

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 4) : (juin - novembre 2012)

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 4) : (juin - novembre 2012) », *Europe*, n° 12, 2012. [Note de jurisprudence]

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

Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (chronique 4) : (juin - novembre 2012)

Les secteurs en réseaux sont au cœur des questions soulevées devant le juge administratif et relatives au droit de l'Union. En droit de l'énergie d'abord, les tarifs réglementés du gaz et de l'électricité ont fait l'objet de contentieux démontrant à la fois la difficulté d'avoir une approche purement concurrentielle de ce secteur marqué par des enjeux sociaux, et l'apport du droit de l'Union sur la transparence des tarifs. En droit des transports ensuite, la liaison Corse-continent démontre que les subventions habituellement incluses dans les contrats publics sont soumises au droit des aides et l'aéroport Notre-Dame des Landes qu'elles ne le sont parfois pas.

1. Droit de l'énergie

1. - Tarif réglementé du gaz, droit de la concurrence, régulation tarifaire, marché intérieur du gaz, obligations de service public. - CE, 10 juill. 2012, n° 353555 et 353356, SA GDF Suez et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) : JurisData n° 2011-015619 ; Dr. adm. 2012, comm. 85, note M. Bazex. Une chronique peut parfois faire office de feuilleton juridique pour qui veut bien en suivre les différents épisodes. Tel est le cas de celle-ci concernant les recours en matière de tarifs réglementés du gaz qui se sont multipliés ces derniers mois du fait de deux éléments conjugués : la hausse des matières premières et les échéances électorales, ces dernières empêchant que l'on tire les conséquences normales des premières. Conformément au droit de l'Union (CJUE, 20 avr. 2010, aff. C-265/08, *Federutility*), le droit français a mis en place une procédure de tarifs réglementés pour le gaz. Celle-ci, que l'on peut trouver à l'article L. 445-3 du nouveau Code de l'énergie de 2011 et dans le décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 (*JO 22 déc. 2009, p. 22082*), se déroule en deux temps : les ministres de l'Économie et de l'Énergie prennent d'abord, après avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), un arrêté posant une « formule tarifaire ». Puis, sur le fondement de cette formule, les ministres de l'Énergie et de l'Économie prennent chaque année (au minimum) un arrêté fixant, pour chaque fournisseur, les barèmes de tarifs qui sont applicables à ses clients. En cette période de crise, les tarifs du gaz sont fortement médiatisés et l'intérêt des opérateurs économiques (qu'il s'agisse de GDF-Suez, ancien opérateur historique, ou des membres de l'ANODE, c'est-à-dire les nouveaux opérateurs se développant à la suite de la libéralisation du secteur) s'oppose à l'intérêt des particuliers : les premiers veulent une répercussion la plus rapide possible des hausses du marché mondial du gaz sur leurs tarifs, les seconds estiment au contraire qu'il est du devoir de l'État de les protéger de ces hausses. C'est ainsi que par un arrêté du 29 septembre 2011 (*JO 30 sept. 2011, p. 16465*), les ministres de l'Économie et de l'Énergie avaient effectué une hausse très faible des tarifs (tarifs antérieurs maintenus pour les particuliers et TPE et 4,9 % d'augmentation pour les autres), sans suivre la « formule tarifaire » applicable. Les exploitants avaient attaqué cet arrêté en référé et, comme nous l'avons examiné dans le dernier numéro de cette chronique, le Conseil d'État leur avait donné raison en suspendant l'arrêté du 29 septembre 2011 (*CE, ord., 28 nov. 2011, n° 353554, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) : JurisData n° 2011-027467 ; Europe 2012, chron. 1 ; AJDA 2012, n° 11, p. 579, chr. M. Lombard ; Dr. adm. 2012, n° 2, p. 58, chr. M. Bazex ; JCP E 2011, n° 49, p. 12*). Après cette suspension et puisque la motivation de l'ordonnance ne laissait que peu de doute sur la solution du recours au fond, les ministres ont pris un nouvel arrêté de fixation des tarifs le 22 décembre 2011 (*JO 24 déc. 2011, p. 22239*), applicable au 1er janvier 2012. Cela n'a pourtant pas arrêté le recours au fond attaché au recours en référé, et c'est le résultat de l'analyse au fond qui est l'objet de cet arrêt du 10 juillet 2012 (*CE, 10 juill. 2012, n° 353555 et 353356, SA GDF Suez et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*). Le Conseil d'État rappelle les éléments de droit relatifs à la fixation des tarifs du gaz (*consid. 1 à 6*, puisque depuis le 9 mai 2012 le Conseil d'État a décidé de numéroter les considérants de

