

Contrats publics

Concessions de service public et aides d'Etat: des enjeux à concilier

Audrey Maurel / Terence Cabot,
département Droit public des affaires
et **Juliette Hochart / Pauline de Lanzac**,
département Droit de la concurrence,
cabinet Latournerie Wolfrom Avocats

La licéité des contrats de concession de service public passe nécessairement par la vérification de leur conformité au droit des aides d'Etat. Le versement d'aides publiques, indispensable dans certains cas pour la viabilité de tels contrats, peut en effet être soumis au contrôle préalable et obligatoire de la Commission européenne, faisant ainsi peser une forte contrainte sur les intérêts des parties en présence.

Quelles sont les aides susceptibles de devoir être autorisées par la Commission ?

Tout « avantage » donné à un concessionnaire de service public par une entité publique, quelle que soit la forme qu'il revêt, doit en principe être notifié par l'Etat et autorisé par la Commission européenne avant son octroi.

Outre les subventions publiques, les garanties d'emprunt consenties par la personne publique ou encore la mise à disposition de biens publics au profit du délégataire (terrains, équipements, etc.) peuvent devoir être notifiées. Tel sera le cas si ces avantages n'auraient pu être obtenus dans les mêmes conditions auprès d'un investisseur privé, ou ne se limitent pas à la seule compensation des charges supportées par le concessionnaire pour assurer l'exécution d'obligations de service public.

Il faut donc, avant la conclusion du contrat, analyser chacune des clauses qu'il contient afin d'identifier les dispositifs susceptibles de devoir être notifiés à la Commission européenne.

Toutes les aides publiques sont-elles systématiquement soumises à cet examen préalable ?

Non. Sous certaines conditions, le projet d'octroi d'une aide par une personne publique n'aura pas à être notifié à la Commission européenne. C'est le cas lorsque l'aide remplit exactement les critères d'exemption posés par les textes européens.

A titre d'exemple, les aides ayant pour objet le financement de la construction ou de la modernisation de certaines infrastructures locales échappent à l'obligation de notification sous réserve de remplir toutes les conditions définies par le règlement général d'exemption par catégorie n° 651/2014 adopté par la Commission européenne le 17 juin 2014 (art. 56). Le règlement prévoit notamment que, pour bénéficier d'une exemption à l'obligation de notification, les aides en faveur des infras-

tructures locales ne pourront excéder «10 millions d'euros ou des coûts totaux supérieurs à 20 millions d'euros pour une seule et même infrastructure».

L'adoption en 2014 de ce règlement d'exemption révisé s'inscrit dans la volonté exprimée ces dernières années de parvenir à un allègement de la charge administrative pesant sur les Etats. Cependant, en dépit de cette évolution, dès qu'une aide n'entre pas exactement dans une des catégories d'exemption définies par les textes et excède 200 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux, il convient en principe de saisir la Commission avant son octroi.

Quelles conséquences la notification d'une aide aura-t-elle sur la procédure de concession de service public ?

La notification d'un projet d'aide peut avoir des conséquences importantes sur le calendrier de la procédure de passation du contrat de concession.

Cette notification a un effet suspensif : les mesures projetées ne pourront être mises à exécution tant que la Commission n'aura pas rendu une décision constatant la compatibilité du dispositif →

Ce qu'il faut retenir

► La modernisation de la politique des aides d'Etat et la volonté exprimée ces dernières années d'alléger la charge administrative pesant sur les Etats membres ne doit pas diminuer la vigilance dont ceux-ci doivent faire preuve dans l'octroi d'«avantages» aux concessionnaires de service public.

► Il est conseillé aux acteurs publics, dès le lancement de la procédure de passation des contrats de concession, d'évaluer le risque que les aides publiques envisagées à ce titre soient soumises à l'examen préalable de la Commission européenne et, le cas échéant, de prendre rapidement contact avec les services de la Commission européenne pour ne pas retarder la conclusion et/ou la mise en œuvre effective du projet.

► Si le caractère illégal d'une aide implique pour le concessionnaire de restituer intégralement l'aide accordée, ce dernier pourra engager la responsabilité de l'Etat et demander réparation du préjudice subi. Par ailleurs, l'obligation de restitution de l'aide pourra avoir de lourdes conséquences sur la pérennité du contrat de concession et obliger les parties à résilier celui-ci si la restitution entraîne une modification substantielle de l'économie générale du contrat.

→ envisagé avec le marché intérieur.

La durée de la procédure varie d'un projet à l'autre et peut être comprise entre deux mois dans les cas les plus simples et vingt mois, voire davantage, dans les cas les plus complexes. Il est dès lors fortement recommandé aux personnes publiques d'entamer avec les services de la Commission européenne des contacts informels dits de pré-notification en amont de la procédure. Cette démarche anticipée permettra de réduire la durée d'examen de la mesure lorsque celle-ci sera formellement notifiée et limitera le report de la date d'entrée en vigueur du contrat.

Quels enjeux l'absence de notification d'une aide soulève-t-elle pour la mise en œuvre du projet ?

