

Droit public – Ce qu'il faut retenir de 2019

L'année 2019 a notamment été marquée par l'entrée en vigueur du code de la commande publique, l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire national de voyageurs et le renforcement du contrôle des investissements étrangers, tant au niveau de l'Union que national. Nous avons effectué une sélection des principaux sujets qu'il nous semble important de retenir.

Aides d'Etat

Récupération des aides d'Etat illégales - délai de prescription : La Cour de justice de l'Union européenne a jugé pour la première fois qu'en l'absence de réglementation de l'Union s'agissant du délai de prescription applicable à la récupération d'une aide illégale, la récupération de l'aide illégale doit s'effectuer conformément aux modalités prévues par le droit national applicable.

En particulier, le délai de dix ans dont dispose la Commission pour décider de la récupération d'une aide illégale, prévu à l'article 15 du règlement n°659/1999, ne saurait être appliqué à une mesure de récupération décidée par les autorités nationales « *ni directement, ni indirectement, ni par analogie* ».

Tarif d'achat solaire : La Cour de cassation a mis un terme au contentieux de masse (plusieurs dizaines d'affaires) opposant depuis huit ans des exploitants de parcs solaires à Enedis à propos du tarif d'achat applicable à des installations pour lesquelles une demande de tarif d'achat avait été formulée afin de bénéficier du tarif prévu par l'arrêté du 10 juillet 2006 mais pour lesquelles, du fait de retards de traitement d'Enedis, ce sont finalement les tarifs moins favorables prévus par l'arrêté du 12 janvier 2010 qui ont été appliqués.

Pour débouter les exploitants de leurs demandes, la Cour de cassation a confirmé que le tarif d'achat solaire du guichet ouvert prévu par ces arrêtés était constitutif d'une « aide d'Etat illégale » et que les exploitants n'étaient donc pas fondés à demander à être indemnisés du préjudice qui, selon eux, résultait de la perte de chance de bénéficier du tarif de 2006.

Cette affaire rappelle la nécessité pour les opérateurs économiques de s'assurer que les mécanismes de soutien dont ils peuvent bénéficier (exonération de taxes, primes, subventions, etc.) ne sont pas constitutifs d'aides d'Etat ou, s'ils le sont, qu'ils ont été notifiés à la Commission et déclarés compatibles avec le marché intérieur.

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.

Marchés publics - nouveaux seuils de publicité et de mise en concurrence : Le seuil de dispense de procédure pour la passation des marchés publics est relevé à 40.000 euros hors taxes.

Energie

Renouvellement des concessions hydroélectriques : La Commission a mis en demeure plusieurs Etats membres, dont la France, de se conformer au droit de l'Union pour l'attribution et le renouvellement des concessions hydroélectriques.

S'agissant de la France, la Commission considère que tant la législation que la pratique des autorités françaises autorisant le renouvellement ou la prolongation de certaines concessions hydroélectriques sans recourir à des procédures d'appel d'offres est contraire au droit de l'Union.

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.

Investissements étrangers

Instauration d'un cadre européen pour le filtrage des investissements étrangers : 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 Etats membres quant à la menace pesant sur les intérêts stratégiques européens, le Parlement et le Conseil ont adopté un règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.

Ce règlement a notamment pour objectifs :

- d'harmoniser les réglementations applicables au sein de l'UE.

Il confirme ce faisant que les Etats membres peuvent maintenir, modifier ou adopter des mécanismes visant à filtrer les investissements étrangers pour des motifs de sécurité ou d'ordre public et définit des règles de procédure de base pour les mécanismes de filtrage des Etats membres, telles que la transparence, la non-discrimination entre les différents pays tiers et la possibilité de former un recours

juridictionnel contre les décisions de filtrage.

- d'instaurer une procédure de filtrage des investissements étrangers par la Commission.

Lorsque la Commission considère qu'un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à des projets ou programmes présentant un intérêt pour l'Union, elle peut émettre un avis à l'attention de l'Etat membre dans lequel l'investissement est prévu ou a été réalisé. Cet Etat membre doit tenir compte de l'avis de la Commission et, s'il ne le suit pas, lui fournir une explication.

Les « projets et programmes portant un intérêt pour l'Union » comprennent notamment ceux dans lesquels les financements de l'UE représentent un montant considérable ou une part significative et ceux qui sont couverts par la législation de l'Union en ce qui concerne les infrastructures critiques, les technologies critiques ou les intrants essentiels (ex. Galileo, les réseaux transeuropéens de transport, d'énergie et de télécommunications).