ses décisions, même si cela n'est pas encore systématique) et notamment que les ministres doivent appliquer la formule tarifaire qu'ils se sont imposée en compensant, « le cas échéant [...] l'écart, s'il est significatif, qui s'est produit entre tarifs et coût, au moins au cours de l'année écoulée, en vérifiant en outre s'il y a lieu de prendre en compte une estimation de l'évolution de coût sur l'année à venir ». Or, au regard de l'avis de la CRE du 29 septembre 2011 qui prévoyait une hausse des tarifs entre 8,8 et 10 %, le Conseil d'État estime que la faible hausse des tarifs qui a été réalisée n'est pas justifiée par « une surévaluation initiale des tarifs ou par la baisse prévisible des coûts ». Il conclut donc à l'existence d'une « erreur de droit » dans la décision ministérielle attaquée. On remarquera que l'arrêt ne se réfère plus à une « erreur manifeste d'appréciation » comme il le faisait dans l'ordonnance sur le même arrêté, et qu'il ne reprend pas non plus l'analyse économique qu'il y faisait et qui lui servait à justifier l'urgence requise par la procédure de référé suspension. L'arrêt au fond est donc plus simple, mais il confirme la solution que l'on attendait après le référé. Suite aux demandes des requérants, l'arrêt devait aussi envisager la compensation de la période durant laquelle les tarifs avaient été fixés en deçà du coût pour les opérateurs. Le Conseil d'État ne suit pas un moyen soulevé, semble-t-il, par le gouvernement et demandant une application différée de l'annulation. En effet, depuis l'arrêt du 11 mai 2004 (*CE, ass., 11 mai 2004, Association AC ! et a. : Rec. CE 2004, p. 197, concl. Devys ; RFDA 2004 p. 438 note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; Dr. adm. juill. 2004, note M. Lombard ; JCP A 2004, p. 1662, note G. Bigot*), le Conseil accepte par exception de ne pas annuler *ab initio* les actes illégaux, mais de n'appliquer cette annulation qu'à une date postérieure (celle du jugement ou tout autre qu'il décide). En l'espèce, le Conseil d'État refuse de faire une exception à la règle de l'annulation *ab initio* en considérant que les conséquences de l'annulation ne seront pas excessives puisque l'arrêté annulé n'a en réalité eu une application que durant 3 mois (entre son édicition et sa suspension, sachant qu'il a été remplacé peu de temps après). Il donne de surcroît raison à la demande d'injonction des requérantes. Les entreprises demandaient en effet l'application de l'article L. 911-1 du Code de justice administrative permettant au juge d'enjoindre l'administration de prendre des mesures d'exécution d'une décision lorsqu'il n'y a pas de doute sur le contenu des mesures à prendre. En l'espèce (*consid. 9 et 10*), la mesure nécessaire était l'édicition d'un nouvel arrêté tarifaire pour la période de 3 mois durant laquelle l'arrêté annulé avait été en vigueur. C'est donc ce qu'enjoint le Conseil d'État aux ministres. En revanche, il n'assortit pas cette injonction d'une astreinte, vraisemblablement parce que les enjeux financiers devraient conduire l'État à prendre l'arrêté tarifaire rectificatif, mais aussi parce que ladite astreinte équivaldrait à une compensation par l'État des pertes de revenus des opérateurs économiques ce qui pourrait conduire à éviter que les tarifs ne soient augmentés et pourrait constituer une aide d'État cachée. On le voit, la législation actuelle ne correspond pas à ces temps de crise et son analyse économique, fondée sur la possibilité pour des entreprises entrantes de ne pas se voir gênées par les tarifs de l'opérateur historique, n'est pas facile à appliquer s'agissant d'un bien de grande consommation. Le pouvoir politique s'est donc saisi de cette question et, afin d'éviter d'autres annulations d'arrêtés volontairement illégaux, a déposé une proposition de loi *instaurant une tarification progressive de l'énergie (proposition présentée par F Brottes et B Le Roux, n° 150 enregistré le 6 sept. 2012)*. Ce texte est actuellement en 2e lecture à l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée et s'intitule désormais « visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre ». L'objectif social de ce texte ne fait pas de doute puisqu'il entend ajouter au premier article du Code de l'énergie (*C. énergie, art. L. 100-1*) un objectif de lutte contre la précarité énergétique. Les tarifs de l'énergie feront l'objet d'un bonus-malus sur les consommations, avec la mise en place de « volumes de référence » correspondant aux besoins essentiels des ménages, au delà desquels les tarifs seront augmentés. Les tarifs sociaux de l'énergie seront aussi revus à l'occasion de cette modification législative. On le voit, l'objectif est que ce texte mette en place des obligations de service universel qui viendront officiellement modifier l'analyse économique, concurrentielle, permettant une tarification du gaz et des autres énergies sur ces marchés.

