

**N° 403335**  
**COMPAGNIE MERIDIONALE DE**  
**NAVIGATION**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 11 octobre 2017**  
**Lecture du 25 octobre 2017**

**CONCLUSIONS**

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

L'organisation juridique de la desserte maritime de la Corse depuis Marseille donne lieu depuis 2006 à un véritable feuilleton contentieux dont la première saison, couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet 2007 au 31 décembre 2013, n'a certainement pas déçu les amateurs dont l'intérêt aura été constamment soutenu par les nombreuses décisions rendues par le Conseil puis l'Autorité de la concurrence, la Commission et les juridictions européennes et, bien entendu, tous les degrés de la juridiction administrative.

Vous retrouverez dans la nouvelle saison, qui sera probablement plus brève que la précédente, les mêmes acteurs. Elle s'ouvre avec le lancement par l'Assemblée de Corse, compétente en application de l'article L. 4424-19 du CGCT pour définir les modalités d'organisation du transport maritime entre la Corse et toute destination en France, d'une nouvelle procédure d'attribution d'une délégation de service public pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2014 au 31 décembre 2023.

Les deux candidats qui s'étaient déjà disputé la précédente convention ont remis des offres : la société Corsica Ferries et un groupement composé de la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) et de la Compagnie Méridionale de Navigation (CMN). Par une délibération du 7 juin 2013, l'Assemblée de Corse, estimant que l'offre de la première société n'était pas conforme au règlement de la consultation et que celle du groupement était trop coûteuse, a demandé aux candidats de faire évoluer leurs offres afin de pouvoir procéder à de nouvelles négociations, à l'issue desquelles la collectivité a décidé, par une délibération du 6 septembre 2013, d'attribuer la délégation au groupement composé de la SNCM et de la CMN. La convention a été signée le 24 septembre suivant.

La société Corsica Ferries a saisi le TA de Bastia de conclusions en contestation de la validité de ce contrat, auxquelles il a fait droit en prononçant sa résiliation avec effet différé au 1<sup>er</sup> octobre 2016. La CAA de Marseille a confirmé ce jugement par un arrêt du 4 juillet 2016 contre lequel la CMN se pourvoit en cassation, la SNCM, représentée par son mandataire judiciaire, intervenant au soutien de son pourvoi. L'Assemblée de Corse ne s'est pas manifestée devant vous. Son désintérêt s'explique probablement par sa décision de modifier à partir de 2019 l'organisation juridique de ce service en renonçant à la délégation de

service public au profit de la mise en place de sociétés d'économie mixte d'exploitation, une délégation de service public ayant été conclue pour une brève durée jusqu'à cette date. La troisième saison, si elle a lieu, sera donc très différente des deux précédentes qui, du moins en ce qui concerne la juridiction administrative, se ressemblent beaucoup.

Précisons avant d'étudier les moyens du pourvoi que le présent litige, compte tenu de la date à laquelle il a été enregistré, s'inscrit dans le cadre contentieux antérieur à votre décision d'Assemblée du 4 avril 2014, *Dépt de Tarn-et-Garonne* (n° 358994), posé par votre décision *Tropic Travaux Signalisation* (Ass, 16 juil 2007). La société Corsica Ferries, candidate évincée, était donc recevable à soulever tous les moyens de légalité du contrat.

Le tribunal et la cour en ont retenu deux : le premier est tiré de ce qu'en rejetant l'offre de la société Corsica Ferries sans l'évaluer comme non conforme au règlement de la consultation, la collectivité délégante a méconnu le principe d'égalité entre les candidats ; le second est tiré de ce que les compensations financières prévues dans le cadre de la convention revêtent le caractère d'une aide d'Etat qui, en l'absence de notification préalable à la Commission, était illégale.

Les trois premiers moyens du pourvoi sont dirigés contre les motifs par lesquels la cour a accueilli le premier moyen. La société requérante soutient que la cour a inexactement qualifié les faits en considérant que l'offre de la candidate évincée était conforme au règlement de la consultation, commis une première erreur de droit en ne tenant pas compte, dans cette appréciation, de la phase de négociation et une seconde en en déduisant une méconnaissance du principe d'égalité.

S'agissant de ce dernier moyen, vous écarterez sans difficultés l'erreur de droit : il ne fait aucun doute que le fait d'écartier à tort une offre comme non conforme au règlement de la consultation, sans l'évaluer comme l'a relevé la cour, porte atteinte au principe d'égalité entre les candidats (voyez, en référé suspension : 29 juillet 1998, *Garde des sceaux*, n° 177952, aux T).

