

# LA GAZETTE

## MENSUELLE DE L'AMDPA

12

ÉDITION DE DÉCEMBRE

2024

### À LA UNE



**Veille d'actualité** – Sélection de jurisprudences et de textes

**Commentaires** – Sélection de jurisprudences

- *Précision sur les modalités d'évaluation de la saturation visuelle des parcs éoliens*
- *Le tiers à la sanction administrative d'une autorité de régulation : l'ouverture d'une boîte de pandore contentieuse ?*

**Focus juridique** – Article pratique

- *Aide d'État incompatible : quelle stratégie pour l'entreprise bénéficiaire de l'aide*

# VEILLE D'ACTUALITÉS

SÉLECTION DE JURISPRUDENCES ET DE TEXTES

## MARCHÉS ET CONTRATS PUBLICS

**CJUE, 7 novembre 2024, C-683/22, Adusbef :**  
*Concession - modification - modification de l'autorité diligente - faute du concessionnaire - modification du capital social - modification substantielle - principe de transparence*

*Une faute contractuelle du concessionnaire ne saurait être considéré, par elle-même, comme une circonstance qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, et ne permet donc pas de modifier la concession.*

*Dans la mesure où les modifications affectant le capital social du concessionnaire, quand bien même elles seraient significatives, ne modifient pas la concession, elles n'imposent donc pas une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.*

*L'existence de nouvelles obligations imposées au concessionnaire, comme le paiement d'une compensation financière ou le renforcement des normes de sécurité de l'ouvrage concédé, ne saurait être considérés, à elles-seules, comme des modifications substantielles altérant l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire.*

*Le principe de transparence impliquent de motiver la décision de modifier la concession sans publicité ni mise en concurrence, même en dehors des cas nécessitant la publication d'un avis de modification*

*La directive concession n'impose pas au pouvoir adjudicateur de vérifier les motifs d'exclusion et d'apprécier la fiabilité du concessionnaire dans le cas d'une modification contractuelle.*

**CE, 31 octobre 2024, n°490242, Métropole Aix-Marseille Provence :**  
*Marché public – indemnisation – éviction irrégulière – manque à gagner (calcul)*

*Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le contrat. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre.*

*Le juge recherche ensuite si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le contrat. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. Le manque à gagner de l'entreprise est évalué par la soustraction du total du chiffre d'affaires non réalisé de l'ensemble des charges variables et de la quote-part des coûts fixes affectée à l'exécution du marché.*

Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité et si les chances sérieuses de l'entreprise d'emporter le contrat sont établies, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

Il incombe au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats et la durée de celle-ci.

Dans le cas où le contrat a été résilié par la personne publique, il y a lieu, pour apprécier l'existence d'un préjudice directement causé par l'irrégularité et en évaluer le montant, de tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, afin de déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du concurrent évincé si le contrat avait été conclu avec lui et si sa résiliation avait été prononcée pour les mêmes motifs que celle du contrat irrégulièrement conclu.

**CAA Marseille, 25 novembre 2024, n° 23MA01118, SASU Chiripo** : Recours indemnitaire - marché public - éviction irrégulière (non) - notation

L'acheteur public définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation.

Une méthode de notation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

La méthode de notation, qui valorise de manière importante des différences de délai très faibles entre candidats, revient à accorder le même avantage en termes de points à un candidat ayant proposé des délais de livraison légèrement plus courts que ceux de son concurrent, et à un candidat ayant proposé un prix très significativement inférieur, cette circonstance n'est pas nécessairement de nature à priver le critère de sa portée ou à neutraliser sa pondération.

**Cass., Com., 14 novembre 2024, n°23-17.609, Sté LySécurité** : Référé précontractuel – juge judiciaire – offre anormalement basse (appréciation)

il n'appartient pas au juge d'apprécier si l'offre en question, au stade de l'analyse des offres, apparaît anormalement basse, mais de déterminer si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation dans sa décision de rejeter l'offre compte tenu des explications fournies par le candidat,

*Le caractère anormalement bas d'une offre ne peut résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres ou entre cette même offre et l'estimation effectuée par l'acheteur, mais cet écart est de nature à justifier le déclenchement de la procédure de vérification*

*Le soumissionnaire dont l'offre a été rejeté au motif qu'elle est anormalement basse ne peut pas se prévaloir d'éléments qu'elle n'a pas communiqués à l'acheteur dans le cadre de la procédure de vérification.*

*en cas de conclusion du contrat pendant la période de suspension, le candidat évincé qui a introduit un recours précontractuel peut modifier ses demandes devant le juge et conclure à l'annulation de ce contrat, sur le fondement des textes applicables au recours contractuel.*

**Cass., Com., 14 novembre 2024, n° 23-15.781, Sté Active audit : Référé précontractuel – référé contractuel – juge judiciaire**

*En cas de conclusion du contrat pendant la période de suspension, le candidat évincé qui a introduit un recours précontractuel peut modifier ses demandes devant le juge et conclure à l'annulation de ce contrat, sur le fondement des textes applicables au recours contractuel.*

ACTES

ADMINISTRATIFS

UNILATÉRAUX

**CE, 13 novembre 2024, n°494568, M. D. c. CNIL : Droit de la régulation - CNIL - plainte - légalité externe - procédure contradictoire (non)**

Aucun texte n'impose le respect d'une procédure contradictoire à l'occasion de l'examen par la CNIL d'une plainte au titre de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

**CE, 19 novembre 2024, n°474435, Mme C. c. Conseil de l'ordre des avocats : juridiction (notion) – procédure disciplinaire – documents – communication (non)**

Eu égard à sa composition, à la procédure suivie devant elle, aux sanctions qu'elle est susceptible de prononcer et à la faculté de contester celles-ci, par la voie de l'appel, l'instance disciplinaire du Conseil de l'ordre des avocats doit être regardée comme un organe juridictionnel.

Il en résulte que les documents qui conduisent à la saisine de l'instance disciplinaire et ceux qui sont établis au cours de la procédure disciplinaire proprement dite se rattachent à la fonction juridictionnelle et n'ont, dès lors, pas le caractère de documents administratifs, et ne peuvent donc faire l'objet d'une communication.