Les liens entre concurrence et service universel risquent de gagner bientôt d'autres exemples.

2. - Droit de l'énergie, tarifs réglementés de vente de l'électricité. - CE, 22 oct. 2012, n° 332641, SIPPEREC : JurisData n° 2012-024049. Le caractère social des tarifs, tel qu'il est envisagé pour le gaz, peut conduire à des différenciations entre les personnes bénéficiant de la prestation de service public. C'est cette situation qui existe en matière de fourniture d'électricité à la suite de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité (*JO 11 févr. 2000, p. 2143*). Cette loi prévoit des tarifs réglementés de vente d'électricité (*art. 4*) qui doivent pouvoir être différents « *suivant les périodes de l'année ou de la journée* » afin de limiter la consommation dans les périodes où celle-ci est forte. Cette régulation des tarifs est réalisée par un décret en Conseil d'État du 12 août 2009 que la Haute juridiction administrative a jugé légal dans un arrêt de février 2012 (*CE, 15 févr. 2012, n° 332640 et 332641, SIPPEREC : JurisData n° 2012-002092* (sous le même numéro de requête que la décision commentée)). En application tant de la loi que du décret, les tarifs sont ensuite fixés par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Le décret du 12 août 2009 prévoit aussi que chaque grande catégorie tarifaire (fondée sur l'usage du réseau) peut comporter différentes options tarifaires, qui peuvent elles-mêmes être subdivisées en versions de ce tarif selon « les caractéristiques de consommation de l'électricité » et qui doivent comporter une part fixe et une part proportionnelle à l'énergie consommée. Il est ainsi possible de différencier de manière très fine les tarifs selon que le consommateur consomme beaucoup ou moins (qu'il est une entreprise ou un particulier), qu'il demande une forte tension ou moins (220 v ou plus) et de la répartition de sa consommation dans l'année. L'acte attaqué était en l'espèce l'arrêté interministériel d'application de ces dispositions pris le 13 août 2009 par les ministres de l'Économie et de l'Énergie et fixant les différents tarifs. Cet arrêté distingue fondamentalement trois tarifs : bleu, jaune et vert. Le Conseil d'État va juger ces trois tarifs illégaux et annuler en totalité l'arrêté du 13 août 2009. Le tarif bleu distingue plus de 6 catégories (particuliers, clients collectifs, services municipaux...) auxquels il applique des tarifs différenciés. Le Conseil considère que ces distinctions tarifaires ne sont pas fondées, comme le requiert le décret, sur l'impact du site de consommation sur le dimensionnement des infrastructures de réseau ni sur des consommations d'électricité différentes. Sans même se référer au principe d'égalité devant le service public, mais simplement en considérant le non-respect du décret, le Conseil annule le tarif bleu. Les tarifs jaune et vert sont pour leur part annulés sur un motif plus général issu du droit de l'Union. Le Conseil d'État rappelle en effet que la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (*JOUE n° L 176, 15 juill. 2003*) prévoit que les obligations de service public que les États membres peuvent imposer aux entreprises d'électricité « *sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union européenne un égal accès aux consommateurs nationaux* » (*art. 3-2*). Il tire de ces dispositions qu'il ne cite pas une « exigence de transparence » imposant aux ministres de fixer des tarifs « en fonction de critères clairs qu'il leur appartient de déterminer ». L'interprétation et l'usage de ces dispositions sont étonnants parce que, contrairement à une approche classique du droit français, le droit à un égal accès concerne les consommateurs vis-à-vis de l'électricité, pas le droit d'accès des entreprises aux consommateurs. La lisibilité et la transparence des tarifs ne sont ainsi pas présentées comme des droits des citoyens, mais bien des entreprises d'électricité. Il n'en reste pas moins qu'après une analyse précise qui souligne le caractère parfois ridicule des sibyllines distinctions tarifaires (le Conseil d'État se permettant d'insister sur les explications contradictoires des tarifs entre la CRE et le ministre de l'Économie), l'arrêt annule aussi les tarifs d'électricité jaune et vert. À l'inverse de la situation de l'arrêt SA GDF-Suez ci-dessus commenté (1), la période durant laquelle les tarifs ont été annulés est relativement longue (un an environ, du 15 août 2009 au 13 août 2010), mais le Conseil d'État refuse de faire droit à la

