est cette dernière conception de l'impartialité qui est prônée en France et par l'Union européenne alors qu'en Allemagne, l'impartialité administrative se fonde dans le principe démocratique.

Dans un arrêt *Commission c./Allemagne* du 9 mars 2010, l'Allemagne a été visée par un arrêt en manquement pour mauvaise transposition de la directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel²². La Cour de justice reprochait à l'Allemagne d'avoir retenu une interprétation trop limitée de l'indépendance des autorités de contrôle prescrite par la directive. En effet, conformément à l'interprétation du principe démocratique, ces autorités administratives étaient soumises à un pouvoir de tutelle de l'État, mais disposaient d'une indépendance fonctionnelle.

La Cour refuse de reconnaître la conception allemande et affirme sa position résolument méfiante à l'égard de l'État. Même si la tutelle se bornait à vérifier que le contrôle respectait bien les objectifs posés par la directive à savoir s'il

autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, op. cit. note 4.

²⁰ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Le Seuil, 2008

²¹ M. LOMBARD, *Pourquoi des autorités indépendantes en matière économique*, in *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne, op. cit. note 4.*

²² CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne, préc.*

était bien « *rationnel, légal et proportionnel* », les risques de partialité étaient trop importants pour la Cour et « *le seul risque que les autorités de tutelles puissent exercer une influence politique sur les décisions de l'autorité de contrôle suffit pour entraver l'exercice indépendant des missions de celles-ci* »²³.

En rejetant l'indépendance à l'allemande des autorités administratives, la Cour précise le modèle européen d'indépendance. Selon elle, le principe démocratique, principe fondamental du droit de l'Union européenne n'a pas besoin d'être garanti directement par la soumission des autorités administratives au gouvernement, il faut que le contrôle de ces autorités par les juridictions nationales soit organisé, de même pour l'influence parlementaire. La Cour propose ainsi que des obligations de rendre des comptes au Parlement soient imposées par la loi.

Une pareille prise de position sur l'organisation administrative d'un pays membre ne va pas sans poser la question de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États. L'indépendance des régulateurs sectoriels vis-à-vis du pouvoir politique accentue le processus d'« intégration par le marché » en faisant prévaloir sur les intérêts nationaux, des intérêts économiques européens et contribue à créer un « ordre administratif internationalisé ». La mise en place d'autorités de régulation indépendantes apparaît alors comme « *une réponse organisationnelle à l'internationalisation des relations économiques* »²⁴ selon l'expression de Johannes Masing. Il nous semble que cet « *ordre administratif internationalisé* » pose avec encore plus d'acuité la question du principe démocratique, mais au niveau européen cette fois-ci, si les intérêts auxquels sont confrontés les régulateurs sont supranationaux le contrôle démocratique ne peut être que national, un contrôle démocratique européen apparaît dès lors indispensable. Tant que la légitimité démocratique n'équivaudra pas au niveau européen, celle imposée par l'article 20 de la loi fondamentale allemande, le retrait du régulateur « *des champs de force politiques internes* »²⁵ ne pourra se justifier.

*

²³ CJUE, 9 mars 2010, *Commission c/ Allemagne, préc.*

²⁴ J. MASING, *op. cit. note 4.*

²⁵ *Ibid.*

AIDES D'ÉTAT ET RÉGULATIONS - EXEMPLE DE LA COMPATIBILITÉ DES DEUX OBJECTIFS DANS LES COMMUNICATIONS BANCAIRES EN RÉPONSE À LA CRISE DE 2008



Thomas FONTAINE

Sous la direction de Maître Christophe BARTHÉLEMY
Associé cabinet CMS Francis Lefebvre

« Rien ne serait pire qu'un État prisonnier de dogmes, enfermé dans une doctrine qui aurait la rigidité d'une religion. (...) En ces circonstances exceptionnelles où la nécessité d'agir s'impose à tous, j'appelle l'Europe à réfléchir sur sa capacité à faire face à l'urgence, à repenser ses règles, ses principes, en tirant les leçons de ce qui se passe dans le monde. Elle doit se donner les moyens d'agir quand la situation l'exige et non se condamner à subir. Si l'Europe veut préserver ses intérêts. Si elle veut avoir son mot à dire dans la réorganisation de l'économie mondiale. Si elle veut se donner les moyens de sortir renforcée et non pas affaiblie de la crise actuelle, elle doit engager une réflexion collective sur sa doctrine de la concurrence qui n'est, à mes yeux, qu'un moyen et non une fin en soi, sur sa capacité à mobiliser des ressources pour préparer l'avenir, sur les instruments de sa politique économique, sur les objectifs assignés à la politique monétaire. »¹

* Cette étude n'a vocation qu'à fournir une étude des communications de la Commission en réponse à la crise financière. Elle ne vise donc pas à analyser le détail d'affaires spécifiques comme les cas de Dexia, Northern Rock, Fortis...

C'est sur ces mots que le président Nicolas Sarkozy interrogea en 2008 l'Union européenne et son droit de la concurrence à l'orée de la crise financière.

Face à l'urgence de la crise qui interrogeait la confiance de l'ensemble du système bancaire et aux contestations du droit européen de la concurrence, la Commission se devait d'apporter une réponse rapide et circonstanciée à la crise.

La réponse apportée par la Commission aux États est passée par le droit des aides d'État en adaptant ce droit à la situation de crise financière. Elle a donc répondu à une crise systémique par le biais d'un contrôle de nature individualisée et *in concreto*. Pour réaliser ce contrôle, elle a développé une démarche pédagogique par le biais de communications, notamment bancaires. C'est la démarche de la

¹ N. SARKOZY, Discours de Nicolas Sarkozy à Toulon, le 25 septembre 2008, LeMonde.fr, disponible en ligne : http://www.lemonde.fr/politique/article/2008/09/25/le-discours-de-nicolas-sarkozy-a-toulon_1099795_823448.html [28/06/2015].

Commission dans ces communications bancaires qui va nous intéresser.

Cet outil des communications a été privilégié, car il s'agit d'un outil de *soft law* à disposition de la Commission qui lui permet d'expliquer et d'expliciter la méthodologie et l'analyse qu'elle développe face aux problématiques juridiques auxquelles elle est confrontée. En matière d'aides d'État, ces communications servent à la Commission à expliquer comment elle procède à l'analyse des aides d'État auxquelles elle est confrontée; ce sont des directives qu'elle se donne et qui la lient.

La particularité de la réponse apportée par la Commission à la crise de 2008 est d'intégrer aux objectifs proprement économiques et concurrentiels du droit des aides d'État des objectifs de régulation du système bancaire. Elle a ainsi permis la mise en place des premiers jalons des régulations économique et juridique du système bancaire européen en situation de crise en attendant l'institutionnalisation par l'Union bancaire.

L'accueil de cet objectif de régulation dans le droit des aides d'État est le témoignage d'un droit européen de la concurrence caractérisé par une certaine plasticité qui permet à la Commission d'être un régulateur conjoncturel.

Ces Communications bancaires ont permis à la Commission de disposer d'un outil de régulation économique et juridique du système bancaire (II) sans porter préjudice au droit des aides d'État (I)

I. Objectif principal et structurel : le respect du droit des aides d'État

La Commission a respecté le droit des aides d'État, aussi bien dans la forme de son intervention (A) que dans le fond (B).

A) L'application du cadre des aides d'État

La Commission européenne a justifié l'application du droit des aides d'État à la situation de crise financière par le b) de l'article 107§3 du TFUE qui dispose que « Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur : (...) Les aides destinées

à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ».

L'application de cette disposition est intéressante dans la mesure où elle n'avait jamais été utilisée par les instances européennes, et ce, quand bien même des États ont cherché à la faire appliquer². C'est sans doute dans des situations spécifiques que la Commission se réservait l'usage de cette disposition du Traité puisque la problématique à laquelle étaient confrontés les États était un problème d'entreprise en difficulté qui se règle habituellement par le c) de l'article 107§3 du TFUE³. La Commission a donc cherché à intervenir dans un cadre juridique inédit des aides d'État en raison des risques encourus par l'économie européenne.

En réservant cette disposition du b) de l'article 107§3 à des situations exceptionnelles, la Commission a permis à son outil de contrôle des aides d'État de s'adapter à des circonstances critiques. Cette pratique témoigne de la plasticité du droit des aides d'État, car la Commission a su sauvegarder cet outil même en circonstances de crise financière grave.

Cette application du droit des aides d'État s'est ensuite développée dans le cadre des Communications bancaires qui, dans une démarche pédagogique, ont eu pour but d'expliciter la méthodologie d'analyse des aides d'État de la Commission pour pallier la crise financière. Sa méthodologie a été explicitée dans sept Communications bancaires entre 2008 et 2013.

