

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Chronique de droit public des affaires (juillet à octobre 2014)

IDOUX PASCALE
KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : IDOUX (P.), KALFLÈCHE (G.), « Chronique de droit public des affaires (juillet à octobre 2014) », *Revue Lamy collectivités territoriales*, n° 106. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Chronique de droit public des affaires (juillet à octobre 2014)

I - Droit des marchés publics

A - Textes et questions parlementaires

La naissance du partenariat d'innovation et autres mesures relatives à l'accès des PME à la commande publique. - On savait que la France voulait anticiper sur certains points la transposition des nouvelles directives relatives aux marchés publics et concessions et c'est ce que fait le *décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics*. Applicable depuis le 1^{er} octobre 2014, ces mesures visent les marchés et accords-cadres au sens du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire à la fois les marchés au sens du code des marchés publics et au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005. Deux aspects des directives 2014/24 et 2014/25 du 26 février 2014 sont ainsi transposés – avant d'être reprises dans la future ordonnance qui abrogera normalement le code des marchés publics – puisque sont visés d'une part les partenariats d'innovation, et d'autre part des mesures des simplifications intéressantes pour les PME.

Le partenariat d'innovation. Le partenariat d'innovation est une nouvelle catégorie de marchés publics désormais définie dans un nouvel article 70-1 du CMP. Son objet est « *la recherche et le développement, ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin* » qui ne peut être satisfait par des biens sur le marché. Ce « *partenariat* » est marqué par une procédure en phases successives : d'abord une ou plusieurs phases pour la recherche, ensuite une ou plusieurs phases pour l'acquisition du résultat de la recherche et du développement. La qualification de partenariat est donc liée à la fois à la longueur du processus d'achat, et aux échanges entre le pouvoir adjudicateur et la – ou les – entreprises participant (chacune avec un contrat). À chaque phase, le pouvoir adjudicateur peut arrêter le partenariat avec un, plusieurs, ou tous les cocontractants. On voit là toute la nouveauté par rapport aux marchés de recherche et développement ou « *achats publics avant commercialisation* » qui ne font qu'anticiper un marché postérieur pour l'achat lui-même. Dans l'hypothèse des partenariats d'innovation, les candidats à la recherche sont aussi les seuls qui peuvent emporter le marché de la réalisation *in fine*.

L'objectif de ces partenariats d'innovation est donc double. Pour la personne publique, elle permet un achat très particulier et innovant, avec un travail continu en partenariat avec les entreprises. Il ne s'agit donc pas de faire une meilleure détermination des besoins au fil du marché, mais aussi d'avoir des solutions auxquelles seule l'entreprise aurait pu penser du fait de son expertise. On peut notamment penser à des marchés relatifs à l'environnement comme des bâtiments à faible empreinte écologique ou à des marchés de fourniture d'énergie propre. Pour l'économie globale, le partenariat d'innovation a aussi un intérêt en ce qu'il permet de financer de la recherche et de l'innovation privées. La Commission européenne comme le ministère de l'Économie et des Finances y voient un levier de croissance important. On peut en effet espérer que cette nouvelle procédure fera florès, mais il est aussi à craindre que cela ne soit pas le cas, au moins dans les mois à venir. En effet, il faudra des acheteurs publics eux-mêmes innovants pour se lancer dans une procédure qui, non contente d'être nouvelle – ce qui est en soi un frein

– est aussi relativement complexe. Non pas parce qu'elle apparaît comme difficile sur le plan administratif, mais parce qu'elle laisse beaucoup de liberté aux acheteurs qui devront effectuer des choix importants (choix techniques, choix d'exclure ou non un candidat) à chaque étape de la procédure. De manière un peu paradoxale, des assistants maîtrise d'ouvrage – tant juridique que techniques – seront donc souvent nécessaires pour aider les collectivités dans ces choix. Il faut espérer que les collectivités aux directeurs de la commande publique ou aux directeurs juridiques de qualité sauront s'approprier l'outil qui peut apporter le meilleur, la fiche technique du ministère pourra peut-être aider en cela. On notera d'ailleurs que le droit de l'Union comme le droit français laissent l'innovation s'exprimer puisqu'aucun objet n'est exclu : travaux, fourniture ou services. Il pourra s'agir d'un immeuble innovant comme d'un logiciel ou d'un outil. En réalité, si l'on analyse les considérants et le texte des directives, il faut bien reconnaître que ces partenariats d'innovation ont pour objet de développer notamment les PME innovantes, les *start-ups*, avec l'espoir de voir naître des géants français et européens comme c'est le cas dans la Silicon Valley, et cela grâce à l'initiative publique.