Il en va de même du signalement ou de la plainte dont le bâtonnier est saisi et des documents établis, le cas échéant, dans le cadre de l'enquête déontologique qu'il peut décider de diligenter avant de saisir, s'il y a lieu, l'instance disciplinaire, qui constituent les premières étapes de la procédure disciplinaire, sans qu'ait d'incidence à cet égard le fait que le bâtonnier décide ou non de saisir l'instance disciplinaire.

**CE, 22 novembre 2024, n°497993, Sté NRJ 12 et Sté NRJ Group : Droit de la régulation - attribution des fréquences - Arcom – procédure – acte justiciable – irrecevabilité**

Dans le cadre de la procédure d'attribution des autorisations d'usage des ressources radioélectriques pour la diffusion de services de TNT, il incombe à l'Arcom, après s'être prononcée sur la recevabilité des candidatures reçues, de poursuivre l'instruction des dossiers déclarés recevables.

Il est loisible à celle-ci de rendre publique au cours de cette instruction une liste de candidats avec lesquels elle s'apprête à engager la négociation de la convention prévue par l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986, dès lors qu'il ne saurait s'agir pour elle de statuer définitivement, dès ce stade, sur le rejet de certaines candidatures. Toutefois, cette liste constitue une mesure préparatoire non détachable des décisions d'attribution des autorisations et elle ne saurait, par suite, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir

En revanche, les candidats qui seront définitivement écartés à l'issue de la procédure pourront en revanche, au même titre que toute personne disposant d'un intérêt suffisant pour ce faire, contester devant ce juge, y compris par la voie du référé, les autorisations délivrées ainsi que les rejets opposés à leurs propres candidatures, qui leur seront notifiés.

## DROIT DE L'URBANISME

**CE, 28 novembre 2024, n°488592, M. B. A. c. Cne de Saint-Jean-de-Sixt et SAS CoFa :** notification du recours - recevabilité - adresse

L'article R.600-1 du Code de justice administrative, relatif à l'obligation pour l'auteur d'un recours contentieux ou administratif contre une autorisation d'urbanisme de notifier son recours au bénéficiaire et à l'auteur de l'autorisation, vise, dans un but de sécurité juridique, à permettre au bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme, ainsi qu'à l'auteur de cette décision, d'être informés à bref délai de l'existence d'un recours gracieux ou contentieux dirigé contre elle.

Si, à l'égard du titulaire de l'autorisation, cette formalité peut être regardée comme régulièrement accomplie dès lors que la notification lui est faite à l'adresse qui est mentionnée dans l'acte attaqué, la notification peut également être regardée comme régulièrement accomplie lorsque, le panneau d'affichage du permis de construire faisant apparaître, alors même que l'article A. 424-16 du Code de l'urbanisme ne l'impose pas, une

adresse comme étant la sienne, la notification est faite à cette adresse.

**CE, 29 novembre 2024, n°498358, UDAF :** QPC – infractions aux règles d'urbanisme – Procédure -Droit de La défense - Droit de se taire (non)

Les dispositions de l'article L. 480-1 du Code de l'urbanisme ont pour seul objet de déterminer les catégories d'agents publics habilités à procéder au constat matériel de certaines infractions en matière d'urbanisme, ainsi que de dresser des procès-verbaux. La copie du procès-verbal constatant une infraction doit être transmise sans délai au ministère public, qui apprécie l'opportunité des poursuites.

Si la disposition précitée n'exclue pas que soit entendue, par l'agent public chargé de constater l'infraction, toute personne présente à l'occasion du constat, y compris le cas échéant la personne susceptible de faire l'objet de poursuites si celles-ci sont ultérieurement engagées, elles n'ont pas pour objet de prévoir et d'organiser une telle audition. Il n'y a donc pas une méconnaissance de l'article 9 de la DDHC en tant que la disposition ne prévoit pas la garantie tenant à ce que la personne en cause soit informée du droit qu'elle a de se taire.

**CE, 18 novembre 2024, n°489066, Sté Alliade Habitat :** plan local d'urbanisme (PLU) – orientations d'aménagement et de programmation (OAP) – comptabilité (appréciation) – erreur de droit

*une autorisation d'urbanisme ne peut être légalement délivrée si les travaux qu'elle prévoit sont incompatibles avec les OAP d'un PLU et, en particulier, en contrarient les objectifs. Cette compatibilité s'apprécie en procédant à une analyse globale des effets du projet sur l'objectif ou les différents objectifs d'une OAP, à l'échelle de la zone à laquelle ils se rapportent.*

Doit être annulé la décision du juge qui, pour annuler partiellement une autorisation d'urbanisme, relève que le PLU comporte une OAP applicable dans le périmètre d'assiette du projet litigieux, qui prévoit, pour renforcer la mixité fonctionnelle à l'entrée du village et garantir la mise en œuvre du projet communal dans les dix années à venir, qu'une part importante des surfaces de plancher aménagées dans le cadre du renouvellement potentiel des parcelles longeant la route, au nord du périmètre, devra ainsi permettre l'accueil d'activités de services. Et ce alors que le permis litigieux prévoit la création de dix-sept logements à usage d'habitation répartis dans trois bâtiments sans qu'une partie des surfaces de plancher créées ne permette l'accueil d'activités de services. Le juge n'a pas recherché si les effets de ce projet devaient être regardés comme suffisants pour contrarier, par eux-mêmes, les objectifs de l'OAP.

**CE, 18 novembre 2024, n°470716, Sté L'Immobilière Groupe Casino** : Plan local d'urbanisme (PLU) – Projet d'aménagement et de développement durables (PADD) – modification – révision – délai (point de départ)

Au-delà du délai neuf ans pour opérer à la procédure de modification du PLU, l'autorité ne peut ouvrir à l'urbanisation la zone en cause qu'en ayant recours à la procédure de révision conformément à l'article L.153-31 du Code de l'urbanisme.

Le délai de neuf ans, que la disposition précitée prévoit, court, soit à compter du classement initial comme zone AU du secteur en cause, soit, le cas échéant, à compter d'une révision ultérieure du PLU portant, notamment par l'adoption d'un nouveau PADD, sur un projet d'aménagement pour ce secteur.