Une communication de base a posé les premiers jalons de son système d'analyse⁴. Se sont ensuite ajoutées trois communications qui ont

² Voir notamment le cas du Crédit Lyonnais et GAN in F.-C. LAPREVOTE, *La crise financière en France et dans l'Union européenne*, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2014, p. 38.

³ Comm. UE, communication n°2014/C 249/01 Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, JOCE n°C 249, 31 juillet 2014, point n°1, pour la situation présente.

⁴ Comm. UE, communication n°2008/C 270/02 Application des règles en matière d'aides d'État aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale, JOCE n°C 270, 25 octobre 2008 (Communication bancaire de base).

approfondi le cadre juridique des aides à la recapitalisation⁵, des aides au traitement des actifs dépréciés⁶ et des mesures de restructuration⁷. Suite à cela, deux communications de prorogation et d'ajustement du cadre en raison des mutations de la crise⁸ ont été prises. La Commission a enfin adopté une communication pour mettre à jour son système⁹.

L'ensemble de ces communications développe donc l'application du droit des aides d'État au secteur bancaire en situation de crise systémique. L'analyse des communications permet de constater qu'elles n'ont pas donné lieu à dérogation aux principes généraux du droit des aides d'État.

B) Une application orthodoxe des principes du droit des aides d'État

À la lecture des communications bancaires, nous pouvons constater que la Commission

⁵ Comm. UE, communication n°2009/C 010/03 Recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle: limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence, JOCE n°C 10, 15 janvier 2009 (Communication bancaire recapitalisation).

⁶ Comm. UE, communication n°2009/C 072/01 concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté, JOCE n°C 72, 26 mars 2009 (Communication bancaire traitement des actifs dépréciés).

⁷ Comm. UE, communication n°2009/C 195/04 sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État, JOCE n°C 195, 19 août 2009 (Communication bancaire restructuration).

⁸ Comm. UE, communication n°2010/C 329/07 concernant l'application, à partir du 1er janvier 2011, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, JOCE n°C 329, 7 décembre 2010 (Communication bancaire ajustement 2010); Comm. UE, communication n°2011/C 356/02 concernant l'application, à partir du 1er janvier 2012, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, JOCE n°C 356, 6 décembre 2011 (Communication bancaire ajustement 2011).

⁹ Comm. UE, communication n°2013/C216/01 concernant l'application, à partir du 1er août 2013, des règles en matière d'aides d'État aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière (« Communication concernant le secteur bancaire »), JOCE n°C 216, 30 juillet 2013 (Communication bancaire mise à jour).

s'appuie sur la distinction classique entre les mesures qui sont des aides d'État et celles qui n'en sont pas.

La Commission explique aux États qu'ils peuvent intervenir sur le secteur bancaire avec des outils qui ne constituent pas des aides d'État ou qui ne sont pas des aides d'État prohibées. Elle indique ainsi aux États où se situent les limites de l'application du droit des aides d'État et donc de son contrôle. Cette distinction apparaît dans la première communication de base¹⁰ ainsi que dans la dernière communication mise à jour¹¹.

La Commission explique que les États peuvent intervenir soit par le biais de mesures générales (non sélectives) ouvertes à tous les acteurs d'un même secteur¹², soit par le biais de soutiens spécifiques à des institutions financières en remplissant des conditions excluant la qualification d'aide d'État¹³, soit par l'intervention des fonds de dépôt visant à dédommager les déposants¹⁴.

Parallèlement à ces mesures – qu'elle ne détaille pas spécifiquement – la Commission développe davantage les mesures d'aides spécifiques au secteur bancaire qu'elle entend encadrer.

Les modes d'interventions encadrés dans ses communications sont : les garanties couvrant les dettes des institutions financières (1), les opérations de recapitalisation d'institutions financières (2), les liquidations contrôlées d'institutions financières (3), le traitement d'actifs dépréciés (4) et les mesures de restructuration (5) et la fourniture de diverses facilités de trésorerie (6). Quelques-unes de ces mesures, comme les restructurations et les liquidations rappellent les lignes directrices relatives aux soutiens apportés aux entreprises en difficulté. Remarquons aussi que l'analogie se poursuit dans l'application du droit des aides

¹⁰ Communication bancaire de base, pts n°51 et suiv., préc. Voir le Titre 6 : Fourniture d'autres formes de facilités de trésorerie.

¹¹ Communication bancaire mise à jour, pts n°62 et suiv., préc. Voir le Titre 5 : Apport de liquidités par les banques centrales et intervention des systèmes de garanties des dépôts et des fonds de résolution

¹² Communication bancaire de base, pts n°51, préc.

¹³ *Ibid.* ; Communication bancaire mise à jour pts n°62, préc.

¹⁴ Communication bancaire mise à jour, pts n°63, préc.

d'État, car c'est dans une logique orthodoxe que ce droit a été développé, et ce, même si l'Europe était en crise.

La Commission a été particulièrement diligente et soucieuse de l'application des principes du droit des aides d'États.

Dans chacune des communications bancaires, la Commission a veillé à rappeler les principes généraux du droit des aides d'État. L'idée était que ces communications ne soient pas le lieu d'une application dérogatoire à ces principes du droit des aides d'État. Elle indique constamment que les aides doivent être ciblées par rapport à l'objectif recherché, limitées et proportionnées au minimum nécessaire, qu'elles doivent faire l'objet de contreparties, qu'elles ne doivent pas créer de distorsions de la concurrence et qu'elles doivent faire l'objet d'un examen permanent et régulier.

À titre d'exemple, dans sa Communication d'approfondissement sur les aides à la recapitalisation, la Commission indique que ces aides doivent être conditionnées à une rémunération d'entrée, à une incitation au remboursement des capitaux publics et à la mise en œuvre de moyens de prévention des distorsions indues à la concurrence.

En raison de l'urgence des situations, la Commission s'est octroyée la possibilité de réduire ses délais de contrôle à 24 h¹⁵ contre traditionnellement deux mois¹⁶ pour un examen préalable et dix-huit mois pour une procédure formelle¹⁷. Cette dérogation n'est pas en soi si fondamentale puisqu'elle permet de toujours assurer un contrôle des aides présentées par les États. Elle était toutefois justifiée par les impératifs de régulation d'un système bancaire en crise.

¹⁵ Communication bancaire de base, pts n°53, préc.

¹⁶ Règlement (CE) n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, JOUE du 27 mars 1999, articles 4 et 7.

¹⁷ *Ibid.*, article 7.

II. Objectif subsidiaire et conjoncturel : la régulation du système bancaire européen dans la crise

L'intégration des objectifs de régulation du système bancaire dans les communications bancaires a apporté un élément de réponse à la crise (A) qui a su évoluer en raison des circonstances (B).

A) L'intégration d'objectif de régulation dans les communications bancaires

Des objectifs spécifiques liés à la régulation économique et la régulation juridique du système bancaire sont développés dans les différentes communications bancaires.

Lorsque les communications indiquent que le contrôle des aides d'État vise à rétablir, sur le court terme, la stabilité financière et le soutien au crédit¹⁸ et, sur le long terme, la viabilité du secteur bancaire et la durabilité des finances publiques¹⁹, elles visent une forme de régulation au sens économique du terme. En effet, ces objectifs font entrer le dispositif d'aides d'État dans un « processus complexe par lequel un système économique et social parvient à se reproduire dans le temps en conservant l'essentiel de ses caractéristiques structurelles par-delà les crises qui l'affectent »²⁰. Entendue ainsi, la régulation est primaire et essentielle, car elle vise à corriger et à stabiliser un système.

Nous pouvons aussi constater qu'en couplant les objectifs de régulation économique aux traditionnels objectifs de contrôle des aides d'États, ces communications répondent au phénomène juridique de la régulation entendue comme « une fonction de la puissance publique

¹⁸ Communication bancaire de base, pts n° 4, préc. ; Communication bancaire restructuration, pts n° 2, préc. ; Communication bancaire recapitalisation, pts n° 4 et suiv., préc. ; Communication bancaire actifs dépréciés, pts n° 5 et ss, préc. ; Communication bancaires mise à jour, pts n° 7 et ss, préc.

¹⁹ Communication bancaire de base pts n° 2, préc. ; Communication bancaire restructuration, pts n° 5, préc. ; Communication bancaire recapitalisation, pts n° 4 et ss, préc. ; Communication bancaire actifs dépréciés, pts n° 8 et ss, préc. ; Communication bancaires mise à jour, pts n° 7 et ss, préc.

²⁰ C.-D. ECHAUDÉMAISON (dir.), *Dictionnaire d'Économie et de Science Sociales*, 7^{ed}, Edition Nathan, Juin 2008, p. 419 [entrée : régulation économique].

qui tend à rétablir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques. »²¹.

Ces deux strates de la régulation ont été mises en œuvre dans les mécanismes d'aides d'État que les communications bancaires développent.