Les dispositions favorables aux PME. Outre le développement de certaines PME grâce aux Partenariats d'innovation, deux autres principales mesures sont favorables à l'ensemble des autres petites et moyennes entreprises. Il s'agit premièrement d'un plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible pour candidater. On le sait, afin de garantir l'achèvement du marché, le pouvoir adjudicateur peut exiger des niveaux de capacités (techniques, financières) que doit remplir une entreprise pour répondre à un appel à candidatures. Ceux-ci doivent, au terme du code des marchés publics, être proportionnés au marché. Afin d'éviter des exigences trop grandes qui gênent l'accès des PME aux marchés publics, le décret précise une limite à cette exigence de proportionnalité : le chiffre d'affaires exigé de l'entreprise ne doit pas dépasser deux fois le montant estimé du marché. Il faut espérer que cette limite maximale ne devienne pas en pratique la règle, sans quoi il y aurait à l'inverse eu globalement une augmentation des sommes exigées. La deuxième réforme – bienheureuse – consiste en un allègement du dossier de candidature. Le décret prévoit en effet non seulement que les pouvoirs adjudicateurs ne demandent pas aux entreprises des documents qu'ils peuvent avoir gratuitement sur Internet, mais aussi que les personnes publiques ne redemandent pas un document que l'entreprise leur a déjà donné. C'est le principe appelé par l'Union européenne « *dites-le nous une seule fois* », une sorte de version moderne et améliorée du guichet unique. Les pouvoirs adjudicateurs vont donc devoir maintenir à jour une base de données des documents par entreprise (et vérifier qu'ils sont à jour au moment du nouveau marché), ce qui est effectivement très favorable aux PME qui se plaignent souvent d'un « *impôt papier* » important.

Égalité femme-homme et contrat de la commande publique : de nouvelles conditions pour soumissionner. La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* contient un article 16 directement en lien avec le droit de la commande publique. Afin de mettre plus de contraintes sur l'obligation de respecter la parité, les contrats publics apparaissent comme un levier efficace – pour prendre une expression à la mode – en interdisant l'accès aux contrats de la commande publique à des personnes condamnées à certaines infractions ou n'ayant pas rempli des obligations garantissant l'absence de discrimination.

(In)égalité entre les contrats de la commande publique ? Les infractions interdisant déjà la soumission à des marchés publics sont réparties entre différents textes : d'une part l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics dont la liste d'exception est aussi applicable aux marchés publics au sens du code, puisque l'article 43 du code renvoie à l'article 38 de l'ordonnance, lui-même renvoyant à l'article 8 du même texte.

Les nouvelles obligations s'ajoutent donc à ces listes. D'autre part, la loi étend aussi expressément ces nouvelles obligations limitant les possibilités de soumissionner aux délégations de service public en insérant un renvoi à l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005 à l'article 38 de la loi Sapin. Enfin, l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats contient elle aussi, à son article 4, une liste à laquelle les obligations sont aussi ajoutées. On notera qu'étrangement, cela signifie que l'interdiction de soumissionner du fait de ces nouvelles obligations ne s'applique ni aux délégations de services publics, ni aux contrats de partenariat des collectivités territoriales puisque le CGCT n'est pas modifié, mais que seules les lois, désormais applicables à l'État seulement, le sont. Ces limites ne s'appliquent pas plus d'ailleurs à d'autres contrats comme les concessions de travaux publics dont l'ordonnance n'est pas modifiée. L'unification de ce type de dispositions dans un nouveau code de la commande publique devient urgente. Comment peut-on justifier que des infractions ou obligations non respectées puissent empêcher de soumissionner à certains de ces contrats publics et pas à d'autres ?