Dans certains cas, les parties peuvent préférer ne pas notifier le projet d'aide, de sorte que le concessionnaire puisse réaliser au plus tôt les ouvrages concernés. Cela d'autant plus lorsque la gestion du service aux risques et périls du délégataire s'opère dans un secteur concurrentiel où il importe de commercialiser rapidement des offres attractives et de satisfaire les besoins des usagers en constante évolution.

Toutefois, si la mesure de soutien est bien constitutive d'une aide, l'absence de notification la rend illégale. Cela expose les parties à un risque sérieux de recours contre la validité du contrat devant le juge administratif, ou de plainte auprès de la Commission européenne. Une telle décision nécessite donc en amont l'évaluation précise d'un risque sérieux d'incompatibilité de l'aide au cas où un recours ou une plainte aboutirait. La contestation de l'aide ou de son montant pouvant résulter d'un concurrent, du représentant de l'Etat ou encore d'un membre de l'organe délibérant de la collectivité. La personne publique doit être consciente du risque de voir mise en jeu sa responsabilité.

Quelles sont les règles à respecter en matière de publicité du projet d'aide ?

Principal garde-fou prévu par la politique de modernisation des aides d'Etat, le respect de l'obligation de transparence du projet d'aide doit constituer

un des points majeurs de vigilance des personnes publiques.

Outre la publication de la délibération portant octroi de l'aide et de l'avis d'attribution du contrat, l'application des régimes d'exemption nécessite désormais de publier le projet d'aide sur un site internet local ou national et de transmettre celui-ci à la Commission (cf. règlement d'exemption précité).

L'enjeu de la publication est de faire courir le délai de recours des tiers, qui ont deux mois pour saisir le juge administratif. L'autorité délégante a donc intérêt à se conformer à ses obligations de publicité dans les plus brefs délais. Au demeurant, la publicité, en informant les tiers de l'existence du dispositif d'aide, peut les amener à déposer une plainte auprès de la Commission européenne s'ils estiment que l'aide aurait dû être notifiée. Le cas échéant, la Commission pourra enjoindre aux Etats membres de récupérer l'aide illégalement versée dans un délai de dix ans à compter du jour où elle a été accordée. Il convient pour l'autorité délégante de conserver l'ensemble des pièces justifiant le caractère licite de l'aide, en particulier celles afférentes au régime d'exemption retenu pendant cette durée.

Quels risques pèsent sur le concessionnaire bénéficiaire d'une aide illégale ?

Le concessionnaire n'est en aucun cas tenu pour responsable du versement à son profit d'une aide publique illégale, c'est-à-dire non autorisée par la Commission européenne. Toutefois, si la Commission constate un tel versement, le concessionnaire pourra se voir contraint de restituer l'intégralité du montant de l'aide augmenté d'intérêts calculés sur la base d'un taux fixé par la Commission. Le constat d'illégalité d'une aide aura donc avant tout un impact sur la situation du concessionnaire. Cela peut aussi avoir des conséquences sur la pérennité du contrat qui devra être résilié si son équilibre économique ne peut plus être assuré.

L'Etat peut-il être tenu responsable à l'égard du concessionnaire bénéficiaire d'une aide illégale ?

Le recours en responsabilité de l'Etat pour violation de l'obligation de notification d'une aide a pour objet de permettre la réparation du préjudice subi par le concessionnaire du fait de la restitution de l'aide jugée illégale. Ce dernier peut prétendre, à ce titre, au remboursement des dépenses effectuées pour l'exécution des prestations prévues contractuellement et des frais financiers et administratifs engagés pour la restitution de l'aide.

A noter cependant que son indemnisation au titre du manque à gagner du fait de la résiliation anticipée de la convention de concession pour incompatibilité de l'aide n'est reconnue à ce jour ni par la jurisprudence ni par la doctrine. Cette position se justifie par l'absence de lien de causalité directe entre la cessation des effets de la convention et la responsabilité de l'Etat (cf. CAA Paris, 23 janvier 2006, n° 04PA01092) et par l'effet utile du droit communautaire des aides d'Etat, lequel prime sur l'indemnisation intégrale du préjudice subi par l'opérateur privé.

Quels sont les enjeux à prendre en compte lors de la conclusion de la concession ?

L'incompatibilité d'une aide peut ne porter que sur une partie seulement du projet concerné. La restitution de l'aide n'impliquant pas automatiquement la fin anticipée du contrat de concession, mais la révision voire l'abandon d'un pan du projet initial. Les parties sont contraintes, en pratique, de se rencontrer pour définir les conséquences sur l'économie générale du contrat.

On observe la volonté des parties - et des prêteurs - de définir de plus en plus fréquemment, au stade de la passation du contrat, les conséquences d'une décision ultérieure d'incompatibilité de l'aide. D'une part, sur l'exécution même du contrat et l'opportunité de poursuivre ou suspendre celui-ci. D'autre part, sur les conséquences financières en résultant et l'indemnisation du concessionnaire. Celui-ci ayant droit, dans tous les cas, au remboursement de la valeur non amortie des biens de retour du fait du caractère indispensable de ceux-ci au service public délégué et de leur intégration au patrimoine du délégant.