



La Lettre du Droit Public

Actualité bimestrielle

AUTORITÉS DE RÉGULATION

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – Sanction de TDF pour des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre d'appels d'offres lancés par France Télévisions

Rappelons que dans le cadre de la préparation du 2ème cycle de la diffusion hertzienne de programmes télévisuels pour la période 2009-2012, l'Autorité de la concurrence avait considéré, dans un avis du 17 avril 2009 rendu à la demande de l'ARCEP, que le marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne, sur lequel TDF détenait une position dominante, était pertinent.

Compte tenu, notamment, de cet avis, l'ARCEP avait alors imposé à TDF une obligation de publication des offres de référence précisant les conditions techniques et tarifaires des offres régulées d'hébergement et d'accès au système antennaire (ARCEP, 11 juin 2009, n° 2009-0484). TDF avait jusqu'au 15 septembre 2009 pour publier une telle offre de référence.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, France Télévisions avait lancé, en 2010, neuf appels à candidatures en vue de l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT en outre-mer. Dans ce cadre, TDF n'avait publié des informations techniques et tarifaires relatives à l'accès à ses infrastructures que le 13 avril 2010, soit après la date de dépôt des offres initiales, les informations publiées étant, en outre, incomplètes.

Cette publication tardive a été contestée par la société Outremer Télécom devant l'Autorité de la concurrence comme constituant un abus de position dominante.

S'agissant de sa compétence pour connaître des pratiques en cause, l'Autorité de la concurrence a rappelé que « *dès lors que la régulation sectorielle laisse à une entreprise régulée une liberté suffisante pour adopter un comportement autonome sur le marché, ce comportement peut être examiné au regard du droit de la concurrence* ». En l'espèce, estimant que TDF pouvait, dans le cadre du 2ème cycle de régulation, adopter un comportement autonome pour remplir ses obligations de publication d'une offre de référence, l'Autorité s'est déclarée compétente pour examiner la pratique en cause au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce. En d'autres termes, la pratique reprochée a été considérée comme étant détachable de l'obligation de publier une offre de référence imposée par l'ARCEP.

Or, selon l'Autorité de la concurrence, en retardant sans justification valable la publication de son offre de référence, TDF a abusé de sa position dominante en créant une asymétrie d'information au détriment de ses concurrents, aboutissant à la fermeture des territoires ultramarins à la concurrence.

Compte tenu de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie, l'Autorité a sanctionné TDF à hauteur de 3,5 millions d'euros et a majoré cette sanction de 20% pour réitération de l'infraction, TDF ayant été condamnée pour des pratiques similaires en 1999.

Source : Autorité de la concurrence, 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer.

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS FERROVIAIRES – Légalité de la méthode de l'ARAF pour évaluer l'atteinte portée par le cabotage ferroviaire à l'équilibre économique du contrat de service public

Issu de la transposition de la directive 2007/58/CE du 23 octobre 2007, l'article L. 2121-12 du code des transports autorise le cabotage ferroviaire en France, c'est-à-dire la commercialisation, par des entreprises ferroviaires, de dessertes intérieures dans le cadre d'un trajet international. L'exploitation de telles dessertes demeure, néanmoins, soumise aux deux conditions suivantes dont l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF) veille au respect : elles doivent être réalisées dans le cadre de trajets internationaux et ne pas compromettre l'équilibre économique de contrats de service public.

Dans la présente affaire, la Région Provence-Alpes-Côte d'Azur avait saisi le Conseil d'État afin de contester l'avis du 9 juillet 2013, par lequel l'ARAF avait considéré que la liaison ferroviaire envisagée par la compagnie ThelMarseille et Milan, comportant la desserte intérieure des gares situées entre Marseille et Menton, n'était pas susceptible de porter atteinte à l'équilibre économique du contrat de service public liant la Région à la Société nationale des chemins de fer français (SNCF).