Quelles infractions et situations sont ajoutées ? La loi du 4 août 2014 ajoute trois types d'infractions et situations aux listes interdisant aux personnes condamnées à soumissionner aux contrats susvisés. Il s'agit d'abord du délit visé à l'article L. 1146-1 c. travail relatif à la méconnaissance des dispositions d'égalité entre femme et homme des articles L. 1141-1 et -2 du même code (pouvant aller jusqu'à 1 an d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende). Il s'agit ensuite du délit de discrimination de l'article L. 225-1 Code pénal. Les personnes condamnées depuis moins de 5 ans se voient donc interdire de soumissionner, sachant que les discriminations dépassent largement la discrimination en raison du sexe et touchent notamment le handicap, la santé, la religion, l'ethnie... Il s'agit enfin d'une situation (et non juridiquement d'une infraction) : ne pourront soumissionner les entreprises de moins de 50 salariés qui n'ont pas entrepris les négociations sur l'égalité homme-femme prévues à l'article L. 2242-5 c. travail avant la fin de l'année précédant le marché. Une possibilité de régularisation est heureusement offerte dans cette hypothèse, et cela d'autant plus facilement que l'article ne demande qu'une ouverture des négociations, non la conclusion d'un accord.

Ces dispositions entreront en vigueur le 1^{er} décembre 2014 et les formulaires officiels devraient être mis à jour d'ici là. L'égalité de sexes vaut certainement quelques déclarations sur l'honneur de plus.

Question parlementaire relative à la compétence d'un maire à passer des avenants aux marchés publics de la commune lorsque ceux-ci ont été initialement souscrits par le conseil municipal (question n° 12527 JO Sénat 17/07/2014 p. 1700 ; réponse JO 25/09/2014 p. 2210). Une question de M. Cardoux soulève une imprécision juridique relative à la compétence pour signer les avenants : l'article L. 2122-22-4° CGCT précise que la délégation accordée par le conseil municipal au maire pour signer les marchés s'étend aux avenants, alors qu'une précédente réponse ministérielle estimait que le conseil municipal pouvait ne pas étendre sa délégation aux avenants. Le ministère confirme dans sa réponse l'interprétation qu'il faisait de l'article du CGCT : si une délégation au maire est possible et que l'article la prévoit largement (« *toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés [...] ainsi que toute décision concernant leurs avenants* »), c'est bien au conseil municipal d'en fixer les limites, notamment pour la liberté de conclure les avenants.

Le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics a été mis à jour le 26 septembre 2014. Le guide des bonnes pratiques, bien qu'il précise lui-même n'avoir « *aucune portée réglementaire* » est malgré tout marqué par l'expérience et l'expertise des membres du service juridique du Ministère. Cette nouvelle version n'est pas réécrite, mais elle est mise à jour au regard des dernières évolutions

jurisprudentielles et législatives. Ces modifications touchent notamment la lutte contre les retards de paiement (Loi du 28 janvier et décret du 29 mars 2013) et le travail dissimulé (loi du 10 juillet 2014), les obligations en matière d'assurance décennale ou d'égalité homme-femme, ainsi que les mesures de simplifications ou la mise en place du partenariat d'innovation (cf. ci-dessus). On retrouve aussi, parmi les arrêts récents, les décisions du 4 avril 2014 *Département du Tarn-et-Garonne* (n° 358994) commenté dans cette chronique au dernier numéro (*Voir aussi RLCT2014/101, commentaires de Brameret S., n° 2687 et Glaser E., n° 2689*), ou celle du 6 novembre 2013 *Commune de Marsannay-la-Côte* (n° 365079) (*Le « in house » après l'arrêt « Marsannay-la-Côte » et les nouvelles directives communautaires, Sestier J.-F., RLCT 2014/98, n° 2627*).