demande de limitation des effets de l'annulation dans le temps. Cette situation est d'autant plus étonnante que la motivation de l'arrêt laisse présager que les tarifs pour les années 2010, 2011 et 2012 seront eux aussi annulés puisqu'ils se fondent sur les tarifs de 2009 qu'ils ont augmentés d'un certain pourcentage par année. Ce sont donc quatre années de tarifs d'électricité qui, à terme, seront illégaux. La loi en cours de vote devant le Parlement devra vraisemblablement, en plus du système de bonus/malus qu'elle veut importer, tirer les conséquences de cet arrêt. En effet, fondé sur les principes inscrits dans la directive, cet arrêt impose au législateur de garantir des tarifs transparents et lisibles et des différences de tarifs fondées sur de réelles différences de consommation pertinentes. Quand bien même comprend-on les analyses économiques qui sous-tendent des tarifs complexes et les optimisations des réseaux qu'ils représentent, on en vient à espérer des arrêts de ce type pour les transports ferroviaires ou aériens. Mais la simplicité est peut-être malgré tout parfois contraire à l'optimisation ?

2. Droit des transports, droit des aides d'État

3. - Délégation de service public, transports maritimes, influence du droit de l'Union sur la définition du service public délégué, aides d'État, libre circulation des services. - CE, 13 juill. 2012, n° 355616, 355622, 358396, Compagnie méridionale de navigation (CMN), Société nationale corse méditerranée (SNCM) : JurisData n° 2012-015734 et CAA Marseille, 7 nov. 2011, Sté Corsica Ferries, n° 08MA01604 : JurisData n° 2011-025816. – G. Eckert, *L'influence grandissante du droit de l'Union européenne : Contrats-Marchés publ. 2012, étude.* – S. Ziani, *Service public et droit de l'Union européenne : entre rigueur exégétique et incertitudes pratiques : Dr. adm. 2012, étude 10.* – E. Glaser, *Délégation du service public du transport maritime entre Marseille et la Corse : RLCT 9/2012, n° 82 p. 35.* – L. Grard, *Quel avenir pour la desserte maritime de la Corse ? : Rev. dr. transp. et mobilité 2012, comm. 48.* La desserte maritime de la Corse est la source d'un contentieux marqué à la fois par des rebondissements et par la place très importante du droit de l'Union. Comme on a pu le mettre en avant (G. Eckert, *préc.*), l'encadrement européen en la matière est important, aussi bien par l'influence du règlement (CEE) n° 3577/92 du Conseil du 7 décembre 1992 concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime) (*JOCE n° L 364, 12 déc. 1992*) que par l'influence du droit des aides. Ces textes constituent en effet les seules bases textuelles de l'arrêt du Conseil d'État du 13 juillet 2012 CMN et SNCM dans lequel il apparaît plus que jamais que le juge interne est bien juge de droit commun du droit de l'Union. L'affaire concerne une convention de délégation de service public conclue par la collectivité territoriale de Corse afin d'assurer la desserte maritime entre cinq ports de l'île et Marseille. À la suite d'une première procédure annulée (*CE, 15 déc. 2006, n° 298618, Sté Corsica Ferries : JurisData n° 2006-071183 ; Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 53, note G. Eckert*) et d'une seconde procédure recommencée au stade de la négociation à la suite d'un référé précontractuel, la collectivité a conclu le contrat avec un groupement d'entreprises constitué de la CMN et de la SNCM. L'un des candidats évincés, la Sté Corsica Ferries a donc saisi le juge administratif pour contester à la fois la délibération de l'Assemblée de Corse et la décision de son président de signer le contrat. La CAA de Marseille avait annulé ces actes dans un arrêt du 7 novembre 2011 *Sté Corsica Ferries* en se fondant tant sur le règlement relatif aux transports maritimes que sur le droit des aides. Le Conseil d'État revient sur chacun de ces deux points sur l'argumentation de la CAA. Le règlement (CEE) n° 3577/92 précité met en place une libre prestation de service pour les transports maritimes à l'intérieur d'un État membre (ce que l'on appelle le cabotage). Ce même règlement permet cependant (*art. 4, § 1*) à l'État de conclure des délégations de service public, ou d'imposer aux opérateurs sur les services réguliers des obligations de service public. Bien entendu, ces obligations ont été précisées par la jurisprudence de la Cour et le Conseil d'État s'y