Exerçant un contrôle normal sur les appréciations portées par l'ARAF, le Conseil d'État a considéré que « *compte tenu des tarifs proposés par l'entreprise Thello, significativement plus élevés que le plein tarif des offres de la SNCF* », l'ARAF avait pu estimer à bon droit que les tarifs proposés par Thello « *n'inciteront pas les voyageurs à se reporter sur le nouveau service* ».

Source : CE, 30 janvier 2015, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 374022, Tables Lebon.

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS FERROVIAIRES – Règlement du différend entre le Stif et Gares & Connexions

Le 22 juillet 2014, le Syndicat des transports d'Ile de France (Stif) avait saisi l'ARAF d'une demande de règlement de différend à l'encontre de Gares & Connexions (branche de SNCF Mobilités, chargée de gérer les gares de voyageurs).

Par sa décision du 3 février 2015, l'ARAF a réglé le différend entre le Stif et Gares & Connexions.

Le Stif contestait, d'abord, le manque de transparence des comptes de Gares & Connexions. L'ARAF a donné raison au Stif sur ce point, en enjoignant à Gares & Connexions de transmettre, tous les ans, un fichier de données contenant les éléments de comptabilité analytique pour chacun des périmètres de gestion des gares franciliennes et, de communiquer au Stif les plans de surface des gares franciliennes d'intérêt national, dans la mesure où la surface est une clé de répartition des charges.

Le Stif contestait, ensuite, le niveau de rémunération des capitaux investis en gares par SNCF Mobilités. A cet égard, rappelons qu'en vertu du décret n° 2012-70 du 20 janvier 2012 relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, les redevances dues par les entreprises ferroviaires pour les biens et services fournis dans les gares de voyageurs doivent « *couvrir l'ensemble des charges prévisionnelles correspondant à la réalisation de ces prestations* », y compris « *le coût des capitaux engagés* ». Bien que rejetant l'argument du Stif qui estimait qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte de prime de risque, ni d'appliquer l'impôt sur les sociétés, l'ARAF a malgré tout considéré que les risques supportés par SNCF Mobilités étaient surestimés et, par conséquent, lui a enjoint de fixer le taux des capitaux investis dans une fourchette de 5,5% à 6,9% avant impôt, contre 9,2% appliqués actuellement.

Le Stif contestait, enfin, la politique de péréquation de Gares & Connexions dans l'utilisation de sa capacité d'autofinancement, laquelle profiterait au financement des gares des autres régions. Sur ce point, l'ARAF a rappelé qu'il n'existe aucune obligation juridique de nature à contraindre Gares & Connexions, dans l'utilisation de sa capacité d'autofinancement sur un périmètre géographique donné.

Source : ARAF, 3 février 2015, Stif c/ Gares & Connexions.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL – Interdiction d'accorder une part importante des fréquences disponibles à des services ayant de fortes analogies

Par un arrêt du 12 décembre 2014, le Conseil d'État a rappelé que, sauf à méconnaître l'impératif de pluralisme

des courants d'expression socioculturels, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) doit tenir compte du nombre de fréquences hertziennes disponibles lorsqu'il apprécie l'intérêt pour le public d'un service de radio, candidat à l'attribution d'une autorisation.

En l'espèce, le CSA avait lancé un appel à candidatures pour l'exploitation de services de radio par voie hertzienne terrestre dans la zone de Reims. Au terme de cette procédure, il avait rejeté la candidature de la société RML, au motif que sa programmation musicale, « *exclusivement composée de musiques latines, [était] susceptible d'intéresser un moins large public que les candidats retenus dans cette catégorie [la catégorie D], dont l'offre est plus diversifiée* », et avait, en revanche, accueilli les candidatures de Fun Radio, Virgin Radio, Radio Nova et Chérie FM. La société RML a alors demandé l'annulation de ces deux décisions.

La Haute assemblée a donc considéré « *qu'en accordant une part importante des fréquences disponibles à des services présentant de fortes analogies, alors que le nombre de ces fréquences lui permettait d'accueillir la candidature de services plus originaux, il a méconnu l'impératif prioritaire de sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels* ».