Quant à l'appréciation du caractère conforme de l'offre au règlement de la consultation, nous pensons tout d'abord que vous devez vous limiter à contrôler qu'elle ne procède pas d'une dénaturation des pièces du dossier soumis aux juges du fond. Une telle appréciation consiste en effet à comparer les éléments factuels d'une offre avec les conditions du règlement de consultation, dont l'interprétation et la portée, comme celles de toutes clauses contractuelles, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'appréciation portée en l'espèce par la Cour sur la conformité de l'offre de la société Corsica à l'article 6-2 du règlement de la consultation nous semble ensuite exempte de dénaturation.

L'offre présentée par Corsica Ferries comportait une offre pour chacun des cinq ports de Corse devant être desservis (Bastia, Ajaccio, Porto-Vecchio, Propriano, Balagne), une offre dite « Grand Sud » desservant trois ports, et des combinaisons de lignes individuelles, qui ne couvraient toutefois que partiellement l'ensemble des ports concernés, la compagnie ne pouvant desservir à la fois Bastia et Ajaccio, soit 16 hypothèses en tout. La collectivité délégante a écarté l'offre au motif que le candidat devait faire connaître la ou les lignes sur lesquelles il se positionnait et ne pouvait proposer un panel de possibilités alternatives.

Pourtant, l'article 6-2 du règlement de la consultation stipulait que « *L'offre de base du candidat peut porter sur l'une, plusieurs ou toutes les lignes maritimes entre le port de Marseille et les ports de Corse. Les candidats peuvent faire une offre globale, sous réserve de la détailler ligne par ligne* ». La cour ne nous paraît donc pas avoir dénaturé les termes que nous venons de citer en jugeant qu'ils laissaient aux candidats la possibilité d'allotir leurs offres et, par conséquent, de proposer des combinaisons alternatives entre les lignes correspondant à autant de lots. Cette présentation n'empêchait pas une appréciation des offres ligne par ligne, seule condition posée par le règlement de la consultation.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la société requérante, l'autorité déléguée n'a pas modifié le règlement de la consultation en demandant à la société Corsica ferries, au cours de la négociation, si elle était en mesure « d'assurer la totalité de la desserte de la Corse ». La cour n'a donc commis aucune erreur de droit en ne tenant pas compte de cette circonstance dans l'appréciation de la conformité de l'offre de cette société au règlement de la consultation.

Les cinq moyens suivants, qui nous retiendront plus longtemps, portent sur les motifs par lesquels la Cour a jugé que l'ensemble des compensations financières prévues dans le cadre de la convention litigieuse présentait le caractère d'une aide d'Etat qui devait être notifiée à la Commission en application du § 3 de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Vous savez que si l'article 107 de ce traité interdit en principe comme incompatibles avec le marché commun « *les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* » et que s'il n'appartient qu'à la Commission, en vertu de l'article 108, sous le contrôle de la CJUE, de décider si une telle aide est ou non compatible avec le marché commun, il incombe en revanche au juge national de sanctionner l'illégalité que représente l'absence de notification d'une aide d'Etat<sup>1</sup>, ce qui implique donc qu'il détermine si le projet de financement public concerné représente bien une aide d'Etat (13 juillet 2012, *Cté de cnes d'Erdre et Gesvres et autres*, n° 347073, au rec). Cette qualification fait l'objet d'un entier contrôle de cassation (voyez notamment 13 juillet 2012, *Compagnie méridionale de Navigation*, n° 355616).

L'applicabilité de ces règles à la convention litigieuse n'est ni contestée ni contestable. L'article 33 de la convention prévoit le versement par la collectivité de Corse au délégataire d'une contribution forfaitaire annuelle en compensation des charges de service public que constitue le service de base.

De telles compensations financières entrent dans le champ d'application des règles européennes mais elles échappent à la qualification d'aides d'Etat si quatre conditions sont réunies, comme l'a indiqué la CJCE dans son arrêt *Altermark* du 24 juillet 2003 (aff. C-280/00). La CAA de Marseille a considéré que seule la première condition, tenant à ce que

---

<sup>1</sup> CE, 2 juin 1993, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, req. n° 69726 et 69727, A ; 6 novembre 1998, *Comité national interprofessionnel de l'horticulture florale*, req. n°171576, A.

l'entreprise bénéficiaire de la compensation soit effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et que ces obligations soient clairement définies, était remplie.

La société requérante critique successivement les motifs par lesquels elle a jugé que les trois autres ne l'étaient pas.

La deuxième condition tient à ce que « les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de manière objective et transparente, afin d'éviter qu'elle ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes » (selon les termes de l'arrêt *Altmark*).