B) *Jurisprudence*

Laïcité en prison : la question des conditions de la fourniture de repas « halal » – Conseil d'État, 16 juillet 2014, M. A B, n° 377145. Le Conseil d'État vient, par cet arrêt, suspendre une décision du tribunal administratif de Grenoble (*TA Grenoble, 7 nov. 2013, n° 1302502*) ayant enjoint au Centre pénitentiaire de Saint-Quentin-Fallavier de proposer des repas contenant de la viande halal à ses détenus musulmans dans un délai de trois mois ; jugement dont la Cour administrative d'appel de Lyon (*CAA Lyon, 20 mars 2014, n° 14LY00115*) avait refusé la suspension. Cette suspension a été demandée par le ministre en application de l'article R. 811-17 CJA qui prévoit qu'une telle mesure peut être prise en attendant le jugement au fond « *si l'exécution de la décision de première instance attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent sérieux en l'état de l'instruction* ». Le Conseil d'État estime que le coût de cette obligation de repas « *halal* » serait élevé, que le service soit géré en régie ou délégué, et que les travaux seraient matériellement difficiles à réaliser si cela devait être fait en régie. Par ailleurs, une fois cette possibilité de repas halal ouverte, il serait difficile de revenir à la situation antérieure. Ces considérations le conduisent à estimer ces obligations d'exécution « *difficilement réversibles* », ce qui correspond à la première condition de l'article R. 811-17 CJA. Le Conseil d'État juge par ailleurs que la seconde condition touchant aux moyens sérieux est aussi remplie tant pour ce qui concerne le moyen soulevé de la compatibilité de la mesure avec la laïcité, que pour celui de la compatibilité de ces mesures avec les « *les exigences de la détention* ». La solution est donc en suspens, mais on peut facilement imaginer ce qu'elle pourrait avoir comme conséquences sur les marchés publics et concessions, non seulement en prison, mais aussi pour un grand nombre de services publics. À n'en pas douter, l'arrêt de la Cour administrative – et l'éventuel recours – est attendu impatiemment.

Pas d'indemnisation pour perte de chance d'une entreprise ayant fait une offre non conforme – Conseil d'État, 8 octobre 2014, SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey, n° 370990. Les offres non conformes sont l'une des plaies de la commande publique. Ni l'entreprise – qui a travaillé à préparer son offre pour rien – ni la personne publique – qui se retrouve tantôt avec un marché infructueux, tantôt avec la meilleure offre exclue – ne peuvent se satisfaire de ces situations. Dans l'arrêt commenté, le requérant, un groupement d'entreprises évincé, avait déposé une offre déclarée irrecevable et écarté de la procédure. Il demande cependant une indemnité pour perte de chance en se fondant sur fait que l'entreprise retenue avait elle aussi initialement fait une offre irrecevable, mais avait été autorisée par le pouvoir adjudicateur à rectifier son offre et à purger son offre de son irrecevabilité. La Cour administrative d'appel de Lyon avait estimé, aux vues de ces circonstances, que le groupement d'entreprises évincé avait été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché et avait condamné le SIVOM ayant passé le marché à indemniser les membres dudit groupement. Le Conseil d'État prend le contrepied de la Cour en estimant

qu'un candidat ayant posé une offre non conforme ne pouvait en tout état de cause bénéficier d'une indemnisation pour perte de chance. Si la solution semble moins marquée par l'équité que celle de la CAA, elle est effectivement marquée par la légalité : le groupement évincé n'avait aucune chance légale de remporter le concours, et le fait qu'un autre candidat l'ait eu illégalement n'a pas rendu son offre plus conforme. Le Conseil d'État rappelle ainsi, comme le font d'autres CAA (*CAA Bordeaux, 16 oct. 2012, Sté A Frères, n° 11BX03102*), que l'égalité de traitement des candidats ne doit pas conduire à couvrir des illégalités. Heureusement.

Secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence et droit à un recours juridictionnel effectif garanti par les droits internes, internationaux et européens – Conseil d'État, 10 octobre 2014, Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées, n° 367807. Le droit à un recours juridictionnel effectif est garanti par les trois principales déclarations de droits applicables en France : la Déclaration de 1789, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Et pourtant, le secret des affaires justifie parfois que l'on ne divulgue pas des éléments à un adversaire, portant ce faisant atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. C'est un compromis entre ces deux situations qu'organisait l'article R. 464-29 du code de commerce que le Conseil d'État enjoint au Premier ministre d'abroger dans cet arrêt. L'article prévoyait en effet que le rapporteur général du Conseil de la concurrence pouvait refuser la communication de certains documents ou partie de documents à des parties à un contentieux de la concurrence porté devant ce conseil. Le Conseil d'État va proposer une solution plus fine selon la décision du rapporteur général. S'il refuse l'accès à des documents, le Conseil d'État estime que cette décision ne peut être contestée qu'à l'issue du prononcé de la décision par le Conseil de la concurrence. S'il accepte l'accès à des documents, cette décision doit en revanche pouvoir être contestée immédiatement, du fait du « *préjudice grave et potentiellement irréversible* » que peut subir l'entreprise dont le secret est divulgué. La décision du rapporteur devant le Conseil de la concurrence – décision administrative – doit donc pouvoir être contestée immédiatement par un recours en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État. Celui-ci est alors garant de l'équilibre entre le recours effectif et le secret des affaires.

L'explication apportée par une entreprise à une offre qu'un pouvoir adjudicateur trouve anormalement basse doit être précise, sous peine de justifier une éviction – Conseil d'État, 17 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, n° 378434. Les pouvoirs adjudicateurs estimant qu'une offre pourrait être qualifiée « *d'anormalement basse* » doivent, au titre des articles 55 et 142 CMP, demander à l'entreprise « *par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifi[er] les justifications fournies* » avant de rejeter l'offre par une décision motivée, ou bien de l'accepter. L'arrêt du Conseil d'État du 17 octobre vient confirmer que l'entreprise qui se contente de justifier ses prix par sa longue expérience et par et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir adjudicateur ne donne pas une justification suffisante. Il en résulte que le pouvoir adjudicateur a alors la possibilité de déclarer l'offre anormalement basse. Il y a là une application du principe *nemo auditur* tout à fait logique. On notera que le considérant 5 de l'arrêt donne des explications à ce droit des offres anormalement basses de l'article 55 CMP en estimant que les offres anormalement basses portent atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public et qu'elles compromettent la bonne exécution du marché. Cf. aussi la fiche de la DAJ « *l'offre anormalement basse* », mise à jour le 9 septembre 2014.

G.K.

II – AIDES D'ÉTAT, CONCURRENCE, RÉGULATION

A – Textes

Gouvernance et opérations sur le capital des entreprises à participation publique. L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique vise à simplifier et moderniser les règles de gouvernance des entreprises à participation publique comme les opérations portant sur leur capital. Il en résulte globalement une banalisation et une simplification du régime juridique applicable, sous réserve des spécificités dont l'utilité demeure reconnue. Un décret n° 2014-949 complète le dispositif au sujet de la désignation de certains membres des organes de direction.

Régulation ferroviaire. La loi du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire organise une restructuration des opérateurs ferroviaires. Les établissements publics SNCF et Réseau Ferré de France sont regroupés au sein d'un « *Groupe public ferroviaire* » dont les activités de gestion du réseau devront toutefois être séparées des activités de prestation de service, progressivement ouvertes à la concurrence. L'Autorité de régulation des activités ferroviaires, créée en 2009, voit le statut de ses membres et son organisation interne modifiés. Il s'agit de renforcer le professionnalisme et les garanties d'impartialité des membres du collège, ainsi que d'organiser le prononcé des sanctions conformément aux exigences renforcées d'impartialité structurelle. En dépit d'hésitations lors de la préparation du texte, le rôle de l'ARAF sort renforcé de cette réforme.

Nouveaux règlements d'exemption par catégories : règlement général (*Comm. UE, règl. UE n° 651/2014 du 17 juin 2014 : JOUE n° L 187, 26 juin 2014*) et sectoriels, notamment dans le secteur agricole (*comm. UE, communiqué IP/14/714, 25 juin 2014*).