Source : CE, 12 décembre 2014, Société RML, n° 364775, Tables Lebon.

AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS - L'AMF ne peut pas surseoir à statuer sur une demande d'agrément pour l'utilisation d'instruments financiers

Dans cette affaire, la société Bernheim Dreyfus et Co avait sollicité, de l'Autorité des marchés financiers (AMF), une extension de son agrément pour l'utilisation d'instruments financiers à termes simples. En parallèle, cette société faisait l'objet d'une procédure de contrôle portant sur le respect de ses obligations professionnelles, au terme de laquelle le Collège de l'AMF avait décidé de notifier des griefs à la société ainsi qu'à ses dirigeants, et de saisir la commission des sanctions.

Compte tenu de ce contexte et des doutes existants sur l'honorabilité de ses dirigeants, l'AMF avait décidé de surseoir à statuer sur la demande d'agrément présentée par la société Bernheim Dreyfus et Co, cette décision ayant été contestée devant le Conseil d'État.

Par un arrêt du 26 janvier 2015, la Haute juridiction administrative a considéré que l'AMF ne disposait pas du pouvoir de surseoir à statuer sur une demande d'agrément ou d'extension d'agrément d'instruments financiers, dans l'attente des suites à donner à une procédure de contrôle.

Source : CE, 26 janvier 2015, Société Bernheim Dreyfus et Co, n° 368847, Tables Lebon.

ÉNERGIE

SERVICE PUBLIC DU GAZ - Continuité du service public et niveau de participation de l'État au capital de la société GDF-Suez

La première phrase du VI de l'article 7 de la loi du 29 mars 2014 dispose que dans les sociétés anonymes dans lesquelles la loi prévoit que l'État doit atteindre un seuil minimal de participation en capital inférieur à 50%, cette obligation est remplie si ce seuil de participation est atteint en capital ou en droits de vote. En outre et en vertu de la seconde phrase de cette disposition, la participation de l'État peut être temporairement inférieure à ce seuil (en capital ou en droits de vote), à condition qu'elle atteigne le seuil de détention du capital ou des droits de vote requis, dans un délai de deux ans.

En l'espèce, deux fédérations, représentant les salariés de la société GDF-Suez, avaient introduit un recours contre l'arrêté du 25 juin 2014 fixant le prix et les modalités d'attribution d'actions de cette société détenues par l'État. À l'appui de leur recours, les fédérations soulevaient, notamment, une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur les dispositions de la seconde phrase du VI de l'article 7 de la loi du 29 mars 2014, en estimant qu'elles portaient atteinte au principe de continuité du service public en ce que l'État, privé, même pendant une période limitée, de sa minorité de blocage au cours des assemblées générales extraordinaires, ne pourrait pas s'opposer aux projets de fusion ou d'offre publique d'achat et aux cessions d'actifs.

Pour considérer que la question ne présentait pas un caractère sérieux, le Conseil d'État a commencé par rappeler qu'en vertu de l'article L. 121-32 du code de l'énergie, les obligations de service public relatives à la continuité de la fourniture de gaz, à la sécurité d'approvisionnement, à la sécurité des personnes et des installations, au développement équilibré du territoire et à la

fourniture de gaz naturel, au tarif spécial de solidarité, s'imposaient à l'entreprise GDF-Suez comme à l'ensemble des autres opérateurs du secteur gazier.

Le Conseil d'État a ensuite souligné qu'en application d'un décret du 20 décembre 2007, pris sur le fondement de l'article L. 111-69 du même code, l'État disposait déjà d'une action spécifique au capital de la société GDF-Suez lui permettant, notamment, de s'opposer aux décisions de cession, ou de changement d'affectation, d'actifs de la société et de ses filiales, dès lors qu'elles « seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie relatifs à la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie ».

Enfin, le Conseil a rappelé qu'en cas de circonstances exceptionnelles, les autorités compétentes de l'État pouvaient toujours procéder, dans le cadre de leurs pouvoirs de police administrative ou en vertu des dispositions du code de la défense, « à toute réquisition de personnes, de biens et de services ».

