

Droit public – Ce qu'il faut retenir de 2021

L'année 2021 a notamment été marquée par des affaires contentieuses largement médiatisées en droit de l'environnement, la concrétisation de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs et un contrôle des investissements étrangers renforcé. Nous vous proposons ci-dessous une sélection des sujets les plus marquants en droit public des affaires.

Aides d'Etat

Modification du Règlement général d'exemption par catégories (RGEC) :

Le champ d'application du RGEC a été étendu à deux nouvelles catégories d'aides :

- > les aides octroyées par les autorités nationales à des projets financés dans le cadre de certains programmes gérés de manière centralisée par l'UE – i.e. projets de coopération territoriale européenne (CTE), opérations de financement et d'investissement soutenues par le Fonds InvestEU et projets de recherche, de développement et d'innovation qui ont reçu un label d'excellence au titre d'Horizon 2020 ou d'Horizon Europe ;
- > les aides soutenant la transition vers une économie verte et numérique de l'Union et permettant de surmonter les effets de la pandémie de coronavirus. De nouvelles catégories d'aides ont été incluses dans le RGEC, à savoir : (i) les aides accordées à des projets promouvant l'efficacité énergétique des bâtiments, (ii) les aides en faveur des infrastructures de recharge et de ravitaillement des véhicules routiers à faibles émissions et (iii) les aides en faveur des réseaux fixes à haut débit, des réseaux mobiles 4G et 5G, de certains projets d'infrastructures transeuropéennes de connectivités numérique et de certains bons (accordés soit aux consommateurs pour faciliter le télétravail, l'enseignement en ligne ou les services de formation, soit aux PME).

Pour rappel, dès lors que les conditions énoncées par le RGEC sont remplies, les Etats membres peuvent mettre en œuvre certaines mesures d'aide sans avoir à les notifier préalablement à la Commission européenne.

Commande publique

Accords-cadres sans minimum : Un décret du 23 août 2021 a mis fin à la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum. Ce décret tire les conséquences de l'arrêt *Simonsen & Weel* rendu par la Cour de justice le 17 juin 2021.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé que l'acheteur est tenu de déterminer et d'indiquer une quantité ou une valeur maximale

contractuelle des prestations qui pourront être commandées pour la durée de l'accord-cadre, le cas échéant pour chacun de ses lots.

L'obligation de prévoir un maximum, en valeur ou en quantité, s'applique aux accords-cadres pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2022.

Pérennisation du dispositif « achats innovants » : Un article R. 2122-9-1 a été créé au sein du code de la commande publique afin de pérenniser le dispositif de dispense de procédure pour les marchés innovants qui avait été mis en place à titre expérimental pour une durée de trois ans, venant à expiration le 25 décembre 2021.

Ce dispositif permet de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services « innovants » dont la valeur estimée est inférieure à 100.000 euros HT. Ce dispositif est également applicable aux lots (i) dont le montant est inférieur à 80.000 euros HT pour des fournitures ou des services innovants ou à 100.000 euros HT pour des travaux innovants, (ii) lorsque le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.

Pour rappel, sont considérés comme « innovants » les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.

Lorsqu'il fait usage de cette faculté, l'acheteur doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

Entente dans les marchés publics : Le Conseil d'Etat précise la méthode d'évaluation du préjudice subi par la personne publique au titre du surcoût lié à une entente. Le juge administratif peut se fonder sur la comparaison des taux de marge de la société auteur de la pratique

anticoncurrentielle pendant la durée de l'entente et après la fin de celle-ci pour en déduire le surcoût supporté par la personne publique sur les marchés litigieux.

Contentieux administratif

Recours contre le refus de résilier un contrat administratif : Le Conseil d'Etat précise sa décision Sociétés France-Manche et The Channel Group relative au recours dont disposent les tiers à contrat administratif contre une décision de refus de mettre fin à l'exécution dudit contrat.

Le Conseil d'Etat juge que si la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence peut, le cas échéant, être utilement invoquée à l'appui d'un référé précontractuel d'un concurrent évincé ou du recours d'un tiers contestant devant le juge du contrat la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles, cette méconnaissance n'est en revanche pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office.

Pouvoirs du juge saisi d'un recours

Tarn-et-Garonne : Le Conseil d'Etat juge que, dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat, le juge peut, en présence d'un vice d'une particulière gravité, prononcer l'annulation du contrat, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat.

Contrats administratifs

Force majeure : Le Conseil d'Etat juge qu'un manquement commis par un cocontractant de l'administration n'est pas, en l'absence d'extériorité, un cas de force majeure exonérant l'administration de sa responsabilité contractuelle à l'égard d'un autre cocontractant.

Energie

Fournisseur de secours : La récente mise en liquidation judiciaire d'Hydroption et l'annonce de l'arrêt des activités de Bulb ont rappelé au marché qu'un fournisseur d'électricité peut faire défaut. Face à cette situation et pour garantir la continuité de l'approvisionnement des clients, le code de

L'énergie prévoit un dispositif dit de « fourniture de secours ».

Les fournisseurs de secours sont normalement désignés pour une durée de cinq ans par la ministre de la Transition écologique à la suite d'un appel à candidatures organisé avec l'appui de la CRE.

Bien que ce dispositif soit prévu depuis mars 2021, la CRE n'a transmis un projet de cahier des charges à la ministre qu'en octobre dernier et l'appel à candidatures n'a toujours pas été lancé à la date où nous écrivons ces lignes. Compte tenu du contexte de marché, la ministre a néanmoins désigné, à titre transitoire, les fournisseurs de secours en électricité par arrêtés des 3 et 5 novembre 2021.