**CE, 18 novembre 2024, n°476298, Consorts C** : Certificat d'urbanisme (effets) - caractère exécutoire – cristallisation (portée)

Le bénéficiaire d'un certificat d'urbanisme peut se prévaloir du bénéfice de la cristallisation des règles d'urbanisme dès lors qu'il dépose sa demande dans le délai de dix-huit mois suivant la délivrance dudit certificat, et ce sans qu'ait d'incidence à cet égard le respect des conditions de publicité et de transmission au représentant de l'État par ailleurs posées par les dispositions des articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT pour qu'un tel acte devienne exécutoire.

Par ailleurs, il ne résulte pas des dispositions de l'article L. 410-1 du Code de l'urbanisme qu'un permis de construire déposé dans le délai de dix-huit mois suivant la délivrance du certificat d'urbanisme ne puisse être complété, à peine de perte du droit à ce que la demande soit examinée au regard des dispositions d'urbanisme applicables à la date de ce certificat, qu'avant l'expiration de ce délai.

**CE, 18 novembre 2024, n°487885, Cté de Cnes Cœur Haute Lande** : Droit de préemption urbain – caractère exécutoire – délai – publication

La délibération par laquelle un EPCI institue un droit de préemption urbain est exécutoire dès qu'elle a fait l'objet des formalités de publicité prévues par le CGCT et qu'elle a été transmise au représentant de l'État. S'il résulte des dispositions réglementaires de l'article R.211-2 du Code de l'urbanisme que la délibération instituant le droit de préemption urbain doit faire l'objet d'un affichage pendant un mois et que mention doit en être insérée dans deux journaux diffusés dans le département, le respect de cette durée d'affichage et celui de cette obligation d'information par voie de presse sont sans incidence sur la détermination de la date à laquelle cette délibération devient exécutoire.

L'inscription sur la liste des journaux susceptibles de recevoir les annonces légales dans le département, qu'il incombe au préfet de fixer chaque année au mois de décembre pour l'année suivante en vertu de l'article 2 de la loi du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, étant notamment subordonnée à la condition, vérifiée à cette occasion, d'une diffusion suffisante dans le département, il en résulte qu'une mention dans un journal figurant sur cette liste doit être regardée comme de nature à assurer l'information par voie de presse instituée par l'article R. 211-2 du Code de l'urbanisme.

**CE, 10 décembre 2024, n°471458, Cne de Sari-Solenzara :** Certificat d'urbanisme - loi littoral - document d'urbanisme - rapport normatifs - faute (urbanisme)

Il appartient à l'autorité administrative, saisie d'une demande de certificat d'urbanisme, de s'assurer de la conformité du projet avec les dispositions du code de l'urbanisme particulières au littoral et qu'eu égard, d'une part, au seul rapport de compatibilité prévu par l'article L. 111-1-1 de ce code entre les documents d'urbanisme qu'il mentionne et entre ces documents et les règles spécifiques à l'aménagement et à la protection du littoral et, d'autre part, au rapport de conformité qui prévaut entre les décisions individuelles relatives à l'occupation ou à l'utilisation du sol et ces mêmes règles. La circonstance qu'une telle décision respecte les prescriptions du PLU ne suffit pas à assurer sa légalité au regard des dispositions directement applicables des articles L. 146-1 et suivants de ce Code.

La délivrance par les services d'une commune de renseignements d'urbanisme inexacts ou incomplets, qui notamment omettraient l'existence d'une circonstance de nature à compromettre les conditions de vente d'un bien immobilier, est susceptible de constituer une faute et d'engager à ce titre la responsabilité de la collectivité lorsque des préjudices sont directement imputables à cette faute.

## CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

**CE, 18 novembre 2024, n°487746, Mme D. :** Juridiction administrative spéciale - ordre professionnel - règle générale de procédure - annulation

Au nombre des règles générales de procédure qui s'imposent, même en l'absence d'un texte le prévoyant, à toutes les juridictions administratives, figure celle selon laquelle une décision juridictionnelle doit faire apparaître la date à laquelle elle a été prononcée.

Est entachée d'irrégularité, et doit par suite être annulée, la décision de la chambre de discipline de la Compagnie nationale en propriété intellectuelle qui ne mentionne que la date de l'audience, sans mentionner la date à laquelle elle a été prononcée.

**CE, 29 novembre 2024, n°483102, M. B. A. c. Premier ministre :** classement historique - compétence juridictionnelle - Intérêt à agir (non)

La décision par laquelle l'autorité administrative prononce le classement d'un immeuble ou d'un objet mobilier au titre des monuments historiques, comme celle par laquelle elle procède ou refuse de procéder à leur déclassement, ne constituent pas des actes réglementaires et ne présentent pas davantage le caractère de décisions individuelles. Dès lors, aucune disposition du code de justice administrative ne donne compétence au Conseil d'Etat pour connaître en premier et dernier ressort d'un recours tendant à l'annulation d'un refus de déclassement.

Ne dispose pas d'un intérêt à agir le détenteur d'un bien faisant l'objet d'un classement historique pour contester la décision de refus du déclassement dudit bien.

**CE, 14 novembre 2024, n°486775, M B. :** Tierce opposition - suris à exécution

En l'absence de dispositions législatives spéciales, la juridiction saisie d'un recours en tierce opposition recevable contre une décision juridictionnelle rendue en premier ressort ou en appel, peut, à la demande du tiers opposant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de cette décision dans les conditions fixées, selon le cas, aux articles R. 811-15, R. 811-16 et R. 811-17 du CJA. Lorsqu'il est formé tierce opposition à une décision rendue en cassation, les conditions fixées à l'article R. 821-5 du Code de justice administrative s'appliquent.

**CAA Marseille, 5 novembre 2024, n°24MA00434, Cne de Nice :** Médiation – transaction – homologation

Lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'homologation d'un accord de médiation, conclu à l'issue d'un processus de médiation à l'initiative des parties ou du juge, il lui appartient d'appliquer les dispositions du CJA propres à ce type d'accord en s'assurant de l'accord de volonté des parties, de ce que celles-ci n'ont pas porté atteinte à des droits dont elles n'auraient pas eu la libre disposition et de ce que l'accord ne contrevient pas à l'ordre public. Les dispositions de l'article L. 213-1 du CJA n'imposent pas aux parties de conclure une médiation par une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil.