Ainsi, à titre d'exemple, la Communication sur les mécanismes de traitement des actifs dépréciés indique qu'est mise en œuvre une méthodologie spécifique commune par les États membres de l'Union européenne pour identifier les actifs éligibles à l'aide et évaluer les actifs éligibles au sauvetage²².

Autre exemple : jusqu'en 2010, la fourniture d'un plan de restructuration reposait sur une distinction entre les banques fondamentalement saines et les autres. Cette distinction reposait sur des critères d'évaluation propres à des objectifs de régulation du système bancaire²³.

La valorisation de ces objectifs de régulation au sein de la réglementation des aides d'État témoigne de l'idée que ces communications peuvent être un instrument de régulation en situation critique. Cet instrument a su aussi évoluer en raison des circonstances.

B) La régulation temporaire du secteur bancaire.

Le mécanisme de contrôle adapté des aides d'État au secteur bancaire de 2008 n'avait vocation qu'à répondre à une crise financière. Il était donc nécessaire que son cadre s'adapte à une conjoncture évolutive et au caractère temporaire de la crise.

Concernant le caractère évolutif, il faut remarquer que le système de contrôle s'est développé à travers l'instrument des

²¹ G. MARCOU, *Introduction* dans G. MARCOU et F. MODERN (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, T.2 : *Expériences européennes*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, Paris, 2005, p. 16.

²² Communication bancaire traitement des actifs dépréciés, pts n° 32 et suiv., préc.

²³ Communication bancaire recapitalisation, Annexe, préc.

communications. Ce choix n'est pas anodin, car il a permis à la Commission de faire évoluer très facilement son contrôle. C'est ainsi que sept communications bancaires sont intervenues en l'espace de cinq ans. Ces Communications successives ont permis à la Commission d'apporter une réponse adéquate et circonstanciée aux évolutions de la crise.

Ainsi, à partir de 2010, deux communications sont venues proroger le système d'aides et ajuster le cadre juridique²⁴. Ces deux instruments sont intervenus en réponse à deux constats. Le premier était que l'urgence de la crise de 2008 était passée, mais que la crise n'était toutefois pas finie, car des fragilités étaient encore perceptibles²⁵; le second, que la crise était en cours de mutation, car la crise du système bancaire était en train de devenir une crise des dettes souveraines²⁶.

C'est pourquoi la Communication de 2010 est venue supprimer la distinction entre banques saines et banques en difficulté et a obligé toutes les banques bénéficiant d'aides d'État dans le cadre de levées de fonds propres ou de mesures de sauvetage d'actifs à fournir un plan de restructuration²⁷. Et celle de 2011 a actualisé la tarification des mesures de recapitalisation²⁸ et des garanties publiques²⁹.

Concernant le caractère temporaire, au-delà de ces ajustements conjoncturels, la Commission a réalisé une mise à jour de son système d'aides d'État en 2013 pour se désengager de la régulation de crise. Cette mise à jour du système d'aides d'État n'était pas entièrement guidée par la situation conjoncturelle liée à l'évolution de la crise³⁰, mais également à l'évolution du cadre réglementaire par la mise en place de l'Union bancaire au sein de l'Union européenne³¹.

²⁴ Communication bancaire ajustement 2010 et Communication bancaire ajustement 2011, préc.

²⁵ Communication bancaire ajustement 2010 pts n°5 et Communication bancaire ajustement 2011 pts n°3, préc.

²⁶ Communication bancaire ajustement 2010 pts n°6 et Communication bancaire ajustement 2011 pts n°3, préc.

²⁷ Communication bancaire ajustement 2010 pts n°12 et suiv., préc.

²⁸ Communication bancaire ajustement 2011 pts n°6 et ss, préc.

²⁹ *Ibid.*, pts n°15 et suiv.

³⁰ Communication bancaire mise à jour, pts 5, préc.

³¹ *Ibid.*, pts 12 et suiv.

Cette Union bancaire est le lieu d'une institutionnalisation de la régulation du système bancaire qui repose sur un triptyque : mécanisme de surveillance bancaire, mécanisme de résolution et règlement uniforme³².

L'objectif de la Communication bancaire de 2013 a été de mettre en place des passerelles entre la Commission - chargée du droit des aides d'État -, et cette Union bancaire - chargée de la régulation du système bancaire. L'idée a été de transférer des compétences transitoires de régulation à ce nouveau régulateur européen doté d'instruments spécifiques.

À titre d'exemple, concernant les aides visant à remédier à un déficit de fonds propres, la Commission a transféré au nouveau régulateur la validation des méthodologies d'évaluation des États des déficits de fonds propres³³ et la validation des plans de mobilisation de capitaux³⁴. Autre exemple, concernant les aides aux sauvetages (recapitalisation et sauvetages d'actifs) : la clause de stabilité financière est désormais évaluée par la nouvelle autorité de régulation³⁵.

Nous pouvons conclure que le cadre spécifique de contrôle des aides d'État mis en place en 2008 pour répondre à la crise du secteur bancaire, a été utilisé comme instrument exceptionnel, conjoncturel et temporaire de régulation. Cet outil a permis d'apporter une réponse uniforme commune et rapide à la crise de 2008, et a favorisé la transition vers un système de régulation institutionnalisé et sectoriel. Aujourd'hui, la Commission se recentre sur sa mission classique de contrôle des aides d'État.

*

³² Disponible en ligne : http://ec.europa.eu/finance/general-policy/banking-union/index_fr.htm [28/06/2015].

³³ Communication bancaire mise à jour, pts n° 33, préc.

³⁴ *Ibid.*, pts n° 35.

³⁵ *Ibid.*, pts n° 50.

LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE RELATIVE À

L'ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS



Candice MERIC

Vincent FABRE



Sous la direction du Professeur Régis BISMUTH

« C'est une arête étroite, sur laquelle mon esprit se promène. Cette ligne de démarcation entre l'être et le non-être, je m'applique à la tracer partout »¹.

Il n'existe sans doute pas en droit français de rapport plus antagoniste, de ligne de crête plus marquée, que ceux qui opposent l'arbitrage et les contrats publics ; aussi peut-il paraître assez curieux de s'intéresser à un sujet dont les termes semblent imperméables l'un à l'autre de façon aussi absolue

Sujet controversé en effet que l'arbitrage des contrats publics, ce mode de règlement des différends passant par l'entremise de personnes privées investies de cette mission juridictionnelle du commun accord de parties en litige en fonction des connaissances juridiques ou techniques que peut appeler l'objet du litige², et ayant d'abord été l'apanage du commerce international en raison de la souplesse qu'il permet : notamment une procédure moins formelle que celle devant les tribunaux classiques, l'autonomie de la volonté des parties,

ou encore une célérité certaine dans la mesure où la révision au fond est interdite.

Aux antipodes de la souplesse offerte par l'arbitrage, la notion de contrat public semble pétrie de contraintes. Un rapport symbiotique préside en effet à la qualification du contrat comme étant public, son assujettissement à un régime de droit public et la compétence du juge administratif pour trancher les litiges y étant relatifs³. Il y a donc à première vue trop peu de jeu relativement aux contrats publics pour que ceux-ci puissent s'accommoder de la liberté de l'arbitrage. Les arguments de résistance à l'arbitrage ont cependant pu être battus en brèche par la doctrine, tel un Jean Rivero réfutant l'appellation de « *justice au rabais* »⁴.

Les personnes publiques ayant cependant été amenées à devenir acteurs du commerce international, c'est dans ce mouvement que la porte étroite entre l'arbitrage et les contrats publics s'est entrouverte. C'est au regard du triple constat que d'abord « peu de domaines du commerce international ont échappé à la pénétration de l'arbitrage comme mode de

¹ GIDE, *Les Faux-Monnayeurs*, Gallimard, 1997, p. 328.

² B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, p. 1005.

³ M. AUDIT, *Arbitrage international et contrats publics en France*, in J.- B. AUBY (dir.), *Contrats publics et arbitrage international*, Bruylant, 2011, pp. 115-132.

⁴ J. RIVERO, *Personnes morales de droit public et arbitrage*, *Rev. arb.*, 1973, p. 268.

résolution des litiges »⁵, qu'ensuite les personnes publiques ont pris une part de plus en plus importante aux côtés d'acteurs privés dans les relations commerciales internationales et qu'enfin les entreprises étrangères sont devenues les cocontractants d'entités publiques françaises dans le cadre de marchés publics ou de partenariats, que se justifie notre présent sujet d'étude.

L'inarbitrabilité de principe des contrats publics s'est trouvée graduellement érodée du fait de la multiplication des exceptions permettant la soumission à l'arbitrage de litiges mettant en jeu un contrat public présentant un élément d'extranéité et à la condition que plusieurs critères soient réunis (I). Dans le même temps, s'est posée la question du régime des sentences arbitrales rendues relativement à ces contrats publics – l'arbitrage restant une matière fortement marquée du sceau privatiste – avec comme conséquence la consécration d'un régime disparate tant concernant les recours ouverts contre les sentences arbitrales portant sur des contrats publics qu'au stade de la procédure d'*exequatur* (II).

