

Droit public – Ce qu'il faut retenir de 2018

L'année 2018 a été marquée par plusieurs décisions importantes en matière de contrats administratifs et la publication attendue du code de la commande publique. Elle a également été marquée par (i) diverses mesures visant à limiter les recours devant le juge administratif, (ii) l'encadrement de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire national de voyageurs et (iii) un renforcement du contrôle des investissements étrangers. Nous avons effectué une sélection des principaux sujets qu'il nous semble important de retenir.

Aides d'Etat

Aide existante - Pas d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour la période antérieure à la déclaration d'incompatibilité : Le Conseil d'Etat rappelle qu'une aide existante doit être considérée comme légale et peut, de ce fait, continuer à être exécutée tant que la Commission européenne n'a pas constaté son incompatibilité avec le marché intérieur.

Il juge ainsi que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée pour méconnaissance fautive de la réglementation relative aux aides d'Etat à raison de la mise en œuvre d'une aide existante pour la période antérieure à l'intervention de la décision de la Commission européenne constatant son incompatibilité avec le marché intérieur.

CE, 25 octobre 2018, Société Ryanair n°408789

Contentieux

Obligation de confirmer le maintien de sa requête au fond en cas de rejet du référé suspension : Le nouvel article R612-5-2 du code de justice administrative prévoit qu'en cas de rejet d'une demande de suspension en raison de l'absence de doute sérieux quant à la légalité de l'acte, il appartient au requérant, sauf lorsqu'un pourvoi en cassation est exercé contre l'ordonnance rendue par le juge des référés, de confirmer le maintien de sa requête à fin d'annulation ou de réformation dans un délai d'un mois à compter de la notification de ce rejet. A défaut, le requérant est réputé s'être désisté.

Décret n°2018-617 du 17 juillet 2018

Recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat administratif : Le Conseil d'Etat juge qu'un tiers à un contrat administratif est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires d'un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts. Il est également recevable à demander l'annulation du refus d'abroger de telles clauses à raison de leur illégalité.

CE, 9 février 2018, Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération, n°404982

Contrats publics

Code de la commande publique - entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019 : Le code de la commande publique constitue une étape déterminante dans la démarche de rationalisation et de modernisation du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014.

La codification a été opérée à droit constant et regroupe l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique, soit près de 30 textes (dont la loi « MOP » du 12 juillet 1985 et la loi relative à la sous-traitance du 31 décembre 1975).

Le code intègre également l'ensemble des dispositifs relatifs au règlement alternatif des litiges afin d'inciter les acteurs à adopter une approche rapide et non contentieuse de résolution de leurs différends.

Code de la commande publique, version à venir au 1^{er} avril 2019

Marchés publics - Achats innovants : A titre expérimental, et pour une période de trois ans, les acheteurs publics soumis au code de la commande publique peuvent passer un marché public, y compris un marché public de défense ou de sécurité, négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants, et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100.000 euros HT.

Décret n°2018-1225 du 24 décembre 2018

Régime des biens de retour dans les concessions de service public :

> Biens du concessionnaire affectés au fonctionnement du service public : Les règles relatives aux biens de retour dans les concessions de service public sont applicables aux biens dont le concessionnaire était propriétaire avant la passation de la concession, qui ont été affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci.

CE, Section, 29 juin 2018, Ministre de l'Intérieur c/ communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, n°402251

> Provisions : Le Conseil d'Etat juge que le régime des biens de retour s'applique aux provisions constituées pour les travaux de

renouvellement des biens nécessaires au service public, y compris lorsque ces provisions excèdent les montants exigés par les travaux de renouvellement, l'équilibre économique du contrat ne justifiant pas leur conservation par le concessionnaire.

CE, 18 octobre 2018, Electricité de Tahiti (EDT Engie), n°420097

Energie

Eoliennes terrestres : Un décret simplifie le contentieux des éoliennes terrestres en attribuant une compétence de premier et dernier ressort aux cours administratives d'appel pour connaître de ce contentieux. Il instaure également le principe de la cristallisation automatique des moyens : les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense.

Décret n°2018-1054 du 29 novembre 2018

Tarifs réglementés de vente d'électricité : Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur les TRV d'électricité moins d'un an après sa décision concernant l'incompatibilité des TRV de gaz naturel avec le droit de l'Union européenne (CE, Ass., 19 juillet 2017, ANODE, n°370321).

Le Conseil d'Etat rappelle que les TRV d'électricité constituent une entrave à la réalisation d'un marché intérieur qui ne peut être admise qu'à la triple condition qu'elle :

- réponde un objectif d'intérêt économique générale ;
- ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps ; et
- soit clairement définie, transparente, non-discriminatoire et contrôlable.

En l'espèce, le Conseil d'Etat admet dans son principe l'existence de TRV d'électricité en considérant qu'ils répondent à un objectif de stabilité des prix. Il annule toutefois partiellement les tarifs adoptés en 2017 en raison de leur disproportion au regard de cet objectif (caractère permanent des tarifs et application à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, pour leurs sites souscrivant une puissance ≤36 kVA).

De nouveaux arrêtés tarifaires distinguant selon le type de consommateurs finals ont été adoptés en juillet 2018. Le principe du réexamen périodique de ces tarifs a été intégré dans le projet de loi PACTE en cours d'examen par le Sénat. A suivre.