réfère expressément. Dans un arrêt de février 2001 (*CJCE, 20 févr. 2001, aff. C-205/99, Asociación profesional de Empresas navieras de Lienas Regulares (Analir)*), la Cour a ainsi estimé que la conclusion d'une délégation de service public était « subordonnée à l'existence d'un besoin réel de service public résultant de l'insuffisance des services de transports réguliers, besoin qui doit être apprécié et constaté pour chaque ligne ou trajet ». En application de ces éléments, la Cour administrative d'appel avait estimé qu'il fallait distinguer entre un marché pour la prestation de voyages réguliers, et un autre pour les périodes estivales qui nécessitaient un renforcement du service. Pour elle en effet, la défaillance du marché n'existait qu'en période haute, mais aucune raison ne permettait de dire qu'il y avait « carence de l'initiative privée » ou « insuffisance des services » en dehors de cette période estivale. L'argument était d'importance pour la Sté Corsica Ferries puisque son offre avait été écartée au motif qu'elle ne pouvait satisfaire les exigences du trafic estival. Or, si l'on s'en réfère à l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris (CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531 : Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 202, par G. Eckert ; JCP A 2006 p. 1133 note F. Linditch ; AJDA 2006, p. 1592, chron. F. Landais et F. Lenica)*, l'intérêt public qui justifie une limitation de la concurrence (en l'espèce, la passation d'une convention de délégation de service public) est plus large que la seule carence de l'initiative privée ou l'« insuffisance des services », comme le dit le Conseil d'État. Alors que cette carence était l'élément central du grand arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (CE 30 mai 1930)* le droit interne estime aujourd'hui que d'autres éléments peuvent être pris en compte pour permettre que le service public soit délégué et que la concurrence soit ainsi limitée. Le Conseil d'État interprète le droit de l'Union et l'arrêt *Analir* précité à l'aune de cette jurisprudence plus large. Il estime de ce fait que même si l'ouverture de la concurrence suffisait en période basse, la délégation de service public et la limitation de ce marché à une seule entreprise peuvent porter sur l'ensemble de l'année. Pour le Conseil, « le besoin réel de service public [peut être] apprécié globalement pour chaque ligne ou trajet sur l'ensemble de la période d'exécution du contrat ». La société requérante contestait aussi la conformité au droit des aides de l'Union d'une clause du contrat de délégation (son article 7) qui permet à la collectivité territoriale de Corse d'apporter une compensation financière à la société délégataire. Cette clause oblige en réalité les parties à se rencontrer pour rétablir l'équilibre financier initial de la convention en cas de modification des « conditions techniques, réglementaires ou économiques d'exploitation du service ou pour tenir compte d'évènements extérieurs ayant un impact sur les engagements financiers du(des) délégataire(s) ». La Cour administrative d'appel avait estimé que cette clause était contraire au droit européen des aides d'État. Elle se fondait pour cela notamment sur le fait qu'elle ne prévoyait pas les paramètres de calcul de l'aide qui serait accordée par la collectivité territoriale de Corse, ce qui pouvait conduire à ce que l'aide excède « ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution » des obligations de service public. Or, il s'agit là d'une limite stricte de la jurisprudence *Altmark (CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Trans GmbH)*. Le Conseil d'État revient sur l'appréciation de la clause contractuelle faite par la Cour administrative d'appel. Il estime en effet que la clause en question fixe un cadre général, mais qu'elle n'implique pas par elle-même que la décision de la Collectivité territoriale aurait à s'exonérer des procédures propres à la notification des aides à la Commission issues de l'article 108 TFUE. En interprétant l'article 7 du contrat comme elle l'a fait, la CAA a donc commis une erreur dans la qualification juridique des faits. Malgré l'analyse du Conseil d'État, plutôt favorable au contrat, il faut souligner les nouvelles contraintes que fait peser le droit de l'Union sur le droit des contrats administratifs. Après avoir imposé une définition propre de la notion de marchés publics qui conduit aujourd'hui le droit français à être fondé sur deux notions en réalité bien distinctes (l'une fondée sur le Code des marchés publics, limitée aux contrats de personnes publiques, l'autre sur le droit de l'Union, applicables à des contrats de personnes privées et à d'autres contrats qui ne sont par qualifiés de marchés publics en droit interne comme c'est le cas de certains partenariats publics privés), le droit de l'Union pose ici la question de la pérennité du régime historique du droit des contrats