I. L'ÉROSION DU PRINCIPE DE LA PROHIBITION DE L'ARBITRAGE

Le principe de prohibition de l'arbitrage des contrats publics a connu un premier mouvement d'extension aboutissant à son hypertrophie (A) avant que celui-ci ne soit pris de vitesse par le mouvement d'expansion constante des dérogations (B).

A) L'hypertrophie de la prohibition

La jurisprudence a dégagé le principe de la prohibition du recours à l'arbitrage par les personnes publiques dès le début du XIXe siècle dans un arrêt *Héritier Guérard*⁶. La sanction encourue étant la nullité d'ordre public, et affectant à la fois compromis d'arbitrage⁷ et

⁵ M. de BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly Editions, 1990, p. 5.

⁶ CE, 19 février 1823, *Héritier Guérard*, Rec. 103.

⁷ CE, 8 juillet 1958, *Secrétaire d'État aux Forces Armées* contre Sieur Housseau, Rec. 438.

clauses compromissaires⁸, les sentences qui en découlent sont alors déclarées nulles et ne peuvent être exécutées. La juridiction saisie, même compétente, ne peut dès lors accorder son *exequatur* à une sentence arbitrale nulle et sans effet⁹.

Historiquement, le Conseil d'État a pendant longtemps varié dans la recherche des fondements juridiques de la prohibition, révélant par là que la volonté d'imposer la prohibition était plus affirmée que la justification de ce principe. Ainsi, dans l'arrêt *Héritier Guérard*¹⁰, le Conseil d'État ne faisait aucune référence aux articles 83¹¹ et 1004¹² de l'ancien Code de Procédure Civile (CPC), pas plus que les arrêts *Ville d'Aix-les-Bains*¹³ ou *Ducastaing*¹⁴ ne visaient ni ne citaient les textes, ces jurisprudences énonçant dans des termes différents les motifs de la prohibition de compromettre. Cette incertitude quant au fondement juridique de la prohibition a perduré, notamment avec l'arrêt de principe du Conseil d'État *Société Nationale de Vente de Surplus*¹⁵, qui a fondé la prohibition sur les anciens articles 83 et 1004 du CPC, là où le commissaire du gouvernement Gazier n'y voyait qu'une façade législative. Il semble désormais que la prohibition soit fondée à la fois sur l'existence d'un principe général du droit ainsi que sur les articles 2060¹⁶ et 2061¹⁷ du code civil lesquels, selon l'avis *Eurodisneyland* du Conseil d'État du 6 mars 1986¹⁸, ne feraient que

⁸ CE, 8 mars 1961, *Sté Air Couzinet Transocéanie*, Rec. 162.

⁹ CE, 28 avril 1948, *OPHLM de Seine et Oise*, Rec. 180.

¹⁰ CE, 19 février 1823, *Héritier Guérard*, *op. cit.*, note 6.

¹¹ Interdiction du recours à l'arbitrage pour les contestations concernant « l'ordre public, l'État, le domaine, les communes, les établissements publics ».

¹² Interdiction du recours à l'arbitrage pour les « contestations qui seraient sujettes à communication au Ministère Public ».

¹³ CE, 19 mai 1893, *Ville d'Aix les Bains*, Sirey 1895, III, p.36.

¹⁴ CE, 22 janvier 1904, *Ducastaing*, Rec. 45..

¹⁵ CE Ass., 13 décembre 1957, *Société Nationale de Vente de Surplus*, Rec. 677.

¹⁶ « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans les matières qui intéressent l'ordre public ».

¹⁷ « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

¹⁸ CE, Avis, 6 mars 1986, *Eurodisneyland*, n° 339710.

confirmer les principes généraux du droit français.

Ce déplacement d'un fondement textuel vers un principe général du droit a pu conférer au juge une certaine liberté pour assouplir ou pour étendre la règle et ce quitte à la dénaturer, conduisant à l'hypertrophie de la prohibition du fait de l'extension de son champ d'application.

L'interdiction de l'arbitrage constitue un des rares éléments du statut de la personne publique dont l'application est indifférente au contenu de l'activité, la prohibition pouvant s'appliquer autant aux contrats administratifs des personnes publiques sièges de leurs prérogatives de puissance publique qu'à leurs contrats de droit privé sièges de leur activité commerciale.

La question s'est posée de la pertinence de cette prohibition à l'égard des activités commerciales des personnes publiques (en particulier dans le cadre de l'application du principe aux établissements publics de coopération intercommunale) la prohibition résultant notamment, selon les conclusions du commissaire du gouvernement François Gazier¹⁹, de la garantie par les juridictions administratives de la protection des intérêts publics dont les personnes publiques ont la charge.

Enfin, s'il a pu sembler que la prohibition ne reposait que sur un critère organique, la jurisprudence *Sté Area* en 1989²⁰ a étendu ce principe au critère matériel, en l'appliquant à des contrats conclus entre personnes privées. Cette application de la théorie dite de « l'attraction de la matière » a fait l'objet de vives critiques, tout comme en son temps la jurisprudence *Peyrot*²¹ dont elle est issue. Cette théorie, selon laquelle certaines activités relèvent par nature de l'action publique, emporte la qualification administrative du contrat - bien que celui-ci soit passé entre deux personnes de droit privé - ainsi que l'application du régime y afférent et la compétence du juge administratif. Une correspondance entre le caractère public du litige et l'application de la prohibition était ainsi effectuée par la jurisprudence.

¹⁹ Conclusions sur CE Ass., 13 décembre 1957, Société Nationale de Vente des surplus, *op. cit.*, note 15.

²⁰ CE, 3 mars 1989, *Sté Area*, n° 79532.

²¹ TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, n° 01804.

Néanmoins, le principe de prohibition n'étant pas un principe absolu, il fait l'objet de dérogations, et force est de constater que ces dernières ont progressivement pris de l'ampleur, aboutissant ainsi à une importante érosion du principe.

B) L'expansion constante des dérogations

Le principe n'ayant pas valeur constitutionnelle, mais simple valeur législative²², il peut y être dérogé par le biais de dispositions expresses et spéciales d'une loi dès lors que le législateur estime ces exceptions utiles et nécessaires. La nature législative du principe permet également, en vertu de l'article 55 de la Constitution, que des dérogations soient prévues par des conventions générales ou spéciales, régulièrement ratifiées et publiées²³.

Sans prétendre à une entière exhaustivité, il est possible de distinguer différentes formes de dérogations au principe, soit que la dérogation vise une personne publique identifiée²⁴; qu'elle porte uniquement sur les clauses compromissaires et non les compromis d'arbitrage²⁵; qu'elle porte sur des contrats à vocation internationale²⁶, ou bien qu'elle soit purement interne²⁷. Ces dérogations, bien que tendant à s'accroître, sont demeurées trop parcellaires pour véritablement altérer le principe de prohibition.

L'adoption par l'ordonnance du 17 juin 2004²⁸ de la dérogation générale en matière de contrats de partenariat au principe de la prohibition, tant dans sa dimension organique que matérielle, a pu sembler marquer un tournant avec la reconnaissance du recours à

²² CC, 2 décembre 2004, n° 2004-506 DC, Loi de simplification du droit.

²³ Article 19 du Traité de Cantorbéry autorisant l'État français à souscrire des clauses compromissaires pour l'interprétation ou l'application du Traité ou l'exécution des contrats de concession pour la construction du tunnel sous la Manche.

²⁴ Art. L.2111-14 et L.2141-5 du code des transports autorisant RFF et la SNCF à conclure des conventions d'arbitrage.

²⁵ Art. 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 dite « Loi Eurodisney ».

²⁶ Art. 19 du Traité de Cantorbéry, *op. cit.*, note 23.

²⁷ Art. 128 du code des Marchés Publics.

²⁸ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

l'arbitrage dans les contentieux des contrats publics d'affaires. Si la voie d'une véritable réforme semblait donc se dessiner, les différentes propositions portées par le rapport du 27 mars 2007, dit « Rapport Labetoulle », promouvant l'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats administratifs, n'ont pu être adoptées, ayant été qualifiées de cavaliers législatifs²⁹.