CE, Ass., 18 mai 2018, Société Engie et ANODE, n°413688, 414656

Environnement

Autorisation environnementale - Pouvoirs du juge : L'autorisation environnementale (AE) est une décision unique tenant lieu de plusieurs autorisations auparavant distinctes (ex. autorisations au titre de la réglementation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, autorisation de défrichement, etc.).

A l'occasion du contentieux relatif à l'autorisation d'exploiter la ferme dite des « 1000 vaches », le Conseil d'Etat a précisé les pouvoirs dont dispose le juge administratif lorsqu'il est saisi d'un recours contre une AE. Ce dernier peut notamment (i) prononcer un sursis à statuer en vue de la régularisation de l'AE ou (ii) annuler partiellement l'AE et demander à l'administration de reprendre l'instruction. En cas d'annulation ou de sursis à statuer affectant une partie seulement de l'AE, le juge peut suspendre l'exécution des parties non viciées de l'AE dans l'attente de la nouvelle décision de l'administration ou autoriser, à titre provisoire, la poursuite de l'exploitation d'installations dont l'AE a été annulée (en partie ou en totalité).

Avis CE, 22 mars 2018, n°415852

Ferroviaire

Nouveau pacte ferroviaire - Ouverture à la concurrence du transport ferroviaire national de voyageurs : L'ouverture à la concurrence des services nationaux de transport ferroviaire de voyageurs a débuté le 1^{er} janvier 2019.

Il s'agit de la dernière étape de la réalisation de l'espace ferroviaire unique européen après l'ouverture à la concurrence du fret international (janvier 2006), du fret domestique (janvier 2007) et des services internationaux transport ferroviaire de voyageurs (décembre 2009).

S'agissant des services commerciaux, les entreprises ferroviaires disposent d'un droit

d'accès à l'ensemble du réseau ferroviaire depuis le 1^{er} janvier 2019 pour des liaisons qui seront exploitées à partir de l'horaire de service 2021 (12 décembre 2020).

S'agissant des services conventionnés faisant l'objet de contrats de service public avec les autorités organisatrices de transport (AOT), l'ouverture à la concurrence sera progressive. Du 3 décembre 2019 au 24 décembre 2023, les AOT pourront attribuer ces conventions directement, sans publicité ni mise en concurrence. Ces conventions seront alors conclues avec SNCF Mobilités pour une durée maximum de dix ans. A compter du 25 décembre 2023, le principe de la mise en concurrence sera la règle, sauf exceptions limitativement énumérées par le code des transports.

Loi n°2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire

Ordonnance n°2018-1135 du 12 décembre 2018

Investissements étrangers

Elargissement du champ des secteurs concernés : Plusieurs opérations réalisées par des investisseurs étrangers ces dernières années ont visé des entreprises européennes disposant d'actifs et/ou de technologies stratégiques.

Face à l'inquiétude grandissante des États membres quant à la menace pesant sur les intérêts stratégiques européens, la Commission européenne a présenté en septembre 2017 un « paquet commerce » dans lequel elle propose notamment la mise en place d'un cadre européen pour le filtrage des investissements étrangers dans l'Union européenne.

En France, le dispositif d'encadrement des investissements étrangers en France a été complété afin d'élargir le champ des secteurs dans lesquels les investissements étrangers doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du ministre en charge de l'économie. Ces nouveaux secteurs comprennent notamment certaines activités liées à la cybersécurité, l'intelligence artificielle, la robotique, etc.

Pour mémoire, les activités soumises à la réglementation des investissements étrangers incluent notamment les jeux d'argent, les activités réglementées de sécurité privée, certaines activités essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public ou de sécurité

publique ou de défense nationale, notamment dans les secteurs de l'énergie, de la santé publique, des transports, des communications électroniques, etc.

Enfin, le décret étend aux sociétés cibles la possibilité de saisir l'administration aux fins de savoir si l'opération envisagée est soumise à autorisation.

Décret n°2018-1057 du 29 novembre 2018

Urbanisme

Autorisations d'urbanisme - Injonction de délivrer l'autorisation sollicitée : Le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles le juge, après avoir annulé la décision de refus d'une autorisation d'urbanisme, enjoint à l'administration de délivrer l'autorisation sollicitée.

CE, avis, 25 mai 2018, Préfet des Yvelines et autres, n°417350

Autorisations d'urbanisme - Encadrement des recours contentieux : Un décret renforce l'encadrement des recours des tiers contre les autorisations d'urbanisme et permet de faciliter l'appréciation des risques liés à ces recours :

- Réduction d'un an à six mois du délai à compter duquel il n'est plus possible de demander l'annulation de l'autorisation de construire lorsque la construction est achevée. Cela est de nature à apporter du confort pour les autorisations d'urbanisme pour lesquelles les délais de recours des tiers ne seraient pas purgés.
- Renforcement de la preuve de l'intérêt à agir de l'auteur d'un recours contre une autorisation d'urbanisme. Cette nouvelle exigence vise à réduire les recours abusifs de prétendus voisins.
- Renforcement du mécanisme de cristallisation des moyens limitant la durée durant laquelle les parties peuvent invoquer de nouveaux arguments. Cela devrait permettre d'apprécier plus rapidement le bien-fondé d'un recours.
- Codification de la possibilité d'obtenir un certificat de non-recours par les juridictions. Cela devrait permettre de faciliter leur obtention.

Décret n°2018-617 du 17 juillet 2018

Vos contacts



Fanny Mahler, avocat *counsel*
Droit public et secteurs régulés
fanny.mahler@magenta-legal.com



Gaultier Brillat, avocat
Droit public et secteurs régulés
gaultier.brillat@magenta-legal.com