administratifs. La classique garantie de l'équilibre financier du contrat voit, en effet, ses modalités limitées par le droit des aides des articles 107 et s. TFUE. L'Union européenne envisage notamment des critères précis de l'équilibre financier, qui diffèrent selon le fondement de l'aide en droit de l'Union. Si l'aide est soumise aux seuls articles du TFUE, par exemple parce qu'elle tend à rétablir l'équilibre atteint par une situation économique difficile, alors elle est soumise à un contrôle de la Commission et au droit des aides général. En revanche, s'il s'agit d'une compensation de service public, alors c'est la référence à l'arrêt *Altmark* et l'autorisation des seules compensations des coûts par rapport au standard de l'entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée (*consid.* 8) en économie de marché qui exclut ces compensations de la qualification d'aide d'État. On le voit, les éléments qui pourraient être visés dans un contrat pour compenser certaines atteintes à l'économie du contrat ne pourraient en réalité être mis en œuvre que s'ils sont en accord avec le droit européen des aides. En pratique, cela exclut quasi automatiquement les clauses mettant en place des critères et des compensations précises ou celles fondées sur des critères originaux. L'influence du droit de l'Union est subtile, son fondement dans le droit des aides ne semblait pas immédiatement s'imposer aux contrats de l'administration, mais elle limite en réalité fortement la liberté contractuelle et les principes classiques des contrats administratifs dégagés par Gaston Jèze.