C'est véritablement à l'initiative du Tribunal des Conflits, avec un arrêt du 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale contre Fondation Letten F. Saugstad (INSERM)*³⁰, que le revirement de jurisprudence est venu, avec l'introduction d'une dérogation d'importance pour les contrats publics présentant des éléments d'extranéité. Avant la reconnaissance de cette dérogation, une dissonance existait entre les jurisprudences administrative et judiciaire. Il était acquis auprès de la Cour de cassation depuis l'arrêt *Trésor Public contre Galakis* de 1966³¹ que la prohibition de l'article 2060 du Code civil était dépourvue d'effet en matière internationale dès lors qu'étaient en jeu « les intérêts du commerce international » au sens de l'article 1492 du code civil. Les personnes publiques pouvaient donc compromettre en matière internationale en l'absence d'accord international ou de loi les y habilitant. Cette jurisprudence était appliquée dès lors que la compétence juridictionnelle était celle du juge judiciaire lorsque le contrat était de droit privé³². La jurisprudence administrative adoptait pour sa part une lecture restrictive des dérogations³³. Cet immobilisme résultait à la fois d'une conception très étroite du caractère

international du contrat qui, de fait, annihilait la possibilité de s'en prévaloir, mais aussi du refus de reconnaître qu'un contrat administratif puisse être le siège d'une opération commerciale. Cette position du Conseil d'État était difficilement défendable tant elle paraissait isolée du point de vue du droit comparé et de la violation de la confiance légitime des entreprises étrangères.

L'arrêt *INSERM*³⁴ reconnaît qu'un contrat conclu « entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger », à la condition d'être exécuté sur le territoire français, est « susceptible de mettre en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français ». Le caractère administratif du contrat ne fait donc plus obstacle à ce qu'il soit le siège d'opérations commerciales, étant désormais admis qu'un contrat puisse, tout à la fois, être administratif et constituer une opération du commerce international. En admettant que la jurisprudence administrative adopte la définition extensive du « commerce international » retenue en droit français, il serait alors probable qu'une majorité des contrats administratifs conclus avec des personnes étrangères puissent être soumis à l'arbitrage en cas de litige. Il suffirait que l'opération sous-tendue par le contrat réalise un transfert de fonds, de biens ou de services au travers des frontières nationales. Il faudrait pour qu'un contrat administratif y échappe que le contrat soit dénué de toute dimension économique, ce qui semble pour le moins difficile³⁵.

Dans une certaine mesure, l'élément d'extranéité va permettre aux contrats administratifs de déroger à l'un des éléments fondamentaux de leur statut, mais ne rompt pas totalement le lien entre le contrat administratif et le droit public dans le cadre du contentieux arbitral.

Si l'arbitrabilité des contrats publics a d'abord essentiellement fait figure d'exception en droit français avant d'être consacré en 2010 par le Tribunal des Conflits³⁶, le régime de l'arbitrage relatif à de tels contrats, tel qu'il a été établi par la jurisprudence, demeure disparate.

²⁹ CC, 1er mars 2007, n° 2007-552 DC, Loi portant réforme juridique des majeurs.

³⁰ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, n° 3754, *Rev. arb.*, 2010, p.275 ; *ibid.*, p.253, étude M. AUDIT ; *AJDA*, 2010, p.1047, obs. M.-C. DE MONTECLER, p.1564, étude P. CASSIA ; *D.*, 2010, p.1359, obs. X. DELPECH, *pan.*, p.2330, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE, p. 2633, note S. LEMAIRE, *pan.*, p.2944, obs. T. CLAY ; *Gaz. Pal.*, 2010, p.1642, note M. GUYOMAR, p. 2379, note D. BENSUAUDE ; *JCP*, 2010, p.1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, p. 1204, obs. J. ORTSCHIEDT, p. 2084, obs. B. PLESSIX, p. 2245, obs. Th. CLAY ; *RTD com.*, 2010, p. 525, obs. E. LOQUIN ; *JDI*, 2011, doct. 10, étude E. LOQUIN ; *Proc.*, 2010, comm. n° 274, obs. C. NOURISSAT, *comm.* n° 299, obs. S. DEYGAS ; *RFDA*, 2010, p.959, concl. M. GUYOMAR, p. 971, note P. DELVOLVE ; *RCDIP*, 2010, p. 653, étude M. LAAZOUZI.

³¹ Civ., 1^{er}, 2 mai 1966, *Trésor Public contre Galakis*. *Rev. arb.* 1966, p. 99.

³² TC, 19 mai 1958, *Société Myrtoon Steamship*, n°1645.

³³ CE, Avis, 6 mars, *Eurodisneyland*, *op. cit.*, note 18.

³⁴ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, *op. cit.*, note 30.

³⁵ M. AUDIT, *op. cit.*, note 3, p. 125.

³⁶ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, *op. cit.*, note 30.

II. UN RÉGIME DISPARATE

Le régime de l'arbitrage des contrats publics demeure disparate tant relativement à la procédure de recours contre les sentences (A), qu'au stade de l'*exequatur* de telles sentences (B).

A) Recours contre la sentence arbitrale

(1) Sentence rendue en France

α) Compétence du juge judiciaire

L'arrêt INSERM³⁷ a déterminé la compétence de principe du juge judiciaire pour le contrôle des sentences rendues en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français et mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français. Ce recours porté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue est désigné par le CPC comme étant le recours en annulation.

β) Intensité du contrôle opéré par le juge judiciaire

Conformément à la jurisprudence *SNF c/Cytec*³⁸, venue entériner la jurisprudence *Thalès*³⁹, le contrôle opéré par le juge judiciaire au stade d'un tel recours est un contrôle minimal, l'annulation ne venant sanctionner qu'une violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public international, « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence étant examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public »⁴⁰. L'ordre public international désigne l'ensemble des valeurs internationalement reconnues comme étant fondamentales et qui ne sauraient être évincées ni par les parties ni par les arbitres⁴¹, étant entendu que l'appréciation de

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, *SNF c/ Cytec*, *Bull. civ.*, p. 139.

³⁹ CA Paris, 18 nov. 2004, *Sté Thales c/ Sté Euromissile*, D., 2005, p. 3050.

⁴⁰ M. GUYOMAR, *Conclusions sur TC 17 mai 2010 INSERM*, *Rev. Arb.*, vol. 10, n° 2, p. 290.

⁴¹ *Ibid.*, p. 280.

cet ordre public demeure nationale, chaque État étant « situé » juridiquement et culturellement.

Un arrêt de la Cour de cassation en 2014⁴² est venu préciser que ce contrôle minimal, qui consiste à vérifier que « la solution déduite des qualifications retenues était conforme à l'ordre public »⁴³ était de rigueur même dans l'hypothèse où étaient allégués des actes de corruption, et sans qu'il ne soit fait référence à l'expression de « violation flagrante, effective et concrète ». La Cour de cassation affirme en effet que « le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage », rappelant ainsi la prohibition de la révision au fond et concluant au rejet du recours en annulation au motif que, sous couvert d'une critique de la sentence pour contrariété à l'ordre public, il tendait, « en réalité, à une nouvelle instruction au fond de l'affaire »⁴⁴.

Pour certains, c'est précisément ce « laxisme judiciaire » qui aurait conduit le Tribunal des Conflits avec l'arrêt *INSERM*⁴⁵ et le Conseil d'État avec l'arrêt *Syndicat mixte des aéroports de Charente*⁴⁶, à préserver la compétence du juge administratif pour contrôler les sentences arbitrales internationales relatives à un litige portant sur un contrat administratif relevant d'un régime d'ordre public⁴⁷.

γ) Compétence du juge administratif

⁴² Civ. 1^{ère}, 12 février 2014, *M. Schneider Schaltgerätebau Und Elektroinstallationen c/ Sté CPL Industries Limited*, *Procédures*, 2014, comm. 107, obs. L. WEILLER ; *D. Actualité*, 19 févr. 2014, X. DELPECH ; *JCP G*, 2014, p. 475, note D. MOURALIS.

⁴³ D. MOURALIS, *Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité*, *JCP G*, n°16, 21 avril 2014, p.475. À notre sens, ce contrôle minimal est similaire à celui de *Abbott Laboratories v. Baxter International Inc.*, 2002 WL 467147, N. D. Ill, cf. note 65.

⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 12 février 2014, *M. Schneider Schaltgerätebau Und Elektroinstallationen c/ Sté CPL Industries Limited*, *op. cit.*, note 42.

⁴⁵ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, *op. cit.*, note 30.

⁴⁶ CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, n°352750, *JCP G*, 2013, p. 940, obs. L. ERSTEIN ; *ibid.*, p. 1282, note S. LEMAIRE ; *Gaz. Pal.*, 2013, n° 149, p. 18, note M. GUYOMAR ; *Rev. Lamy Coll. Terr.*, 2013, n° 91, p. 33, note E. GLASER ; *Le Moniteur*, 2013, n° 133, p. 10, note J.-P. JOUGUELET ; *CMP*, 2013, n° 6, p. 20, note P. DEVILLERS ; *D.*, 2013, p. 445, note P. CASSIA ; *AJDA*, 2013, p. 1271, obs. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *DA*, 2013, n° 7, p. 29, note F. BRENET.

⁴⁷ D. MOURALIS, *op. cit.*, note 43.