Aménagement commercial : le permis de construire tiendra désormais lieu d'autorisation d'aménagement commercial. En cette matière, il ne pourra être délivré qu'après avis conforme de la Commission départementale ou nationale d'aménagement commercial. La réforme entre en vigueur au plus tard le 20 décembre 2014 (L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises).

B – Décisions, avis, circulaires

1 – Aides d'État

Nouvelles lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (*JOUE n° C 249, 31 juill. 2014, p. 1*). Comme auparavant, ce type d'aide doit être réservé aux entreprises susceptibles d'être restructurées, ne doit pas être récurrente et ses effets anticoncurrentiels doivent être compensés. La principale nouveauté réside dans l'instauration de nouvelles mesures de soutien temporaire à la restructuration afin de pallier les difficultés liées aux besoins des PME en liquidité.

Charte d'engagements réciproques entre l'État, le mouvement associatif et les collectivités territoriales signée le 14 février 2014 entre le Premier ministre, la présidente du Mouvement associatif, le président de l'Assemblée des maires de France (AMF), le président de l'Assemblée des départements

de France (ADF), le président de l'Assemblée des régions de France (ARF), le président de l'Association des maires des grandes villes de France (AMGVF), la présidente du Réseau des collectivités territoriales pour une économie solidaire (RTES) : www.associations.gouv.fr.

Aides au secteur aérien. Six décisions relatives à des aides publiques octroyées à des aéroports et à des compagnies aériennes en France et en Allemagne appliquent les nouvelles lignes directrices de février 2014 (IP/14/172). (*Comm. UE, communiqué de presse IP/14/863, 23 juill. 2014*).

Energie. Destiné à garantir l'approvisionnement aux heures de pointe, le marché de capacité britannique est validé par la Commission, qui ne le qualifie pas d'aide d'État incompatible avec le marché (*Comm. UE, communiqué de presse IP/14/865 du 23 juillet 2014*). De même, le soutien allemand aux énergies renouvelables est jugé compatible avec le droit de l'Union (*Comm. UE, communiqué de presse IP/14/867 du 23 juillet 2014*).

2 – Contrôle de la structure du marché

Livre blanc sur l'amélioration du contrôle des concentrations. L'essentiel des développements est consacré au contrôle des participations minoritaires, aux procédures de renvoi à l'intérieur du réseau de concurrence, ainsi qu'à la simplification des procédures et à l'amélioration de la convergence et de la cohérence du contrôle européen des concentrations. (*Comm. UE communiqué IP/14/801 du 9 juillet 2014*).

Refus de la transformation de chaînes payantes en chaînes gratuites. Dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi du 15 novembre 2013, le CSA a instruit la demande de transformation en chaînes gratuites de trois chaînes payantes. Après consultation de l'Autorité de la concurrence, le régulateur de l'audiovisuel rend trois décisions négatives, motivées par le risque de déstabilisation du secteur, en particulier du fait des limites des ressources publicitaires sur lesquelles repose le financement des chaînes de TNT gratuite (*CSA, déc. N° 2014-357 et 2014-358 du 29 juillet 2014 ; Autorité de la concurrence, avis n° 14-A-07 du 18 juin 2014*).

Recommandations pour la régulation du secteur des autoroutes. L'Autorité de la concurrence analyse la situation des sociétés concessionnaires d'autoroutes après leur privatisation et formule des recommandations pour un renforcement de la régulation du secteur, une amélioration de la concurrence dans les appels d'offres des concessionnaires et une renégociation du Plan de relance autoroutier qui serait excessivement favorables à ces sociétés, au détriment des usagers et de l'État (*Autorité de la concurrence, 17 septembre 2014, avis 14-A-13*).

C – Jurisprudence

1 – Aides d'État

Notion de SIEG. L'élimination des déchets animaux n'est pas en l'espèce qualifiée de SIEG (*Trib. UE, 16 juil. 2014, aff. T-295/12, Allemagne c/ commission et aff. T-309/12, Zweckverband Tierkörperbeseitigung*), contrairement au service audiovisuel public (*Trib. UE, 11 juill. 2014, aff. T-533/10, DTS Distribuidora de Television Digital et aff. T-151/11, Telefonica de Espana*).