Estimant que l'ensemble de ces dispositions étaient de nature à garantir la continuité du service public quel que soit le niveau de la participation détenue par l'État dans la société GDF-Suez, le Conseil d'État a refusé de transmettre cette QPC au Conseil constitutionnel.

Source : CE 11 février 2015, Fédération CFE-CGC Energies, n° 384057, Recueil Lebon.

FIXATION DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ – Renvoi de questions préjudicielles à la CJUE sur le mécanisme français

Dans cette affaire, le Conseil d'État a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) une question préjudicielle, portant sur la compatibilité du mécanisme français des tarifs réglementés du gaz au droit de l'Union européenne.

En l'espèce, l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) lui demandait d'annuler le décret du 16 mai 2013 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel en soutenant, par voie d'exception, que les articles L. 445-1 à L. 445-4 du code de l'énergie méconnaissaient les objectifs de la directive 2009/73/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel.

Dans son arrêt du 15 décembre 2014, le Conseil d'État demande à la CJUE, en premier lieu, de déterminer si « l'intervention d'un État membre consistant à imposer à l'opérateur historique de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés, mais qui ne fait pas obstacle à ce que des offres concurrentes soient proposées, à des prix inférieurs à ces tarifs, par le fournisseur historique comme par les fournisseurs alternatifs, doit-elle être regardée comme conduisant à déterminer le niveau du prix de fourniture du gaz naturel au consommateur final indépendamment du libre jeu du marché et constitue-t-elle, par sa nature même, une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel mentionnée à l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2009/73/CE » ?

En second lieu et en cas de réponse positive à cette première question, la Haute assemblée demande à la CJUE de préciser les critères de compatibilité d'une telle intervention de l'État et, notamment, si la Directive autorise les États membres à poursuivre d'autres objectifs que le maintien du prix de la fourniture à un niveau raisonnable, tels que la sécurité d'approvisionnement et la cohésion territoriale.

Source : CE, 15 décembre 2014, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n° 370321.

FIXATION DES TARIFS RÉGLEMENTÉS DU GAZ – Refus de suspendre l'arrêté du 30 octobre 2014 fixant les tarifs réglementés de vente d'électricité faute d'urgence

Par un arrêté du 28 octobre 2014, les ministres chargés de l'Énergie et de l'Économie ont introduit une nouvelle méthode de calcul des tarifs de vente d'électricité, dite « par empilement ». Ils ont ainsi fixé de nouveaux tarifs réglementés « bleus » (pour les clients résidentiels et les petites entreprises), « jaunes » (pour les entreprises moyennes) et « verts » (pour un petit nombre d'entreprises fortement consommatrices d'une électricité délivrée sous haute tension) de vente de l'électricité.

Considérant que ces tarifs étaient fixés à des niveaux ne couvrant pas intégralement les coûts complets d'EDF, l'ANODE avait saisi le juge des référés du Conseil d'État sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA), afin de suspendre l'exécution dudit arrêté.

À cette occasion, le Conseil d'État a rappelé qu'en vertu de l'article 3 du décret du 12 août 2009 (n° 2009-975), tel que modifié par le décret du 28 octobre 2014, les tarifs réglementés ne doivent plus nécessairement prendre en compte les coûts complets, constatés en comptabilité, de la fourniture d'électricité par EDF. Par conséquent, il a considéré que « *la seule circonstance que [...] les tarifs fixés par l'arrêté contesté ne couvriraient pas intégralement, à la date à laquelle ils ont été pris et pour la période tarifaire à venir, les coûts complets constatés en comptabilité de l'électricité fournie par Électricité de France, n'est pas, en tant que telle, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté contesté* ».

Le Conseil d'État a, néanmoins, rappelé que la fixation des tarifs réglementés devait permettre de procéder au rattrapage des écarts, observés entre les tarifs et les coûts d'EDF sur la période tarifaire précédente. En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que cette obligation, visant à respecter l'objectif de convergence fixé par le législateur, avait été méconnue concernant les tarifs « verts ».