- de créer un dispositif de coopération entre les Etats membres et la Commission afin qu'ils s'informent mutuellement et échangent des informations concernant les investissements étrangers susceptibles de menacer la sécurité ou l'ordre public.

Refonte de la réglementation française relative au contrôle des investissements étrangers : La réglementation applicable au contrôle des investissements étrangers en France a été refondue par un décret et un arrêté du 31 décembre 2019. Ces textes s'appliqueront aux demandes d'autorisation/déclaration présentées à compter du 1^{er} avril 2020.

Pour mémoire, en France, les investissements étrangers doivent faire l'objet d'une autorisation lorsqu'ils interviennent dans des activités essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'autorité publique, d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale.

Ces textes permettent notamment (i) de clarifier le champ des activités contrôlées, (ii) de tirer les conséquences de l'adoption du règlement n°2019/452 du 19 mars 2019 (cf. *supra*) et (iii) de clarifier et simplifier la procédure de contrôle.

Privatisations

Loi PACTE : L'adoption de la loi PACTE a rendu possible l'évolution du capital d'Aéroports de Paris (ADP), d'Engie et de la Française des Jeux (FDJ).

S'agissant d'Engie, l'Etat n'est désormais plus tenu de détenir « plus du tiers » du capital d'Engie ; il lui suffit de détenir « au moins une action ». S'agissant de la FDJ, l'Etat a cédé, fin 2019, 52% du capital de FDJ après son introduction en bourse.

ADP - référendum d'initiative partagée (RIP) : Afin de tenter de faire obstacle au projet de privatisation d'ADP, le Président de l'Assemblée nationale a mis en œuvre la procédure de RIP prévue par l'article 11 de la Constitution.

Il a, à cet effet, transmis au Conseil constitutionnel, en avril 2019, une proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris.

L'adoption de cette loi empêcherait la privatisation d'ADP dans la mesure où, conformément au neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national doit être la propriété de la collectivité.

Il s'agit de la première initiative mettant en œuvre la procédure de RIP, instituée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Une période de recueil des signatures des soutiens à la proposition de loi a été ouverte au printemps. Cette période dure neuf mois et doit permettre de recueillir 4.717.396 soutiens d'électeurs inscrits sur les listes électorales.

Si ce seuil n'est pas atteint, la procédure de RIP s'arrêtera. En revanche, si ce seuil est atteint, la procédure de RIP se poursuivra et la proposition de loi sera soumise à l'examen des deux assemblées en vue de son adoption.

Aéroport de Toulouse-Blagnac : Le Conseil d'Etat a jugé légale la sélection, en avril 2015, du consortium chinois Symbiose pour l'acquisition de 49,99% du capital de la société ATB exploitant l'aéroport de Toulouse-Blagnac.

En particulier, le Conseil d'Etat a jugé que la procédure de sélection avait bien respecté

les règles définies par l'Etat dans le cahier des charges remis aux candidats et que ce dernier n'interdisait pas que la composition d'un groupement candidat évolue au cours de la procédure.

Pour mémoire, la sélection de ce consortium avait été critiquée, dans un contexte où de nombreux actifs européens étaient passés sous pavillon chinois.

Fin décembre 2019, le consortium Symbiose a finalement cédé l'intégralité de sa participation au capital d'ATB à Eiffage.

Responsabilité

Responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles : Le Conseil d'Etat juge qu'une personne peut obtenir réparation des préjudices qu'elle a subis du fait de l'application d'une loi déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Depuis 2007, le Conseil d'Etat juge qu'il est possible d'engager la responsabilité de l'Etat pour obtenir réparation des dommages subis du fait de l'application d'une loi contraire aux engagements internationaux – et notamment européens – de la France. Il n'avait en revanche, jusqu'ici, jamais tranché la question s'agissant d'une loi contraire à la Constitution.

L'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles est soumis aux conditions suivantes :

- elle est possible dans les limites fixées par la décision du Conseil constitutionnel, qui peut préciser les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi et peut donc toujours décider de fermer ou de restreindre la voie à toute demande d'indemnisation ;
- les dommages subis doivent trouver leur cause directe dans l'application de la loi inconstitutionnelle ;
- la demande doit être faite dans les quatre années suivant la date à laquelle les dommages subis peuvent être connus dans toute leur étendue, sans que la décision du Conseil constitutionnel ouvre ce délai.

Votre contact



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