La Cour a jugé que tel n'avait pas été le cas car la société Corsica Ferries n'avait pu, malgré sa demande, obtenir de l'autorité adjudicatrice la communication du montant de la subvention versée au délégataire sortant pour le service de base alors que l'assemblée de Corse avait décidé que la contribution serait plafonnée à un montant « calculé à partir du montant actuel de la subvention versée pour le service de base augmenté de l'incidence financière d'une éventuelle baisse des tarifs fret et du tarif résident ». Elle a considéré que « dès lors que seule la SNCM, délégataire sortant, disposait de cette donnée nécessaire à l'établissement des offres, les paramètres sur la base desquels a été calculée cette compensation ne peuvent être regardés comme ayant été préalablement établis de façon objective et transparente ».

Ce faisant, elle nous semble avoir commis l'erreur de droit que lui reproche la société requérante, consistant à avoir confondu égalité entre les candidats et transparence des paramètres de détermination de la subvention.

Vous avez déjà eu l'occasion de faire application de cette condition à une compensation de service public dont le montant n'était pas déterminé a priori par la collectivité publique mais faisait partie, comme en l'espèce, des critères de sélection des offres, l'offre la plus compétitive sur ce point étant celle qui proposait la plus faible subvention. Vous avez jugé que « le montant de la subvention accordée à l'exploitant ayant été déterminé dans le cadre d'une procédure transparente de publicité et de mise en concurrence en vue de la passation d'une délégation de service public, dont les documents de consultation indiquaient qu'il constituerait un des critères de sélection, et les candidats à la délégation ayant pu disposer de toutes les informations requises pour déterminer, sur la base de données objectives, le niveau de subvention sur lequel ils pouvaient prendre le risque de s'engager afin d'atteindre un niveau de rentabilité satisfaisant sur la durée de la concession, la condition tenant à ce que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation aient été préalablement établis de façon objective et transparente doit être regardée comme satisfaite » (13 juillet 2012, *Cté de cnes d'Erdre et Gesvres et autres*, précitée). Ainsi, la procédure de sélection assure l'objectivité et la transparence des paramètres de calcul de la subvention puisque son montant est proposé par les candidats à partir des données objectives de l'exploitation du service dont dispose la collectivité délégante et à condition qu'elle les leur ait fournies.

Dans ce cadre, la cour devait seulement rechercher si les données relatives aux coûts induits par les obligations de service public imposées au futur exploitant que la subvention avait vocation à compenser avaient été transmises aux candidats. Or le plafond de la

subvention que s'était fixé la collectivité ne fait pas partie de ces données. Le montant maximum des charges de service public que la collectivité est disposée à assumer relève d'un choix politique qui ne dépend pas nécessairement du coût réel qu'elles représentent. Il s'agit d'un élément d'appréciation des mérites des offres qui aurait éventuellement pu conduire l'autorité adjudicatrice à déclarer infructueuse la procédure si les deux offres avaient proposé des montants supérieurs à ce seuil. A cet égard, cette information n'était pas inutile aux candidats dans le cadre de la compétition pour l'obtention de la convention, afin de ne pas risquer de se disqualifier d'emblée et il aurait certainement été préférable qu'ils en disposent tous les deux. Mais, elle n'était pas indispensable à ce titre, puisqu'ils devaient en tout état de cause proposer la subvention la plus basse, et encore moins à celui de la détermination objective de son montant, qui dépendait du coût du service de base. Les documents de la consultation comportaient toutes les données nécessaires pour l'établir puisqu'ils précisaient les capacités générales minimales de passagers et de fret ainsi que le nombre de fréquences hebdomadaires imposées par la convention. En jugeant que le plafond de la subvention que la collectivité publique acceptait de verser au délégataire faisait partie des paramètres de base du calcul de son montant, la cour a donc commis une erreur de droit.

La Cour a également jugé non remplie la troisième condition, selon laquelle « la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». Cette condition vise aussi à « garantir que n'est accordé à l'entreprise bénéficiaire aucun avantage qui fausse ou menace de fausser la concurrence en renforçant la position concurrentielle de cette entreprise ». Dans une communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de service d'intérêt économique général, la Commission européenne a précisé que ce bénéfice raisonnable devait s'entendre du « taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne » rendant des services similaires dans le même secteur ou dans des secteurs comparables.

La cour est arrivée à cette conclusion après avoir relevé d'une part que le montant du plafond de la compensation avait été déterminé en fonction d'éléments – la précédente subvention et les incidences d'une éventuelle baisse des tarifs – sans rapport avec les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, d'autre part que la convention ne prévoyait d'autre compensation que celle de la prise en compte de l'évolution des prix unitaires des combustibles. Sur le premier point, la cour a précisé que la collectivité n'établissait pas que le montant de la précédente subvention aurait été calculé en fonction de ces coûts.