EDF a été désignée fournisseur de secours pour tous les clients situés sur les zones de desserte Enedis et RTE. Les entreprises locales de distribution (ELD) sont quant à elles désignées sur leur zone de desserte respective pour toutes les catégories de clients. Pour les clients non résidentiels pour lesquels ces ELD le lui demandent, EDF est également désignée fournisseur de secours.

Les modalités de la fourniture de secours transitoire n'ont pas encore été approuvées par la ministre à date, mais elles devraient l'être très prochainement compte tenu de la nécessité d'assurer l'approvisionnement des clients d'Hydroption et de Bulb.

Environnement

Affaire Grande Synthe : Pour mémoire, en novembre 2020, le Conseil d'Etat, saisi par la commune de Grande-Synthe d'un recours contre le refus du Gouvernement de prendre toute mesure utile pour infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre, avait ordonné un supplément d'instruction pour apprécier s'il y avait effectivement une réduction du niveau des émissions de gaz à effet de serre en France.

Ce supplément d'instruction réalisé, le Conseil d'Etat a estimé le 1^{er} juillet 2021 que des mesures additionnelles pour réduire les émissions de gaz à effet de serre en France étaient nécessaires. Il annule donc le refus implicite de prendre ces mesures supplémentaires et ordonne au Gouvernement de les édicter avant le 31 mars 2022.

Affaire Les amis de la Terre : En juillet 2020, le Conseil d'Etat avait ordonné au

Premier ministre d'élaborer, sous une astreinte de dix millions d'euros par semestre de retard, des plans relatifs à la qualité de l'air (dioxyde d'azote et particules fines).

Dans une décision du 4 août 2021, le Conseil d'Etat constate que son injonction demeure encore partiellement inexécutée dans treize zones du territoire bien que des améliorations soient constatées. Il liquide donc l'astreinte.

Affaire du siècle : Par un jugement du 3 février 2021, le tribunal administratif de Paris a considéré que l'Etat devait réparer le préjudice écologique causé par le non-respect des objectifs fixés par la France en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Il a également ordonné un supplément d'instruction avant de statuer sur l'évaluation et les modalités de réparation concrètes de ce préjudice.

Par un jugement du 14 octobre dernier, le tribunal constate que le préjudice écologique perdure à hauteur de 15 Mt CO_{2eq} et ordonne à l'Etat de prendre toutes les mesures utiles de nature à réparer de manière effective ce préjudice écologique d'ici le 31 décembre 2022. A suivre.

Ferroviaire

Ouverture à la concurrence du transport de voyageurs : Le 28 octobre 2021, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a confié à Transdev l'exploitation, pour une durée de 10 ans, de la liaison TER Marseille-Nice à partir de 2025. Cette ligne concerne 10% de l'offre régionale et constitue la première ligne TER confiée à un opérateur alternatif à SNCF Mobilités.

S'agissant des lignes à grande vitesse, Trenitalia – l'opérateur ferroviaire italien – fait circuler ses trains depuis le 18 décembre 2021 sur l'axe Paris-Lyon-Milan. Il s'agit du premier opérateur à entrer sur le marché de la grande vitesse en France, depuis l'ouverture de ce secteur à la concurrence en décembre 2020.

Investissements étrangers

Abaissement du seuil de contrôle des investissements étrangers : Un décret du 22 décembre 2021 proroge d'un an supplémentaire la mesure d'abaissement de 25 % à 10 % du seuil d'acquisition des droits de vote susceptible de déclencher le contrôle dans les sociétés françaises cotées exerçant des activités sensibles pour la sécurité

publique, l'ordre public et les intérêts de la défense nationale. Cette mesure reste donc en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022.

Activités de R&D portant sur des technologies critiques : Depuis le 1^{er} janvier 2022, les activités de R&D portant sur des technologies critiques incluent désormais les technologies intervenant dans la production d'énergies renouvelables. Les investissements étrangers portant sur de telles activités sont ainsi susceptibles d'être soumis à une autorisation préalable du Ministre de l'Economie.

Service public

Loi contre le séparatisme : Cette loi impose à tout organisme chargé de l'exécution d'un service public le respect des principes d'égalité, de laïcité et de neutralité, que cette exécution soit confiée directement par la loi ou par le règlement ou *via* l'attribution d'un contrat de la commande publique.

Cet organisme doit prendre les mesures nécessaires à cet effet et, en particulier, il doit veiller à ce que ses salariés ou les personnes sur lesquelles il exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité. Il doit également veiller à ce que ses sous-traitants s'assurent du respect de ces obligations.

En outre, la loi exige que les contrats de la commande publique ayant pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public comportent des clauses (i) rappelant les obligations pesant sur le titulaire (cf. supra) et (ii) précisant les modalités de contrôle et de sanction de ce dernier lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés.

Urbanisme

Modification simplifiée du plan local d'urbanisme (PLU) : Le Conseil d'Etat précise qu'il est possible de recourir à la procédure de modification simplifiée d'un PLU pour corriger une erreur matérielle dès lors qu'elle conduit à une contradiction évidente avec les intentions des auteurs du PLU, telles qu'elles ressortent des documents constitutifs du PLU.

Votre contact



Fanny Mahler, *avocat conseil*
Droit public et secteurs régulés
fanny.mahler@magenta-legal.com
+ 33 1 42 25 65 04