Toutefois, lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation d'une transaction concrétisant un accord de médiation, le juge doit encore examiner si celle-ci répond aux exigences fixées par le Code civil et par le CRPA. En revanche, dans un tel cas, il ne saurait limiter la possibilité d'introduire une telle demande d'homologation aux seules transactions visant à mettre fin à une contestation précédemment portée devant le juge ou à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou par la constatation d'une illégalité, lorsque cette situation ne peut donner lieu à régularisation, ou lorsque l'exécution de cette transaction se heurte à des difficultés particulières.

Par suite, commet une erreur de droit le juge qui, pour rejeter une demande d'homologation, indique que la transaction en cause n'avait pour but ni de mettre fin à une contestation précédemment portée devant lui ni à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation et enfin que son exécution ne se heurtait pas à des difficultés particulières.

Sélection rédigée par Alexis Castelli



# COMMENTAIRES

---

SÉLECTION DE JURISPRUDENCES

## PRÉCISION SUR LES MODALITÉS D'ÉVALUATION DE LA SATURATION VISUELLE DES PARCS ÉOLIENS

---

**Portée** : Dans le cadre de l'examen d'une demande d'autorisation pour un projet éolien, l'administration peut, pour évaluer la saturation visuelle, considérer les projets qu'elle prévoit d'autoriser, mais elle ne peut pas prendre en compte dans son analyse ceux qu'elle a déjà refusés.

**Impact** : Cette décision du Conseil d'État renforce les critères d'évaluation des projets éoliens en imposant une prise en compte de l'effet d'encerclement et des angles de respiration dans les études d'impact, ce qui complexifie la planification des pétitionnaires. Les autorités administratives pourront appliquer ces critères lors de l'instruction des demandes, accentuant ainsi la vigilance quant aux effets cumulés des parcs sur le paysage. Par ailleurs, cette décision offre aux opposants des projets de nouveaux arguments juridiques pour contester les autorisations.

**Note sous : CE, 5e-6e ch.-r., 13 décembre 2024, Société Parc éolien du Chemin Perdu, n°465368, B.**

Les projets de parcs éoliens sont à l'origine d'un contentieux conséquent en raison des nombreuses oppositions qu'ils engendrent. En effet, l'implantation d'un parc, souvent perçue comme source de nuisances pour les administrés, est fréquemment, voire systématiquement attaquée devant les juridictions administratives par les oppositions locales. Par ailleurs, les refus d'autorisation donnent lieu à des contentieux parallèles, cette fois portés par les porteurs de projets.

Ces litiges mettent en présence des intérêts divergents : d'un côté, la volonté des entreprises pétitionnaires et de l'administration de développer les parcs éoliens pour répondre aux besoins en énergie renouvelables et de l'autre, le souhait des populations locales, des communes concernées ou des associations de défense de l'environnement de préserver un cadre de vie harmonieux et de protéger les paysages.

Dans ce contexte, le juge administratif joue un rôle important dans le contrôle des projets éoliens. Lorsqu'il examine l'impact paysager d'un projet éolien, il s'attache à une analyse rigoureuse des conditions géographiques locales.

Il tolère un impact visuel limité, y compris sur des sites naturels protégés, tout en prenant en compte le critère essentiel de « saturation visuelle » dans son évaluation.

Le Guide national relatif à l'élaboration des études d'impacts des projets de parcs éoliens terrestres considère que « lorsque la présence de l'éolien s'impose dans tous les champs de vision, il y a saturation visuelle. ». Le juge applique donc ce critère lorsque la multiplication des éoliennes donne l'impression que leur présence domine tous les champs de vision.

C'est dans ce cadre qu'intervient la décision récente du Conseil d'Etat, qui précise les modalités d'évaluation de la saturation visuelle. Désormais, l'administration peut prendre en compte les projets en cours d'instruction qui vont être autorisés, mais elle ne peut pas considérer dans son analyse les projets déjà refusés, même si ces décisions ne sont pas définitives.

En l'espèce, la société Parc éolien du Chemin Perdu a sollicité, auprès du préfet du Pas-de-Calais, une autorisation environnementale pour l'exploitation d'un parc éolien composé de six aérogénérateurs et deux postes de

livraison sur le territoire des communes de Febvin-Palfart et de Laires.

Par un arrêté en date du 5 mars 2021, le préfet du Pas-de-Calais a refusé de délivrer cette autorisation environnementale. La société Parc éolien du Chemin Perdu a alors saisi la cour administrative d'appel de Douai, demandant l'annulation de cet arrêté ainsi que l'octroi de l'autorisation environnementale. Par un arrêt n° 21DA00990 rendu le 3 mai 2022, la cour a rejeté cette requête.

Par un pourvoi en cassation, la société Parc éolien du Chemin Perdu a demandé au Conseil d'Etat l'annulation de cet arrêt.

Conformément aux articles L.181-3 et L.511-1 du code de l'environnement, une autorisation environnementale ne peut être délivrée que si les mesures qu'elle prévoit permettent de prévenir certains dangers ou inconvénients notamment au regard de la commodité du voisinage.

Ainsi, l'autorité administrative, pour évaluer les inconvénients pour la commodité du voisinage liés à l'effet de saturation visuelle causé par un projet de parc éolien, doit tenir compte « de l'effet d'encerclement résultant du projet en évaluant, au regard de l'ensemble des parcs installés ou autorisés et de la configuration particulière des lieux, notamment en termes de reliefs et d'écrans visuels, l'incidence du projet sur les angles d'occupation et de respiration, ce dernier s'entendant du plus grand angle continu sans éolienne depuis les points de vue pertinents ».

*Le Conseil d'Etat a précisé que, l'autorité administrative peut également tenir compte « d'autres projets de parcs éoliens, faisant l'objet d'une instruction concomitante, qu'elle s'apprête à autoriser ». Pour autant, elle ne peut pas prendre en compte des projets qu'elle a refusés, même si ces décisions de refus ne sont pas définitives.*

Ainsi, pour évaluer la saturation visuelle d'un projet éolien, l'autorité administrative peut intégrer à son analyse les parcs existants ou les parcs s'apprêtant à être autorisés, y compris ceux qui ne sont pas encore réalisés. Mais, elle doit exclure les projets ayant fait l'objet de refus, quand bien même ces refus ne seraient pas définitifs.