4. - Décret d'approbation de la concession d'aéroports, utilité publique, concession d'aménagement et contrat de la commande publique, aides d'État. - CE, 13 juill. 2012, n° 347073, 347170, 350925, Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les Verts des Pays de la Loire et a., Association ACIPA et a. : JurisData n° 2012-015732. – G. Eckert, La subvention d'infrastructure publique n'est pas une aide d'État : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 288 ; Le Conseil d'État fait application de la jurisprudence *Altmark* aux délégations de service public : AJDA 2012, n° 31, p. 1720, chron. E. Glaser. Les délégations de service public sont des contrats qui posent assurément bien des soucis au droit de l'Union. Alors qu'il existe des directives sur les marchés publics depuis 1971, ce n'est que l'an prochain, en 2013 que verra jour la première directive sur les concessions, le régime de ces contrats n'ayant été abordé que bien indirectement dans les directives antérieures. L'arrêt commenté démontre aussi que les délégations de service public sont aussi soumises au droit de la concurrence tel qu'il résulte du TFUE et de la jurisprudence *Altmark* dès lors que, comme souvent, le contrat se double d'une subvention. L'affaire porte sur la concession de trois aéroports du l'ouest de la France, et notamment sur la réalisation du grand aéroport de Notre-Dame-des-Landes, nouvel aéroport dont le Premier ministre était à l'initiative lorsqu'il était maire de Nantes et qui devrait être achevé en 2017. Soumis à une forte opposition des défenseurs de l'environnement, la concession a fait l'objet de nombreux recours, notamment contre le décret du 9 février 2008 qui déclarait l'aéroport Grand Ouest et sa desserte routière d'utilité publique (*CE, 31 juill. 2009, n° 314955, Acipa : JurisData n° 2009-008422, JCP G 2009, chron. M. Huyghe et CE, 27 janv. 2010, n° 319241 et 319244, Cne de Vigneux-de-Bretagne*). Le recours est en l'espèce dirigé contre le décret n° 2010-1699 du 29 décembre 2010 (*JO 31 déc. 2010, p. 23376*) approuvant la convention passée entre l'État et la société qui a remporté la procédure de délégation de services publics, la Sté « Aéroport du Grand Ouest » (Filiale de Vinci). Les affaires jointes demandent aussi l'annulation de la décision de signer le contrat. De nombreux moyens sont invoqués à l'encontre de ces actes, mais aucun ne trouve la faveur du Conseil d'État et les annulations ne seront pas prononcées. L'arrêt répond à un moyen tout à fait annexe, mais intéressant au regard du droit de la commande publique : il précise que si la procédure a fait l'objet de plusieurs publications et rectificatifs, tant dans les revues nationales qu'au *JOUE*, « cette succession de publications n'est pas, en tant que telle, constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence » et plus encore « ; qu'elle a d'ailleurs été mise en œuvre précisément pour assurer le plein respect de ces règles ». Le juge administratif

met donc en avant non pas le trouble que les multiples publications pourraient causer chez les opérateurs économiques, mais bien le fait que cela multiplie la publicité et, partant, l'ouverture du marché. Plus intéressante encore est la réponse qu'apporte le Conseil d'État au moyen tiré de l'absence de notification à la Commission de la subvention accordée par l'État dans le cadre de la concession (*consid. 16 à 25*). Il faut dire que les sommes relatives à cette subvention sont à la hauteur du projet : 165 millions d'euros payés par l'État (90 millions) et les collectivités territoriales (75 millions). Afin de refuser l'application du droit des aides d'État à ces sommes, le Conseil d'État raisonne en deux temps. D'abord, il rappelle le droit applicable aux aides, issu des articles 107 et 108, paragraphe 3, TFUE. La subvention étant accordée à l'exploitant des aéroports qui, par ailleurs, se rémunèrent sur l'exploitation de ces infrastructures, la qualification d'aide était envisageable. En application des articles précités du TFUE, une telle qualification conduirait à une obligation de notification des sommes versées à la Commission. Or le Conseil d'État préfère, avant même de continuer son raisonnement, préciser qu'en tout état de cause cette notification n'avait pas à avoir été déjà effectuée puisqu'il fallait, pour que la concession entre en vigueur, qu'un décret fût intervenu, en application de l'article R. 223-2 du Code de l'aviation civile, afin de déroger au cahier des charges types. Le moyen se suffirait à lui-même, mais il est en réalité superfétatoire puisque la notification n'a pas à avoir lieu. Le Conseil d'État rappelle en effet que c'est au juge interne – lui-même en l'occurrence – de vérifier l'application du droit de l'Union, et notamment si la subvention rentre bien dans la qualification d'aide. À cette fin, il se réfère à l'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003 qui exclut de la qualification d'aide d'État, les subventions qui représentent la contrepartie des prestations de service public assurées par les opérateurs économiques. On le sait, (cf. *G. Kalflèche et J.-G. Sorbara, Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté : Europe 2012, étude 6*), les critères pour que ces « compensations de service public » soient exclues de la qualification d'aide sont au nombre de quatre, et le Conseil d'État les envisage une à une. La première exigence est que l'entreprise bénéficiant de la subvention soit effectivement chargée d'obligations de service public (on ne parle pas, globalement, d'une mission de service public comme c'est le cas pour les délégations de service public en droit français). Habilement, le Conseil d'État utilise les recours qui ont été présentés à sa décision et qui avaient trait à la déclaration d'utilité publique du projet pour en tirer l'existence « d'externalités positives [du projet] sur l'économie et son environnement » qui conduisent le projet à avoir un coût supérieur à ce qu'un investisseur privé avisé pourrait assumer. Cette analyse démontre la volonté du Conseil d'État de ne pas se limiter à l'appréciation de la « mission de service public » telle qu'elle est analysée classiquement en droit administratif, mais bien de prendre les éléments d'analyse du droit de l'Union pour l'application des règles qui en sont issues. Les obligations de service public sont ici constituées par la création d'une infrastructure d'intérêt général non rentable. La deuxième exigence de l'arrêt *Altmark* est celle de l'existence de paramètres de calculs de la compensation transparents et préalablement établis afin de ne favoriser personne sur le marché. Le Conseil d'État se réfère ici à l'application de la procédure de délégation de service public qui impose une publicité et mise en concurrence des critères de sélection et notamment du fait que le taux de la subvention serait un de ces critères. Il complète cette analyse en rappelant que l'avis d'appel à concurrence donnait des éléments factuels de nature à permettre un calcul économique de la part des opérateurs. Le troisième critère de l'arrêt de la Cour demande à ce que la compensation ne dépasse pas le coût réel du service augmenté d'un bénéfice raisonnable. Le Conseil répond à ce critère en considérant que le taux de rentabilité prévu est de 13,42 %, ce qui « correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour les concessions de ce type », et qu'au cas où les estimations seraient dépassés qu'une clause de reversement permettait de ne pas dépasser ces prévisions. On le voit, l'analyse économique du juge, aidée par les parties qui apportent la plupart du temps l'essentiel de ces éléments, permet de répondre à la demande d'une telle analyse par les juges de la Cour de justice. Enfin, le quatrième critère de l'arrêt *Almark* pose une alternative et c'est incontestablement sur ce point