Notion d'aide. La Cour confirme que l'exonération de taxe foncière consentie à une entreprise – publique

en l'occurrence – est susceptible de constituer une aide d'État (CJUE, 7^{ème} ch., 9 oct. 2014, aff. C-522/13, *Ministerio de Defensa et Navantia SA*).

Régime juridique des aides à la construction d'un complexe cinématographique. La communication de la Commission sur les aides au cinéma n'a pas vocation à s'appliquer à la construction et au fonctionnement d'un complexe de nouveaux studios de grande taille ne visant nullement la conservation du patrimoine cinématographique. Le droit commun des aides d'État est en revanche appliqué, y compris le critère de l'investisseur privé en économie de marché (Trib. UE, 3 juill. 2014, aff. jointes T-319/12 et T-321/12, *Espagne, Ciudad de la Luz*).

Illégalité des aides versées à la SNCM lors de sa privatisation. La Cour confirme l'illégalité des aides versées à la SNCM lors de sa privatisation et l'annulation de la décision en sens contraire de la Commission (CJUE, 4 sept. 2014, aff. C-533-12 P et C-536-12 P, *SNCM SA/Corsica Ferries France SAS et France/ Corsica Ferries France SAS*).

2 - Liberté du commerce et de l'industrie

Prise en charge publique de services d'aide à domicile. La création par un département d'une SEM dédiée à la gestion de services d'aide à domicile est compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où, même en présence d'une concurrence privée, il existe un motif d'intérêt public au soutien de cette initiative, qui ne contrevient par ailleurs ni aux règles de mise en concurrence, ni au droit des aides publiques (*TA Toulouse*, 8 avril 2014, n° 1003612, n° 1003613 et n° 1004573).

3 – Régulation

Relèvement d'une sanction administrative prononcée en méconnaissance de la Convention européenne des droits de l'homme. L'exécution d'un arrêt de la Cour constatant une violation de la convention ne peut pas entraîner la remise en cause d'une décision passée en force de chose jugée. En revanche, un tel constat fait partie des circonstances nouvelles susceptibles d'entraîner le relèvement d'une sanction administrative qui continue de produire ses effets – par exemple, une interdiction professionnelle définitive ou de très longue durée, autrement dit, la suppression de ses effets pour l'avenir. Il appartient à l'autorité administrative initialement investie du pouvoir de sanction, lorsqu'elle est saisie d'une demande en ce sens et que la sanction prononcée continue de produire ses effets, d'apprécier si la poursuite de l'exécution de cette sanction méconnaît les exigences de la convention et, dans ce cas, d'y mettre fin, en tout ou en partie, eu égard aux intérêts dont elle a la charge, aux motifs de la sanction et à la gravité de ses effets, ainsi qu'à la nature et à la gravité des manquements constatés par la Cour. Comme l'ont souligné les conclusions du rapporteur public, le relèvement de la sanction ne sera toutefois pas possible dans l'hypothèse où celle-ci aura été réformée à l'issue d'un recours de pleine juridiction (*CE, Ass.*, 30 juill. 2014, n° 358564, *M.V.*).

D – Rapports

Rapport d'information sur la politique européenne de concurrence (*AN, comm. Aff. eur., rapp. N° 2105 du 8 juillet 2014*)

P.I.