Ainsi, la cour administrative d'appel, en jugeant que le préfet n'avait pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que le projet de parc éolien en litige risquait de provoquer un effet de saturation visuelle en raison des cinq autres projets éoliens dans le même secteur, a commis une erreur de droit. En effet, trois de ces projets avaient déjà été refusés par le préfet à la date à laquelle il a refusé d'autoriser le projet en litige, alors même que ces décisions de refus n'étaient pas devenues définitives.

Cette précision du Conseil d'Etat renforce les critères d'analyse et complexifie la planification des porteurs de projets, car les autorités administratives seront encore plus vigilantes quant aux effets cumulés des parcs sur le paysage.

Par ailleurs, cette décision offre aux opposants des arguments juridiques précis pour contester les autorisations environnementales.

Article rédigé par Charlotte Galdeano

# LE TIERS À LA SANCTION ADMINISTRATIVE D'UNE AUTORITÉ DE RÉGULATION :

## L'OUVERTURE D'UNE BOITE DE PANDORE CONTENTIEUSE ?

---

**Portée** : Les tiers à une concentration d'entreprises qui interviennent sur les marchés affectés par l'opération autorisée par l'Autorité de la concurrence justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester pour excès de pouvoir une décision par laquelle l'Autorité de la concurrence, après s'être saisie d'office, prononce une mesure corrective sur le fondement du 3° du IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce, et ce dans un délai de deux mois à compter de sa publication.

Ces mêmes tiers, et dans les mêmes conditions, justifient également d'un intérêt leur donnant qualité pour contester une décision par laquelle l'Autorité, après avoir constaté l'existence d'un manquement, décide qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'une des mesures prévues aux 1°, 2° et 3° du IV du même article. Enfin Les mêmes tiers, et dans les mêmes conditions, peuvent contester la décision par laquelle l'Autorité met fin à la procédure engagée au motif que la situation soumise à son appréciation n'est pas de nature à établir un ou plusieurs manquements des parties à leurs obligations.

**Impact** : le Conseil d'État consacre la faculté, pour les tiers, de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision prise à la suite d'une procédure prise par une autorité administrative susceptible de déboucher sur une sanction administrative, tout en conditionnant l'intérêt à agir et en laissant certaines incertitudes.

**Note sous : CE, Sect., 20 novembre 2024, n°435944, SAS Kosc c/ Autorité de la concurrence, Rec. Lebon.**

Voilà une petite révolution contentieuse que cet arrêt de Section du Conseil d'État nous offre pour la fin d'année 2024. Alors que la jurisprudence récente, tant administrative que judiciaire et constitutionnelle, ne cesse d'encadrer les procédures administratives susceptibles de déboucher sur des sanctions administratives avec le droit de se taire pour les administrés et les agents publics, le Conseil d'État a eu ici l'opportunité de fournir un accès au prétoire pour les tiers à des décisions administratives découlant de procédures administratives pour manquement.

La configuration précise du litige ne nous importe que très peu mais quelques points méritent d'être abordés pour bien comprendre. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence (ADLC ci-après) a autorisé une concentration d'entreprise entre deux sociétés, sous réserve de divers engagements pour respecter la concurrence sur les marchés affectés par l'opération, l'un d'eux impliquant la cession d'actifs auprès de la société Kosc.

Un peu plus d'un an après l'agrément de cette société tierce par l'ADLC, celle-ci s'est saisit d'office afin d'examiner le respect des engagements en matière de cession, mais a prononcé la clôture de cette saisine en estimant l'absence de manquements commis par les deux entreprises (ADLC, n°19-CSO-02, 3 septembre 2019). La société Kosc, estimant toutefois que des manquements étaient avérés mais non sanctionnés, forma alors un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de cette décision de clôture.

Pour bien comprendre l'enjeu du pourvoi formé par la société, il faut rappeler à nos lecteurs que la décision prise par l'ADLC pour sanctionner un manquement de l'une des parties à la concentration revête le caractère d'une sanction et peut faire, le cas échéant, l'objet d'un recours de plein contentieux par l'une d'elles (CE, Ass., n°353856, 21 décembre 2012, Sté Groupe Canal Plus et Sté Vivendi Universal). Du côté du tiers, celui-ci ne peut que contester, par la voie de l'excès de pouvoir, le refus opposé par une autorité de faire usage de son pouvoir disciplinaire

(CE, 30 novembre 2016, n°293952, M. Tinez et autres). A contrario, un tiers ne saurait former un recours à l'encontre de la décision prise à l'issue de la procédure prise par une autorité de régulation (CE, 17 juin 2019, n°398442, M. Fabre c. CNIL).

Le pourvoi posait alors la question de savoir si cet état du droit ne devait pas changer. Dit autrement, est-ce qu'un tiers peut former un recours à l'encontre de la décision prise à la suite d'une procédure en manquement par une autorité de régulation ?

Par cet arrêt en date du 20 novembre 2024, le Conseil d'État répond clairement par la positive, tout en rejetant cependant le recours formé par la société tierce au motif qu'aucun manquement à l'engagement n'était établi. S'il est vrai que cette décision ouvre la voie aux tiers pour contester les décisions finales prises par l'ADLC dans le cadre d'une procédure en manquement (I°), il n'en demeure pas moins que cette ouverture est à la fois encadrée et incertaine dans son champ d'application (II°).

### ***I° Le recours du tiers à l'encontre des suites d'une procédure d'une sanction administrative : l'ouverture d'une « boîte de Pandore contentieuse » ?***

Les juges du Palais Royal ont en effet consacré la possibilité pour les tiers à une autorisation de concentration de contester, par la voie de l'excès de pouvoir (B°), la décision prise par l'ADLC et non plus seulement le refus d'instrumenter une procédure en manquement (A°).

### ***A° Le bénéfice d'une nouvelle voie de droit pour les tiers***

Comme indiqué supra, le tiers à une sanction administrative ne saurait former un recours à l'encontre de la mesure finale, qu'il s'agisse d'une sanction ou non, prise à l'issue d'une procédure en vertu de la jurisprudence Fabre, mais bien seulement le refus par une autorité de régulation de mettre en oeuvre une procédure disciplinaire selon la jurisprudence Tinez.