Le Tribunal des Conflits a assorti la compétence de principe du juge judiciaire d'une exception, le juge administratif ayant compétence exclusive lorsque le recours contre la sentence « intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de celle-ci aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; [...] ces contrats relevant d'un régime administratif de droit public »⁴⁸.

La lecture du considérant de principe du Tribunal des Conflits permet tout à la fois de restreindre la compétence du juge administratif, si l'on s'en tient aux catégories énumérées explicitement, ou de l'étendre, dans l'hypothèse où l'on privilégie au contraire la notion de « contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public »⁴⁹ évoquée, la soumission de ces contrats se faisant alors de façon plus large « à un régime juridique fondé sur des impératifs d'intérêt général, articulés autour de l'ordre public économique »⁵⁰.

La compétence du juge administratif est ici conditionnée par la nécessité que le contrôle qu'il est demandé à la juridiction étatique d'opérer « implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français »⁵¹. S'il y a lieu de penser, dans une approche stricte, que ces règles désignent les seules règles impératives contenues dans les textes applicables aux matières précitées - que l'on s'en tienne aux catégories énumérées expressément ou qu'il s'agisse plus largement des « contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public »⁵² - il faut cependant envisager que ces règles aient également une assise communautaire sur le fondement de l'arrêt *Eco Swiss*⁵³, une juridiction nationale devant faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles communautaires d'ordre public⁵⁴.

⁴⁸ TC, 17 mai 2010, INSERM, *op. cit.*, note 30.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ S. BRACONNIER, *Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux*, RDI, 2010, pp. 551-553.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² TC, 17 mai 2010, INSERM, *op. cit.*, note 30.

⁵³ CJUE, 1er juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV*, aff. C-126-97.

⁵⁴ M. GUYOMAR, *op. cit.*, note 40, p. 289.

L'arrêt du Conseil d'État du 19 avril 2013 *Syndicat mixte des aéroports de Charente*⁵⁵ est venu préciser que, sur le fondement de l'article L.321-2 du Code de Justice Administrative (CJA), ce contrôle de conformité était porté devant le Conseil d'État, cet article précisant que « dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives ».

δ) Intensité du contrôle opéré par le juge administratif

Si l'article L. 321-2 du Code de justice administrative renvoie au Conseil d'État en tant que juridiction d'appel, la méfiance doit être de mise en raison du principe de l'interdiction de la révision au fond des sentences arbitrales. L'intensité du contrôle opéré par le juge administratif n'étant traitée ni par le Tribunal des Conflits en 2010⁵⁶, ni par le Conseil d'État en 2013⁵⁷, la doctrine a fourni un éclairage intéressant sur la question sans pour autant que celle-ci n'ait été tranchée par la suite en droit positif.

Pour M. Audit, si des précédents existent en arbitrage administratif interne permettant le recours en appel ou en cassation d'une sentence arbitrale, cette solution ne devrait pas pour autant être retenue, l'introduction d'une procédure d'appel ou un pourvoi en cassation « [ayant] pour effet d'imposer indirectement au tribunal arbitral la soumission intégrale du contrat au droit administratif »⁵⁸. Or, poursuit l'auteur, si le Tribunal des Conflits a identifié au sein du droit public des règles impératives particulières, c'est parce qu'en dehors de cet ensemble qui demeure indisponible pour la volonté des parties, celles-ci peuvent se référer à un droit étranger ou à des principes du commerce international⁵⁹. Dans la mesure où la sentence appliquant des normes étrangères au droit français ne contrevient pas aux règles impératives, elle devrait être accueillie favorablement, le juge administratif calquant alors son contrôle sur le contrôle minimal

⁵⁵ CE, 7e et 2e sous-sections réunies, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, *op. cit.*, note 46.

⁵⁶ TC, 17 mai 2010, INSERM, *op. cit.*, note 30.

⁵⁷ CE, 7e et 2e sous-sections réunies, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, *op. cit.*, note 46.

⁵⁸ M. AUDIT, *op. cit.*, note 3, pp. 129-130.

⁵⁹ *Ibid.*

effectué par le juge judiciaire en application des règles de l'arbitrage commercial international⁶⁰.

M. Guyomar, pour sa part, embrasse avec fougue l'idée d'un recours au fond, notant en particulier que le « contrôle fort distendu » exercé par la juridiction judiciaire « n'est pas à même d'assurer le plein respect de ces règles impératives »⁶¹. Adoptant une approche relevant plus du droit international privé que du droit administratif, M. Guyomar s'interroge sur la qualification à donner à ces règles impératives, avant d'indiquer sa préférence pour un rattachement de celles-ci à la notion de lois de police, au détriment de celle de « composante de l'ordre public international ». Appréhendées en tant que valeurs intégrées au sein de l'ordre public international, on pouvait en effet sentir implicitement une certaine dilution de ces normes dans ce vaste ensemble, tant en raison de la compétence du juge judiciaire pour en traiter (à notre sens au détriment de leur caractère exorbitant du droit commun) que du fait du contrôle minimal exercé par ce dernier. Dans cette perspective, le « filtre » de l'ordre public international s'avérait mal ajusté aux particularités du droit administratif français, contrairement à celui de la notion voisine de « loi de police », une loi de police étant « applicable même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'État qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement »⁶². De façon intéressante, reconnaître cette qualification aux règles impératives revient à créer une *enclave* d'applicabilité du droit administratif (les lois de police étant appliquées au stade de l'arbitrage par le tribunal arbitral dans l'idée que cela garantit la réception favorable de la sentence au stade de la reconnaissance ou de l'*exequatur*), et par conséquent pourrait constituer un critère de l'extension de la compétence subséquente du juge administratif (même si le juge administratif se déclare pour le moment incompetent dans le cadre d'un recours contre la sentence lorsque celle-ci est rendue à l'étranger).

La référence quelque peu dissonante - en raison de l'emploi de termes en langue étrangère - de M. Guyomar à la théorie du « second look »

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ M. GUYOMAR, *op. cit.*, note 40, p. 291.

⁶² P. MAYER, *Droit international privé*, 6e éd., Montchrestien, 1998, cité par Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. 2.

pour conforter l'idée d'un appel contre la sentence arbitrale nous paraît critiquable, cette théorie d'origine américaine devant être manipulée avec précaution. Si, en effet, l'arrêt de la Cour suprême américaine *Mitsubishi*⁶³, où il était question de l'arbitrabilité de lois de police - en l'occurrence du droit de la concurrence - a engendré cette théorie⁶⁴, elle s'est révélée ne pas prôner une révision au fond⁶⁵, le contrôle opéré ne consistant qu'en la simple vérification par le juge étatique que la question des lois de police avait bien été tranchée, sans pour autant que ne soit vérifiée leur correcte application par le tribunal arbitral.

Une manière de trancher entre les partisans d'une révision au fond et ceux en faveur du recours en annulation serait d'instituer un contrôle accru lorsque sont en jeu certaines règles impératives, ce qui permettrait de préserver la singularité du droit administratif français⁶⁶.

(2) Sentence rendue à l'étranger

L'arrêt du Conseil d'État *Syndicat mixte des aéroports de Charente*⁶⁷ a mis un terme aux incertitudes laissées par l'arrêt *INSERM*⁶⁸ en déterminant que « dans le cas d'une sentence arbitrale rendue par une juridiction siégeant à

⁶³ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

⁶⁴ L'idée erronée selon laquelle la Cour suprême aurait introduit un recours au fond des sentences arbitrales mettant en cause des lois de police est issue de l'affirmation suivante: "having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws, have been addressed."

⁶⁵ Ainsi que cela a été établi dans *Abbott Laboratories v. Baxter International Inc.*, 2002 WL 467147, N. D. Ill., (March 27, 2002), *op. cit.*, note 43: « While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them ». [nous soulignons].

⁶⁶ David D. CARON, *The [Quick] Second Look Doctrine : Twenty-Five-Plus Years after Mitsubishi*, 4th annual Arbitration and National Courts, Conflict and Cooperation, Houston, 13 et 14 mai 2010, avait fait une suggestion en ce sens visant à instituer pour certaines catégories de lois de police un contrôle renforcé.

⁶⁷ CE, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, *op. cit.*, note 46.

⁶⁸ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, *op. cit.*, note 30.

l'étranger, la juridiction administrative française est en revanche incompétente pour connaître d'un recours dirigé contre cette sentence » même si celle-ci concerne un marché public passé par un pouvoir adjudicateur français. Cet arrêt a permis de poser une limite à la compétence du juge administratif relativement à une sentence arbitrale portant sur un contrat public, i.e., celle de « l'extra-territorialité de l'arbitre »⁶⁹. Cette solution découle directement de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui dispose en son article V (1) (e) que des recours contre une sentence arbitrale rendue à l'étranger ne peuvent être formés que devant les juges de l'État du siège du tribunal arbitral⁷⁰.