III) PARTENARIATS, VALORISATION DU DOMAINE

A – Textes

SEM à opération unique. La loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JO 2 juill. 2014 (voir aussi *La Sem à Opération unique*, Frankenstein juridique, Brameret, S., RLCT2014/105, n° 2782) crée une nouvelle catégorie de SEM, surnommée « SEMOP » (CGCT, art. L. 1541-1 à L. 1541-3). L'objectif poursuivi consiste à permettre aux acteurs publics français d'exploiter la possibilité reconnue par la jurisprudence Acoset SpA (CJCE, 15 octobre 2009), consistant pour une collectivité à choisir après mise en concurrence un partenaire actionnaire nommé « *actionnaire opérateur* » pour constituer une SEM à laquelle sera confiée une mission unique sans nouvelle mise en concurrence. Il s'agira soit de la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit de la gestion d'un service public, pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ; soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités. Outre la mise en concurrence initiale lors du choix de l'actionnaire opérateur, la spécificité de la SEMOP réside essentiellement dans sa vocation unique qui induit qu'elle est dissoute de plein droit au terme du contrat, par la réalisation ou l'expiration de son objet. La loi autorise en outre l'actionnariat public minoritaire puisque la collectivité doit détenir entre 34 et 85 % du capital et des droits de vote. L'actionnaire opérateur – qui peut être public – et les éventuels autres actionnaires se partagent le reste du capital.

Fonds de commerce sur le domaine public. Jusqu'ici exclue sur le domaine public en vertu du caractère précaire et révocable des autorisations d'occupation domaniale, la constitution d'un fonds de commerce est désormais rendue possible par les *articles L. 2224-18 du CGCT et L. 2124-32-1 et suivants du CGPPP*, sous réserve de l'existence d'une clientèle propre (*L. n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, JO 19 juin 2014, texte n° 1*).

Codification. Le décret portant cinquième partie réglementaire du Code général de la propriété des personnes publiques est paru. Il s'agit de la mise en œuvre des dispositions légales applicables à l'outre mer (*Décret n° 2014-930 du 19 août 2014, JO du 22 août 2014*).

Implantation d'infrastructures de recharge de véhicules électriques sur le domaine public. La loi facilite le déploiement d'un réseau d'infrastructures de recharge de véhicules électriques sur l'espace public. Lorsqu'elle relève d'un projet de dimension nationale, une telle occupation est susceptible d'être dispensée du paiement d'une redevance par dérogation au principe posé par l'article L. 2125-1 du CGCT, la décision appartenant au ministre chargé de l'industrie et de l'écologie, après concertation entre toutes les parties intéressées. (*Loi n° 2014-877 du 4 août 2014, JO du 6 août 2014*).

B – Jurisprudence

1 - Partenariats

Illégalité du recours au contrat de partenariat faute de complexité suffisante du projet. La complexité des procédés techniques à mettre en œuvre pour mener à bien un projet public ne suffit pas à

établir la complexité du projet au sens de la législation encadrant le recours aux contrats de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins (*CE, 30 juillet 2014, n° 363007, Commune de Biarritz, voir commentaire Recours au contrat de partenariat et critère de la complexité, Glaser E., RLCT2014/105, n° 2784*).

Responsabilité de l'État pour manquement à ses engagements conventionnels. La possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de l'État pour manquement aux engagements financiers souscrits envers ses partenaires publics dans un contrat (*TA Toulouse, 11 juillet 2014, n° 1004809, Région Midi-Pyrénées*).

2 – Domaine

Occupation du domaine public routier par les opérateurs de réseaux de télécommunications. Seule l'incompatibilité de l'occupation avec l'affectation du domaine public routier peut justifier un refus de passage aux exploitants de réseaux de télécommunications autorisés à établir les réseaux ouverts au public (*CE, 2 juillet 2014, n° 360848, Sté Colt Technology Services*).

Propriété des biens réalisés sur le domaine privé par l'occupant. L'accession à la propriété des biens construits par un tiers sur le terrain d'un propriétaire ne peut avoir lieu qu'à l'expiration du bail le liant à ce tiers, sauf stipulations contraires. Cette solution vaut notamment sur le domaine privé des personnes publiques (*CE, 23 juillet 2014, n° 364490, Sté Fibres*).

C – Rapports

Contrats de partenariat : Un rapport parlementaire formule des critiques et des recommandations pour une meilleure utilisation des contrats de partenariats, resserrée autour des hypothèses où elle est justifiée et budgétairement soutenable, avec l'appui d'une évaluation préalable indépendante (*H. Portelli et J.-P. Sueur, Rapp. Sénat, n° 733, 16 juill. 2014, Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*).
P.I.