Par cette décision, le Conseil d'État va clairement à contresens de sa jurisprudence Fabre, et surtout à contresens des conclusions de sa rapporteur publique, Marie-Gabrielle Merloz, qui s'appuyait sur la structure « bien ancrée et plutôt bien équilibrée », pour reprendre ses termes, de la jurisprudence Tinez. Selon elle, consacrer la possibilité pour un tiers de remettre en cause une décision finale prise à l'issue d'une procédure formée par une autorité de régulation reviendrait à ouvrir une « boîte de Pandore contentieuse ».

Si l'on retrace les précédents du juge administratif, celui-ci refuse systématiquement que le tiers à une sanction administrative, prise ou non, puisse contester celle-ci, faute d'intérêt à agir direct (GUYOMAR M., Contentieux administratif, Hypercours, Dalloz, 2024, p.334-335), et il ne peut donc que contester le refus de donner suite à sa plainte (v. par ex. : pour le refus de la CNIL : CE, 21 juin 2018, n°416505, M. Louni ; l'ACPR : CE, n°359161, 9 octobre 2013, Selafa MJA ; l'ARCEP : CE, 4 juillet 2012, n°334062, Asso. française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications ; la CRE : CE, 7 février 2018, n°399683, Sté Ateliers de construction mécanique de Marigny ; l'AMF : CE, 28 novembre 2014, n°362868 Sté Arkéon Finance et autres). L'ouverture du recours contre ce type de décision n'allait donc pas de soi.

Pourtant, le Conseil d'État est bien revenu sur sa position, et ce de manière très explicite sur les décisions de l'ADLC à l'encontre de trois décisions susceptibles d'être prises en matière de concentration d'entreprise : il s'agit de la décision imposant des mesures correctives prise sur le fondement du 3° du IV de l'artel L.430-8 du Code de commerce, mais également celle refusant de prendre une sanction en dépit de l'existence de manquements établis, et enfin la décision clôturant une procédure en manquement.

Ces trois décisions ont un trait commun : mettre fin à une procédure susceptible de déboucher sur une sanction administrative à

l'encontre des parties à l'opération de concentration, et ne donnent pas lieu à une sanction.

Permettre à un tiers, opérateur économique en l'espèce, d'accéder au prétoire pour ce type de décision administrative demeure pertinent au regard de la finalité de la décision prise. Il s'agit en effet de décision susceptible de produire des effets sur les marchés concernés ; marchés composés de divers opérateurs en concurrence. Donner la possibilité de former un recours, à ces opérateurs, contre leurs concurrents permet alors d'essayer d'arriver à l'idée d'une concurrence pure et parfaite où chacun contrôle les actions de l'autre pour éviter de se retrouver avec des effets indésirables sur son entreprise, et donc in fine permettre de protéger le marché contre des comportements anticoncurrentiels.

### ***B° Le bénéfice du recours pour excès de pouvoir***

Une lecture attentive de l'arrêt relèvera que le juge administratif distingue bien le recours formé par l'une des parties faisant l'objet d'une décision de sanction et le tiers à celle-ci en indiquant que : « si les mesures prévues à l'article L. 430-8 du Code de commerce présentent, pour les parties à l'opération de concentration, le caractère de sanctions et sont, à ce titre, susceptibles de faire l'objet, de leur part, d'un recours de plein contentieux, les tiers qui interviennent sur les marchés affectés par l'opération autorisée par l'Autorité de la concurrence justifient, quant à eux, d'un intérêt leur donnant qualité pour contester pour excès de pouvoir ».

Il en résulte que le tiers se retrouve enserré dans le recours pour excès de pouvoir. Cette position demeure logique si l'on se souvient que celui-ci constitue le recours de « droit commun » pour reprendre la terminologie du juge administratif (CE, 10 octobre 2019, n°432388, Sté Auchan Hypermarché).

Pour autant, ce choix de recours contentieux n'est pas exempt de critiques, à la fois sur le plan théorique et pratique. D'une part, il peut a priori sembler surprenant de voir le recours du tiers traité différemment de celui de l'administré qui se voit infligé une sanction administrative, notamment car l'acte demeure identique. Bien évidemment, cette position se justifie par la différence de situation entre le tiers et l'administré, mais elle demeure déroutante si l'on souhaite y voir une uniformisation cohérente.

D'autre part, sur le plan de la pratique contentieuse, le recours pour excès de pouvoir ne semble pas être l'instrument idoine dans le contentieux économique. En effet, l'appréciation de la légalité au jour de l'édition de l'acte par le juge de l'excès de pouvoir, alors que la logique évolutive du marché pertinent demeure susceptible de changer entre la prise de la décision administrative et la décision juridictionnelle, ne constitue pas une technique pertinente en la matière. Il faut aussi ajouter à cela que le juge de l'excès de pouvoir ne peut qu'annuler la décision, et donc ne pas procéder à une réformation de celle-ci comme le fait le juge du plein contentieux avec le recours de l'administré se voyant infligé la sanction. Bien évidemment, ces deux éléments sont à tempérer au regard de l'évolution du recours pour excès de pouvoir, dont notamment via la jurisprudence ELENA qui permet d'apprécier la légalité et les circonstances de fait au jour où le juge statue en cas de demande, à titre subsidiaire, d'abrogation de l'acte en cause (CE, Sect., n°437141, Asso. des avocats ELENA), ou encore le pouvoir d'injonction du juge administratif (art. L.911-1 et s. CJA).

Le recours pour excès de pouvoir constitue alors un instrument par défaut pour la situation en cause. Cette ouverture contentieuse ayant pour support le recours pour excès de pouvoir signifie également qu'un référé peut être susceptible de se déployer, même si l'on peut douter d'une utilisation du référé-liberté car le principe de libre concurrence n'est pas (encore) posé par la jurisprudence administrative comme une liberté fondamentale (art. L.521-2 CJA).

Comme il s'agit également d'un recours pour excès de pouvoir, l'intérêt à agir demeure une condition de recevabilité plutôt souple, même si elle peut interroger dans le type de contentieux en cause (II°).

### ***II° Une ouverture contentieuse encadrée mais incertaine***

Le Conseil d'État pose comme condition de recevabilité du recours que le tiers doit intervenir sur le marché affecté par l'opération pour disposer d'une qualité lui donnant intérêt à agir (A°), mais laisse certaines zones d'ombres qui lui reviendra d'éclairer au fil de sa jurisprudence (B°).