B) Procédure d'*exequatur*

L'arrêt *Syndicat mixte des aéroports de Charente*⁷¹ est venu apporter une solution duale, le Conseil d'État déterminant que « quel que soit le siège de la juridiction arbitrale qui a statué sur un litige né d'un contrat [relevant d'un régime administratif d'ordre public, conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger], le juge administratif est toujours compétent pour connaître d'une demande tenant à l'*exequatur* de la sentence, dont l'exécution forcée ne saurait être autorisée si elle est contraire à l'ordre public ; [...] une telle demande relev[ant] en premier ressort du tribunal administratif en application de l'article L.311-1 du CJA ». La compétence conférée au juge administratif n'est pas ici « indexée sur l'invocation de règles impératives de droit public contre la sentence litigieuse »⁷². Il faut lire en creux que le juge judiciaire recouvre sa

compétence, au stade de l'*exequatur*, lorsque le contrat « met en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français » (pour reprendre la catégorie dégagée selon les termes de l'arrêt *INSERM*⁷³).

Le Conseil d'État ne dispose pas de règles régissant la procédure d'*exequatur*, là où le CPC en ses articles 1514 et suivants définit de telles modalités⁷⁴. Calquer l'*exequatur* du juge administratif sur la procédure prévue par le CPC « permettrait à l'arbitrage commercial international de recouvrer, sur le fond, une unité de régime que le Tribunal des Conflits lui a fait perdre du point de vue de la compétence juridictionnelle »⁷⁵.

L'arbitrage des contrats publics rend compte de ce que « la réalité [nous] intéresse comme une matière plastique »⁷⁶. Se heurtant initialement à un principe de prohibition absolue, l'arbitrage des contrats publics a été pleinement consacré par la jurisprudence. De nombreuses incertitudes perdurent cependant, au premier rang desquelles figure la question du nécessaire arbitrage à opérer entre un régime inspiré par – ou calqué sur – le CPC, ou un régime autonome et qui pourrait permettre une révision au fond des sentences, afin de préserver le caractère exorbitant du droit public.

*

⁶⁹ S. BRACONNIER, *Arbitrage international dans les marchés publics*, *RDI*, 2013, pp. 362-364.

⁷⁰ S. LEMAIRE, *Sentences arbitrales rendues à l'étranger : le Conseil d'État innove mais ne convainc pas*, *La Semaine Juridique Édition générale* n° 26, 24 juin 2013, p. 748.

⁷¹ CE, 7e et 2e sous-sections réunies, 19 avril 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente*, *op. cit.*, note 46. La jurisprudence administrative a été confortée dans sa position par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 septembre 2013, *Syndicat mixte des aéroports de Charente (Smac) v. Airport Marketing Services (Limited) AMS et autre*. Nous renvoyons en particulier à l'article de M. LAZOUZI, *Incompétence judiciaire pour connaître de l'exequatur des sentences rendues à l'étranger en matière de marchés publics 'français' : la Cour d'appel de Paris rejoint le Conseil d'État*, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 10 septembre 2013, *Rev. Arb.*, 2014, n° 1, pp. 158-167.

⁷² S. LEMAIRE, *op. cit.*, note 70, p. 748.

⁷³ TC, 17 mai 2010, *INSERM*, *op. cit.*, note 30.

⁷⁴ M. AUDIT, *op. cit.*, note 3, p. 131.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ A. GIDE, *op. cit.*, note 1, p. 133.

INDEX

A

ABUS DE POSITION DOMINANTE, 37, 39, 129, 131
ABUS DE POSITION DOMINANTE AUTOMATIQUE, 39
ACHAT PUBLIC, 70
ACTION EN RESPONSABILITÉ, 81, 82
AIDES D'ÉTAT, 38, 42, 43, 44
AIDES D'ÉTAT ET RÉGULATIONS, 157
AMF, 79, 80
ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS, 163
AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 20, 24, 30, 39, 40,
41, 45, 114, 131, 132
AUTORITÉ DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS
FERROVIAIRES, 34
AUTORITÉS DE RÉGULATION: L'INDÉPENDANCE DES
~ EN ALLEMAGNE, 151
AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT, 75

B

BAIL COMMERCIAL SUR LE DOMAINE PUBLIC, 47

C

CJUE: ADHÉSION DE L'UE A LA CEDH, 78
CLAUDE EXORBITANTE, 59
CLÉMENCE, 40
COLLECTIVITÉS TERRITORIALES, 15, 16, 17
COMMANDE PUBLIC, 70
COMMANDE PUBLIQUE, 63
CONCENTRATION, 41
CONCESSIONS AUTOROUTIÈRES, 22, 63
CONFIANCE LÉGITIMES, 6
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF: BILAN DE
L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DES JURIDICTIONS, 76
CONTENTIEUX DE L'EXPROPRIATION, 52
CONTRAT: QUALIFICATION, 59; VIE DES ~, 62
CONTRAT ADMINISTRATIF: POUVOIR DE
RÉSILIATION UNILATÉRALE DE LA PARTIE
PRIVÉE, 102
CONTRATS, 65, 69, 163
CONTROLE DU JUGE, 82
COUR DES COMPTES, 26, 27, 79

D

DÉLAI DE RECOURS, 82
DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC, 86
DIRECTIVE 2014/24 MARCHÉS, 54
DOMAINE PUBLIC, 47, 50, 51, 52, 60
DOMANIALITÉS, 50
DROIT DE LA CONCURRENCE, 39
DROIT DE PROPRIÉTÉ, 7, 10

E

ÉNERGIE, 30, 33, 34; LOI DE TRANSITION
ÉNERGÉTIQUE, 27
ÉTAT ACTIONNAIRE, 14, 16
EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE,
50

F

FACILITÉS ESSENTIELLES, 129
FONDS EUROPÉENS POUR LES INVESTISSEMENTS
STRATÉGIQUES, 17

I

INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES, 119

L

LIBERTÉ CONTRACTUELLE, 9, 10
LIBERTÉS DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE, 5, 9,
10
LIGNES DIRECTRICES, 74
LOI MACRON, 21

M

MARCHÉ DES TRANSPORTS PUBLICS PARTICULIERS,
111
MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS, 69
MARCHÉS PUBLICS, 63, 64, 65, 66, 67
MARCHÉS PUBLICS ET OCCUPATION DU DOMAINE
PUBLIC, 48

N

NON BIS IN IDEM, 72
NUMÉRIQUE, 34

P

PGD, 76
POLITIQUE IMMOBILIÈRE DE L'ÉTAT, 52
PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES, 39
PRINCIPE D'ÉGALITÉ, 9
PRINCIPE SILENCE VAUT ACCORD, 73
PROCÉDURE D'ADJUDICATION, 68
PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES, 23

Q

QPC, 7, 23, 40, 80, 81

R

REDEVANCES AÉROPORTUAIRES, 25
RÉFÉRÉ, 82
RÉFORME FERROVIAIRE, 13
RÉFORME TERRITORIALE, 16
RÉGULATIONS, 29
RÉGULATION BANCAIRE, 29
RÉGULATION DES TAXIS ET DES VOITURES DE
TRANSPORT AVEC CHAUFFEUR, 20
RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE, 81

S

SECTEUR FERROVIAIRE, 17, 18
SÉCURITÉ JURIDIQUE, 6
SIMPLIFICATION DE LA VIE DES ENTREPRISES: À
PROPOS DE L'ARTICLE 43 DE LA LOI N°2014-1545,
134
SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE,
94

T

TARIFS RÉGLEMENTÉS DE VENTE D'ELECTRICITE ET
DE GAZ NATUREL, 24
TÉLÉCOMS, 41, 42
TÉLÉRECOURS, 83
TEST DE L'INVESTISSEUR PRIVÉ, 42, 43
TRANSPORTS, 20, 31, 34
TRIBUNAL DES CONFLITS, 75, 79