La requérante ne critique pas ces constatations mais soutient que la cour a commis une erreur de droit en n'appréciant pas elle-même si la compensation n'était pas manifestement excessive au regard du coût des obligations de service public et qu'elle aurait du constater que l'exécution de la convention n'était pas susceptible d'engendrer une surcompensation.

Vous ne pourrez la suivre dans ce raisonnement, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, ni la jurisprudence de la CJUE, ni la votre ne justifient de limiter votre contrôle à une erreur manifeste d'appréciation de la couverture des coûts de service public.

Tout au contraire, il apparaît que cette couverture correspond au plafond au-delà duquel la subvention doit nécessairement être qualifiée d'aide d'Etat. Cela ressort tant des lignes directrices posées par la Commission pour l'application de cette condition que de votre décision précitée du 13 juillet 2012 par laquelle vous avez jugé qu'elle était en l'espèce remplie après avoir relevé que le taux de rentabilité interne de la subvention accordée au délégataire « correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des concessions de ce type ; que le cahier des charges prévoit en outre une clause de reversement à l'Etat au cas où l'excédent brut d'exploitation dépasserait les prévisions ; que la subvention ne dépasse donc pas ce qui est nécessaire pour permettre à l'entreprise d'atteindre un niveau de rentabilité considéré comme raisonnable pour les entreprises du secteur concerné ».

Ensuite, la cour n'était tenue de vérifier la réalisation de cette condition qu'au regard des éléments dont elle disposait, qui lui avaient été transmis par les parties et plus particulièrement par la collectivité de Corse, qui était la mieux placée pour justifier du calcul du montant de la subvention litigieuse. La CJUE ne raisonne pas autrement (voyez par exemple : 2 septembre 2010, *Commission c/ Deutsche Post*, aff. C-399/08, §46-47 et 54-55, Rec. 2010 I-07831). Or, en l'espèce, la Collectivité de Corse se bornait à faire valoir que le rapport d'attribution de la précédente délégation établissait un taux de rentabilité moyen, ce qui, comme l'a relevé la cour, était inexact, et à invoquer la compensation de l'évolution du prix du combustible.

En répondant précisément aux arguments que la collectivité avançait pour justifier du montant de la subvention qu'ils n'établissaient pas que son montant avait été calculé en fonction des coûts des obligations de service public, selon les modalités d'interprétation rappelées par la Commission européenne, la cour n'a donc commis aucune erreur de droit.

Elle n'était par ailleurs pas tenue de répondre expressément à l'argument de la requérante qui faisait valoir devant elle que la précédente subvention prévue au titre du service de base avait été validée par la Commission européenne. Ce moyen était en effet inopérant puisqu'il portait sur une subvention attribuée au titre d'une autre convention : la circonstance qu'elle ait servi de référence pour déterminer le plafond de la subvention litigieuse n'établit pas que ce plafond correspond nécessairement aux coûts d'exploitation des obligations de service public, qui ne sont pas identiques dans les deux conventions.

Le dernier moyen concerne la quatrième condition que la décision *Altmark* pose en ces termes : « lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ».

La cour a considéré que l'absence d'examen de l'offre de la société Corsica Ferries n'ayant pas permis de sélectionner le candidat capable de fournir la prestation au moindre coût pour la collectivité, il convenait de faire application des critères de détermination du niveau de la compensation que pose la CJUE.

La société requérante reproche à la Cour d'avoir eu une conception restrictive de la notion de « procédure de marché public » qui ne serait pas limitée à l'application du code des marchés publics. Mais ce n'est pas ce qu'a jugé la cour qui a considéré de manière plus générale que la seule offre concurrente ayant été écartée sans être évaluée, le candidat retenu l'avait été par défaut et non parce qu'il proposait ses services au moindre coût. Ce raisonnement nous paraît exempt d'erreur de droit et correspondre parfaitement à la finalité de la première branche de cette quatrième condition qui vise à déterminer le montant de la subvention strictement nécessaire aux charges spéciales du service public par le jeu de la concurrence. Il faut pour cela que la procédure de sélection ait permis de faire jouer effectivement la concurrence par le prix, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il n'y a qu'un candidat ou que l'offre de l'un des deux candidats a été écartée sans être comparée à celle de l'autre.

Si vous nous suivez, vous constaterez que si la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la deuxième condition de la jurisprudence *Altmark* n'était pas remplie, elle n'en a pas commis en jugeant que les troisième et quatrième conditions ne l'étaient pas. Ces conditions étant cumulatives, l'erreur dont sont entachés les motifs relatifs à la deuxième condition est sans incidence sur la qualification d'aide d'Etat retenue par la cour et sa conséquence sur l'illicéité de la convention qui institue une telle aide alors qu'elle n'a pas été notifiée à la Commission.

**EPCMNC** : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de la société Cie méditerranéenne de navigation le versement à la société Corsica Ferries d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.