#### ***A° Le critère du tiers intervenant sur le marché affecté comme condition de la recevabilité de l'intérêt à agir***

L'ouverture de ce recours contentieux obéit néanmoins à une condition de recevabilité, plutôt souple d'ailleurs. Comme l'indique en effet le Conseil d'État : « *les tiers qui interviennent sur les marchés affectés par l'opération autorisée par l'Autorité de la concurrence justifient, quant à eux, d'un intérêt leur donnant qualité pour contester pour excès de pouvoir* »

Il en résulte que le tiers opérateur économique ne saurait disposer d'un intérêt à agir si celui-ci n'intervient pas sur le marché affecté par l'opération. Cette exigence d'intérêt à agir s'inscrit pleinement de la logique de l'excès de pouvoir. Elle semble relativement aisée à aborder comme le montre la configuration en l'espèce. Pour retenir l'intérêt à agir de la société tierce, le juge administratif relève en effet que celle-ci était bénéficiaire d'une partie des actifs devant être cédés en vertu de l'engagement résultant de l'autorisation de concentration.

L'intérêt à agir découle donc d'une certaine évidence, mais il semblerait plus difficile à déployer dans l'hypothèse d'un tiers concurrent et absolu de l'une des deux parties.

Ce dernier devra en effet démontrer qu'il intervient bien sur l'un des marchés pertinents (ce qui constitue donc une fin de non-recevoir redoutable pour le défendeur). Une lecture a contrario de cette décision montre par ailleurs que les autres tiers, comme des associations de consommateurs, ne saurait voir le recours prospérer car ils n'interviennent pas sur le marché affecté par l'opération.

Ce conditionnement de l'intérêt à agir, qui sera très certainement illustré par de futures jurisprudences, permet surtout de pallier à la critique qu'a pu formuler le rapporteur public sur une ouverture trop généreuse du recours pour excès de pouvoir en la matière. Pour autant, certaines incertitudes existent quant à la portée de cette décision (B°).

#### ***B° Les incertitudes du champ d'application du recours contentieux***

Cette décision inaugure ainsi l'accès à un contentieux inédit pour les tiers concurrents. Seulement, comme toute nouveauté, une part d'incertitude subsiste en matière de tiers aux sanctions administratives.

En premier lieu, la question se pose de savoir si cette jurisprudence demeure applicable aux autres procédures prises par d'autres autorités de régulation (comme, par exemple, l'AMF, l'ARCOM, la CNIL, l'ARCEP, l'ART, etc...). Le Conseil d'État n'a évidemment pas pu explicitement répondre à cela au regard de la configuration du litige qui portait sur une opération de concentration relevant de l'ADLC (même si un considérant général aurait pu être envisageable...).

Bien que cela n'engage que nous, il est légitime de penser que cette décision demeure parfaitement transposable à d'autres autorités administratives, et ce même si la décision vise les dispositions du Code de commerce relatives à l'ADLC. Pourtant, comme indiqué précédemment, cette ouverture de recours se justifiait par la nature et la finalité de la décision prise par

l'ADLC, à savoir la régulation du marché. Il peut donc sembler difficile de transposer cette logique à certaines décisions prises par des autorités, même s'il s'agit néanmoins de mesures prises pour réguler une activité. Il serait toutefois surprenant de voir apparaître une différence de traitement entre les différentes autorités de régulation qui s'inscrivent pourtant dans le même sillon.

Cette même interrogation pourrait se poser à l'égard des sanctions prises à l'encontre d'un agent public, et auquel un tiers s'estimant victime souhaiterait former un recours à l'encontre de la décision prise. En l'état actuel du droit positif, celui-ci voit son recours recevable à l'égard de la décision refusant d'ouvrir une procédure disciplinaire, mais pas à l'encontre de la décision finale prise (CE, 17 mai 2006, n°268938, M. Marc B c. Min emplois)

En deuxième lieu, en admettant que cette solution soit extensible pour toutes les autorités de régulation, la question se pose de savoir quelle(s) décision(s) sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par les tiers. Le lecteur attentif aura en effet remarqué que le Conseil d'État a expressément visé 3 types de décisions prises par l'ADLC : la décision mettant en oeuvre des mesures correctives, celle de clôture de la procédure ainsi que celle prononçant aucune sanction malgré un manquement. Il ressort de cette liste (limitative ?), a contrario, que la décision prononçant une sanction à l'encontre de l'une des parties ne peut faire l'objet d'un recours par le tiers.

La question sera donc de savoir si le champ d'application du recours sera étendu, ou bien maintenu, qu'à certaines mesures finales, excluant donc potentiellement la décision prononçant une sanction administrative. Il est possible d'affirmer, mais avec précaution, que le recours contre une décision prononçant bien une sanction puisse être attaqué, car la décision finale ne prononçant aucune sanction malgré un ou plusieurs manquements est attaqué. Il s'agit d'une décision présentant les mêmes aspects que celle qui prononce

effectivement une sanction. Le tiers pourrait alors attaquer un acte administratif sanctionnant dérisoirement un administré. Il reste bien évidemment à attendre une décision pour confirmer ce point de droit...

En troisième lieu, si ces deux premiers obstacles peuvent être franchis, il se pose la question de savoir quel serait l'intérêt à agir à démontrer pour voir le recours du tiers recevable. L'exigence d'une affectation du marché où exerce le tiers ne concerne en effet que l'opérateur économique concurrent. On peut donc se demander si ce même critère sera de nouveau employé pour les autres contentieux avec d'autres autorités de régulation, ou du moins serait formulé de manière similaire.

Quoiqu'il en soit, cette décision du 20 novembre témoigne d'une nouvelle évolution en faveur des tiers aux actes administratifs, et met en lumière l'équilibre qui devra résulter au fil de la jurisprudence, et les potentielles difficultés susceptibles de se présenter.

Article rédigé par Alexis Castelli

# FOCUS JURIDIQUE

---

ARTICLE PRATIQUE

## AIDE D'ÉTAT INCOMPATIBLE : QUELLE STRATÉGIE POUR LE BÉNÉFICIAIRE DE L'AIDE ?

---

**En résumé :** Une aide d'État jugée incompatible avec les traités européens constitue une situation complexe tant pour l'entreprise qui dispose de peu de moyens dans son arsenal juridique, que pour la personne publique ayant octroyé l'aide, particulièrement sur la mise en oeuvre matérielle de la restitution.