U

UNION EUROPÉENNE, 78

V

VIE DES ENTREPRISES, 30
VOIE DE FAIT, 49

TABLE DES MATIÈRES

COMITÉ DE RÉDACTION	i
SOMMAIRE	ii
MOTS DES DIRECTEURS	1
PARTIE 1. VEILLE D'ACTUALITÉ	2
À PROPOS DE LA VEILLE.....	3
1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE.....	4
LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE – LA CANDIDATURE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE À UN CONTRAT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EST SOUMISE À LA DÉMONSTRATION D'UN INTÉRÊT PUBLIC LOCAL	5
SECURITÉ JURIDIQUE ET CONFIANCE LÉGITIME – VERS UNE CONSÉCRATION CONSTITUTIONNELLE ?	6
DROIT DE PROPRIÉTÉ – JURISPRUDENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL	7
BRÈVES.....	9
2. LES ACTEURS DU DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE.....	12
FOCUS : RÉFORME FERROVIAIRE – LA NOUVELLE SNCF, UN GROUPE VERTICALEMENT INTÉGRÉ	13
ETAT ACTIONNAIRE – L'ANNÉE DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE.....	14
LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FACE AUX EMPRUNTS TOXIQUES.....	15
BREVES.....	16
3. RÉGULATION.....	19
FOCUS : LA RÉGULATION DES TAXIS ET DES VOITURES DE TRANSPORT AVEC CHAUFFEUR.....	20
LA LOI POUR LA CROISSANCE, L'ACTIVITÉ ET L'ÉGALITÉ DES CHANCES ÉCONOMIQUES ADOPTÉE APRÈS UNE ANNÉE DE CRISPATIONS.....	21
CONCESSIONS AUTOROUTIÈRES– LUMIÈRES SUR LE DÉSÉQUILIBRE DES RAPPORTS ENTRE L'ÉTAT ET LES SOCIÉTÉS CONCESSIONNAIRES	22
PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES– LE DROIT DE PRÉSENTATION CONSERVE	23
PROFESSIONS JURIDIQUES RÉGLEMENTÉES — CE QU'IN FINE PRÉVOIT LA LOI MACRON.....	23
TARIFS RÉGLEMENTÉS DE VENTE D'ÉLECTRICITÉ ET DE GAZ NATUREL.....	24
REDEVANCES AÉROPORTUAIRES – INDÉPENDANCE DE L'AUTORITÉ DE SUPERVISION INDÉPENDANTE	25
COUR DES COMPTES– L'OUVERTURE A LA CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ	26
COUR DES COMPTES – LES RÉSEAUX DE TRANSPORTS PUBLICS URBAINS DE VOYAGEURS.....	27
ÉNERGIE – ADOPTION DE LA LOI SUR LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE	27
BRÈVES.....	29
4. CONCURRENCE	36
FOCUS : LA COMMISSION ADRESSE UNE COMMUNICATION DE GRIEFS À GOOGLE POUR ABUS DE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ DES COMPARETEURS DE PRIX	37
AIDE D'ÉTAT ET CONTRAT ADMINISTRATIF– INDEMNISATION DES BIENS DE RETOUR NON AMORTIS	38
BRÈVES.....	39

5. PROPRIÉTÉS PUBLIQUES	46
FOCUS : INTERDICTION DU BAIL COMMERCIAL SUR LE DOMAINE PUBLIC ET APPLICATION DE LA LOI PINEL DANS LE TEMPS.....	47
MOBILIER URBAIN – DISTINCTION ENTRE MARCHÉS PUBLICS ET OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC.....	48
VOIE DE FAIT – LA COUR DE CASSATION A REPRIS LA NOUVELLE DÉFINITION DÉGAGÉE PAR LE TRIBUNAL DES CONFLITS	49
BRÈVES.....	50
6. CONTRATS PUBLICS.....	53
FOCUS : LA DIRECTIVE MARCHÉ 2014/24.....	54
QUALIFICATION DU CONTRAT	59
LA VIE DES CONTRATS.....	62
BRÈVES.....	63
7. DROIT ADMINISTRATIF GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX PUBLIC.....	71
FOCUS : LE CUMUL DES POURSUITES POUR MANQUEMENT ET DÉLIT D'INITIÉ EST INCONSTITUTIONNEL	72
PRINCIPE SILENCE VAUT ACCORD : MULTIPLICATION DES EXCEPTIONS AU NOUVEAU PRINCIPE	73
LIGNES DIRECTRICES ET ORIENTATIONS GÉNÉRALES – LES UNES SONT INVOCABLES DEVANT LE JUGE, LES AUTRES NON.....	74
RÉFORME DU TRIBUNAL DES CONFLITS – L'INSTITUTION FAIT PEAU NEUVE.....	75
AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT - LES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT RENDUS PUBLICS.....	75
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF – BILAN DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES POUR 2014	76
PGD- FACULTÉ DU JUGE DE PRONONCER ET DE LIQUIDER DES ASTREINTES À L'ENCONTRE DES PERSONNES PRIVÉES SANS TEXTE.....	76
BRÈVES.....	78
PARTIE 2. ARTICLES	85
LES DROITS D'ENTRÉE DANS LES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC	86
LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE À OPÉRATION UNIQUE : GÉNÈSE, ENJEUX ET PERSPECTIVES D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE INSTITUTIONNALISÉ (PPPI) EN DROIT FRANÇAIS	94
LE POUVOIR DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DE LA PARTIE PRIVÉE À UN CONTRAT ADMINISTRATIF.....	102
TAXIS ET VTC – RERÈGLEMENTER LE MARCHÉ DES TRANSPORTS PUBLICS PARTICULIERS.....	111
THÉORIE DES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES ET DOMAINE PUBLIC : SUCCÈS ET LIMITE DE LA GREFFE D'UNE THÉORIE ÉCONOMIQUE ÉTRANGÈRE	119
LES FACILITÉS ESSENTIELLES DANS LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES.....	129
A PROPOS DE L'ARTICLE 43 DE LA LOI N° 2014-1545 DU 20 DECEMBRE 2014 RELATIVE À LA SIMPLIFICATION DE LA VIE DES ENTREPRISES – ASPECTS DOMANIAUX.....	134
LA MODERNISATION DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES PAR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION	141
L'INDÉPENDANCE DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EN ALLEMAGNE	151
AIDES D'ÉTAT ET RÉGULATIONS-EXEMPLE DE LA COMPATIBILITÉ DES DEUX OBJECTIFS DANS LES COMMUNICATIONS BANCAIRES EN RÉPONSE À LA CRISE DE 2008.....	157
LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE RELATIVE À L'ARBITRAGE DES CONTRATS PUBLICS.....	163
INDEX.....	171

TABLE DES MATIÈRES	173
LE MASTER	176
AUTRES PUBLICATIONS ET ÉVÉNEMENTS DE L'AMDPAS	177

LE MASTER

Le master 2 Droit Public des Affaires est le fruit d'une expérience pionnière et d'une exigence continue

Une expérience pionnière

Lorsque le DESS « *Droit du secteur public économique* » fut créé à l'initiative de Jacqueline MORAND-DEVILLER, en 1989, il s'agissait d'une innovation. L'objectif était triple : rapprocher le droit public et le droit privé, intensifier les relations entre le monde universitaire et le monde professionnel, décloisonner un enseignement encore trop focalisé sur la seule discipline juridique en l'ouvrant aux impératifs économiques.

Aujourd'hui dirigé par MM. Gérard MARCOU et Laurent VIDAL, ce diplôme est demeuré fidèle à ses ambitions initiales, dont l'évolution du droit public des affaires a confirmé la pertinence.

Une exigence continue

Le Master accueille des profils ouverts, pour leur offrir des enseignements interdisciplinaires dispensés par des professeurs et professionnels de renom.

Deux parcours aux débouchés multiples

L'étudiant a l'occasion de se spécialiser au sein des parcours professionnel ou recherche. Pour le premier, il illustre l'expertise juridique acquise au travers des séminaires spécialisés et en stage. Quant au parcours recherche, il est la démonstration d'une habileté supplémentaire : le travail théorique sur les questions actuelles du droit public des affaires.

La réputation de cette formation est aujourd'hui ancrée et entretenue par son réseau d'anciens. Ce master offre à ses titulaires des débouchés multiples. Les anciens étudiants comptent parmi eux : hauts fonctionnaires, avocats, enseignants-chercheurs, cadres d'entreprises et d'organismes d'intérêt général.

AUTRES PUBLICATIONS ET ÉVÉNEMENTS DE L'AMDPAS

L'Association du Master de Droit Public des Affaires de la Sorbonne (AMDPAS) promeut, au travers de ses initiatives, la réflexion sur le droit public de l'économie.

La tenue semestrielle d'une conférence-débat est l'occasion pour les étudiants de rencontrer et d'échanger avec des professionnels sur un sujet d'actualité. Dans le même but, des petits-déjeuners du droit sont organisés mensuellement. Le programme de ces événements est publié sur le site internet de l'AMDPAS.

Chaque semaine, les étudiants du Master 2 DPA de Paris 1 réalisent une veille juridique. Celle-ci couvre l'ensemble du droit public de l'économie. Elle recense les rapports émis et les avis rendus par les différentes institutions, les décisions, arrêts et jugements de la juridiction administrative, voire judiciaire et les articles de doctrine les plus pertinents.

Ces fiches d'actualité sont accessibles aux professionnels du droit qui en font la demande

L'AMDPAS tient à remercier les Directeurs du master, MM. MARCOU et VIDAL, pour leur soutien déterminé à ce premier numéro du Dossier du DPE de la Sorbonne.

**Vous retrouverez
les publications et l'information sur les événements de l'AMDPAS
sur notre site internet :**
<http://www.univ-paris1.fr/associations/amdpes/>