que l'arrêt commenté a l'apport le plus important. L'alternative est la suivante : soit le choix de l'opérateur économique a été réalisé à la suite d'une procédure de marché public (il faut comprendre « au sens du droit de l'Union », et même plus largement comme une procédure qui reprendrait les éléments essentiels d'une procédure de marchés publics) permettant de sélectionner le candidat susceptible de fournir le service à moindre coût ; soit, au cas où cela ne serait pas le cas, il faut fixer le niveau de subvention sur la base du standard de « l'entreprise moyenne en économie de marché » et des coûts que la mission de service public pourrait ajouter à sa gestion normale. La plupart du temps, c'est la seconde branche de l'alternative qui est utilisée. Or en l'espèce, le fait que l'opérateur économique ait été choisi à la suite d'une procédure de délégation de service public permet d'envisager de se trouver dans la première situation. Mais le Conseil d'État ne considère que pas cela comme acquis, il s'emploie à prouver que la procédure prévue par l'article 38 de la loi *Sapin* du 29 janvier 1993 correspond aux exigences de l'arrêt *Altmark*. Cela le conduit à estimer que la procédure du droit français permet de remplir les conditions de l'arrêt *Altmark* si – et vraisemblablement seulement si – les critères permettent de choisir « le candidat capable de réaliser l'infrastructure à moindre coût pour la collectivité ». On remarquera que les faits d'espèce aboutissent à ce choix, mais cela laisse une question non réglée : si la procédure n'avait pas abouti à choisir celui qui utiliserait le moins de subventions, mais celui qui l'utiliserait le mieux, le critère de l'arrêt *Altmark* serait-il rempli ? Cela n'est pas certain puisque le premier critère impose que les obligations de service public soient bien définies, on peut penser que seul le coût peut les départager et non la qualité des prestations. Gageons que cette question aura à être résolue un jour. En tout état de cause, le fait que les critères de la compensation de service public soient remplis conduit le Conseil d'État à estimer que la subvention n'est pas une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE et à rejeter les prétentions des requérants.