Néanmoins, faute d'urgence - condition exigée en matière de référé suspension par l'article L. 521-1 CJA -, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension de l'arrêté du 30 octobre 2014 introduite par l'ANODE.

Source : CE, Ord., 7 janvier 2015, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n° 386076.

GESTIONNAIRES DE RÉSEAUX – Nécessité pour les gestionnaires de réseaux de distribution de différencier clairement leurs marques de celles de leurs maisons mères

On se souvient que par une décision du 17 décembre 2013, l'Autorité de la concurrence avait infligé à EDF une sanction d'un montant de 13,5 millions d'euros pour avoir favorisé de manière abusive sa filiale active sur le marché du solaire photovoltaïque (EDF ENR), notamment, en mettant à sa disposition la marque Bleu ciel d'EDF et en jouant sur la similitude des logos et des marques pour favoriser sa filiale (pratique de confusion).

Adoptant une analyse similaire dans son rapport 2013-2014, la Commission de régulation de l'énergie (CRE) a estimé qu'il existait une trop grande similitude entre les identités sociales, les logos et les sigles des gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité et de gaz naturel

(ERDF et, dans une moindre mesure, GRDF) et ceux de leurs maisons mères, anciens fournisseurs historiques d'énergie exerçant désormais leurs activités dans un cadre concurrentiel. Selon la CRE, cette situation crée un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs préjudiciable à l'ouverture effective de ces secteurs à la concurrence.

La CRE rappelle ainsi que ces similitudes « *sont contraires aux dispositions de l'article L.111-64 du code de l'énergie entrées en vigueur le 1er juin 2011 : la société gestionnaire d'un réseau de distribution [...] et les sociétés de production ou de fourniture qui la contrôlent [...] s'abstiennent de toute confusion entre leur identité sociale, leurs pratiques de communication et leur stratégie de marque* ».

La CRE a donc demandé à ERDF en particulier « *de procéder à un changement majeur des éléments constitutifs de [leur] marque (identité visuelle et/ou sigle et/ou prononciation...)* pour mettre fin à cette confusion.» À cet effet, ERDF proposera à la CRE, d'ici le 1er juin 2015 au plus tard, les mesures qu'il entend mettre en œuvre.

Source : CRE - Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel - Rapport 2013-2014.

FORAGE D'EXPLORATION PÉTROLIÈRE – Une évaluation de leurs incidences sur l'environnement n'est pas automatique mais peut-être nécessaire au cas par cas

La directive du 23 avril 2009 prévoit, d'une part, que l'extraction de pétrole et de gaz naturel doit être soumise à une évaluation des incidences sur l'environnement lorsqu'elle intervient « *à des fins commerciales* » et, d'autre part, que pour établir si une évaluation est nécessaire, il faut apprécier les caractéristiques du projet par rapport à ses effets cumulatifs avec d'autres projets.

Dans un arrêt du 11 février 2015, rendu à la suite d'une question préjudicielle d'une juridiction autrichienne, la CJUE a jugé que, bien que n'étant pas menés à des fins commerciales dans la durée, les forages d'exploration pouvaient nécessiter une évaluation des incidences sur l'environnement, du fait -notamment, mais pas seulement-, qu'il s'agit de « *forages en profondeur* ».

Plus précisément, la CJUE a affirmé que même s'ils peuvent avoir une visée commerciale, les forages

d'exploration n'entrent pas pour autant dans le champ de la directive du 23 avril 2009, dès lors qu'ils ne constituent pas, *a priori*, un projet d'une durée permettant l'extraction continue de quantités importantes d'hydrocarbures. Par conséquent, ils peuvent ne pas être soumis à une évaluation des incidences sur l'environnement.