En matière d'aide d'État, les conséquences du versement d'une aide jugée incompatible avec les dispositions du TFUE peuvent s'avérer particulièrement néfastes et diamétralement opposées à ce qui était initialement prévu : soutenir un ou plusieurs opérateurs économiques pour atteindre un objectif sur un marché pertinent.

Alors que les pouvoirs publics, dont les collectivités territoriales, ont récemment pu mobiliser tout un arsenal d'aides sous diverses formes, et notamment grâce à divers règlements européens par secteur ou encore en raison de circonstances exceptionnelles (crise énergétique sur le site du ministère de l'économie <https://www.economie.gouv.fr/hausse-prix-energie-dispositifs-aide-entreprises>), il peut arriver que certaines aides soient illégales, plus précisément incompatibles avec le TFUE.

À ce sujet, le ministère de l'économie propose un Vade-mecum des aides d'État, et plus précisément sur le régime de la récupération des aides. En effet, l'article 108 §3 du TFUE et la jurisprudence de la CJUE sont clairs sur ce points : l'État membre est tenue de récupérer l'aide incompatible (v. en ce sens : CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-164/15 P, Commission c/ Air Lingus Ltd). Le régime de la récupération étant régi par le règlement de procédure n° 2015/15893.

Préalablement avant toute exposé, nous tenons à préciser d'emblée à nos lecteurs que le présent article n'a pas vocation à fournir un guide exhaustif sur les aides d'État et sur le régime de récupération (le lecteur pourra utilement consulter le site du ministère de l'économie proposant un vade mecum sur le sujet ; ou encore : Delaunay B., Droit public de la concurrence, éd LGDJ, 2023, p. 341 et s. ; Disant M., « Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible », RFDA, 2007, p.547). Il s'agit en effet de proposer ici quelques pistes pour appréhender les conséquences d'une aide d'État jugée incompatible avec les dispositions européennes, comme les conséquences contentieuses ou encore les différentes mesures préventives susceptibles de se déployer pour une entreprise ayant bénéficié à tort d'une aide.

Si l'on se place du point de vue de l'entreprise bénéficiaire de l'aide, quelques observations méritent d'être développées. Une entreprise peut en effet renforcer la régularité de l'octroi de l'aide sur le fondement du principe de la confiance légitime.



Comme le rappelle la jurisprudence administrative (CAA Douai, 4 novembre 2015, n° 14DA00178, Sté Luchard industrie) : « *les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue par lesdites dispositions [art. 108 et s. TFUE] ; qu'un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que cette procédure a été respectée ; [...] lorsqu'une aide est mise à exécution, même par le biais d'un dispositif législatif, sans notification préalable à la Commission [...], le bénéficiaire de l'aide ne peut avoir, à ce moment, une confiance légitime dans la régularité de l'octroi de celle-ci* ».

Il en ressort qu'une entreprise dispose de la faculté, qu'il est vivement conseillé d'utiliser, de solliciter à la personne publique lui octroyant l'aide une demande de validité de l'aide afin de pouvoir légitimement croire que l'aide octroyée n'est pas incompatible avec les dispositions du TFUE. Cette exception à la récupération est d'ailleurs présente à l'article 16 du règlement précité. Pour autant, comme le relève le Vade Mecum, cette exception à la récupération demeure stricte dans son déploiement comme en témoigne la jurisprudence.

La CJUE a, par exemple, pu considérer que l'adoption par la Commission de trois décisions successives déclarant une aide compatible avec le marché intérieur, qui ont ensuite été annulées par le juge européen, n'était pas, en soi, de nature à faire naître une confiance légitime et à constituer une circonstance exceptionnelle de nature à atténuer l'obligation de remboursement (CJUE, aff. C-1/09, 11 mars 2010, CELF et ministre de la Culture et de la Communication). À l'inverse, la Commission européenne a conclu, dans l'affaire relative à l'avance d'actionnaire octroyée à France Télécom dans le contexte des déclarations de l'État, que l'entreprise avait pu légitimement avoir confiance quant au fait que les comportements de la France ne constituaient pas une aide d'État, et que, dans ces conditions, ordonner la récupération de l'aide aurait été contraire au principe de confiance légitime

(décision n°2006/621/CE, 2 août 2004).

Dans l'hypothèse où l'entreprise n'aurait pas entrepris une telle démarche, il lui reste la possibilité d'invoquer les circonstances exceptionnelles faisant obstacles à l'obligation de remboursement. La situation est ici davantage restreinte que la précédente, le juge administratif et le juge européen n'admettent cette exception que très rarement (pour reprendre l'affaire précédente : CAA Douai, 4 novembre 2015, n° 14DA00178, Sté Luchard industrie : ni l'absence de censure, par le Conseil constitutionnel, d'un dispositif fiscal légal, ni son entrée en vigueur depuis plus de 10 ans ne saurait constituer des circonstances exceptionnelles).

En revanche, sur le plan contentieux, l'entreprise demeure particulièrement limitée s'il s'avère que l'aide en cause est effectivement incompatible. Le juge administratif, juge de droit commun de l'Union européenne, tire en effet les conséquences de cette incompatibilité en jugeant inopérant les moyens visant à s'exonérer de la restitution de l'aide (CE, 24 avril 2017, n°395844, Sté Luchard industrie) en raison du principe de primauté du droit de l'Union. Il a ainsi pu être jugé que l'aide octroyée ne constitue pas un bien au sens de l'article 1er du protocole additionnel 1er de la Conv.EDH, relatif au respect des biens, et ne saurait donc être invoqué pour faire obstacle au reversement de l'aide. De même, l'absence de recours à la procédure adéquate prévue par le droit national pour récupérer l'aide est inopérant, tout comme la prescription du droit national (CAA Douai, 4 novembre 2015, n° 14DA00178, Sté Luchard industrie).

De même, l'entreprise bénéficiaire de l'aide ne saurait engager la responsabilité de l'État pour faute en raison de l'octroi d'une aide incompatible ou non notifiée (CE, 7 juin 2017, n°386627, Société Le Muselet Valentin).