En revanche, s'agissant des forages d'exploration « en profondeur », la Cour a constaté que la directive prévoyait expressément que les autorités nationales devaient déterminer, dans le cadre d'une appréciation au cas par cas, si une évaluation des incidences d'un projet sur l'environnement était nécessaire. Il s'ensuit que les forages d'exploration peuvent néanmoins, du fait de leur qualification de « forages en profondeur », relever de la directive et faire l'objet d'une évaluation des incidences sur l'environnement.

En outre, pour établir si une évaluation des incidences d'un projet sur l'environnement est nécessaire, les autorités nationales doivent examiner l'impact que le projet peut avoir conjointement avec d'autres projets. En l'absence de toute spécification de la directive, la Cour en a déduit que cette obligation n'est pas limitée aux seuls projets menés dans une même zone territoriale.

Source : CJUE, 11 février 2015, *Kornhuber e.a.*, C-531/13.

AIDES D'ÉTAT

EXISTENCE D'UNE AIDE D'ÉTAT – L'autorisation des taxis londoniens de circuler sur les couloirs de bus, à l'exclusion des voitures de tourisme avec chauffeur, ne constitue pas une aide d'État

Par son arrêt du 14 janvier 2015, la CJUE participe au débat qui agite la France sur la concurrence entre taxis et VTC, en jugeant que l'autorisation de circulation des taxis londoniens dans des couloirs de bus, dont l'accès est interdit aux VTC, ne constituait pas une aide d'État.

La Cour a notamment estimé que « *les taxis londoniens et les VTC se trouvent dans des situations factuelles et juridiques suffisamment différentes pour considérer qu'elles ne sont pas comparables et que la politique relative aux couloirs de bus ne confère donc pas un avantage économique sélectif aux taxis londoniens* ». Elle a également considéré que « *le fait que les taxis londoniens*

ne sont pas tenus d'acquitter des amendes en raison de leur utilisation des couloirs de bus n'implique pas de charges supplémentaires pour les pouvoirs publics susceptibles d'entraîner un engagement des ressources d'État ».

Par conséquent, un État membre ne confère pas, automatiquement, un avantage économique lorsqu'il octroie un droit d'accès préférentiel, à certains utilisateurs d'une infrastructure publique qui n'est pas exploitée économiquement par les autorités publiques, en vue de poursuivre la réalisation d'un objectif prévu par la réglementation nationale.

Source: CJUE, 14 janvier 2015, *The Queen c. Parking Adjudicator*, C- 518/13.

Voir notre commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2014 dans la partie Droit public économique.

EXISTENCE D'UNE AIDE D'ÉTAT – Conditions dans lesquelles le versement anticipé au co-contractant d'une indemnité correspondant à la valeur nette non amortie des biens réalisés dans le cadre d'une concession de travaux publics n'est pas constitutif d'une aide d'État

En l'espèce, la communauté d'agglomération d'Epinal avait conclu, à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, une concession de travaux publics avec la société Numéricable confiant à cette dernière le financement, la conception, la construction et l'exploitation, pendant une durée de quinze ans, d'un réseau de communications électroniques destiné à supporter des prestations de service Internet.

Au terme du contrat, le réseau devait être remis en pleine propriété à la communauté d'agglomération, en contrepartie de quoi la société Numéricable, d'une part, disposait du droit d'exploiter ce réseau pendant la durée du contrat et, d'autre part, avait perçu, en début d'exécution du contrat, une indemnité correspondant à la valeur non amortie de l'ouvrage en fin de contrat.

Annulant un jugement du Tribunal administratif de Nancy, rejetant le recours en contestation de la validité du contrat porté devant lui par un concurrent évincé, la Cour

administrative d'appel de Nancy avait considéré que le versement anticipé de l'indemnité, due au titre de la valeur non amortie en fin de contrat de l'ouvrage réalisé, constituait une aide d'État illégale, dans la mesure où il permettait à l'opération de bénéficier d'un taux de rentabilité interne « *sensiblement plus élevé que celui d'opérations similaires* ».

Saisi d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'État a annulé cet arrêt au motif que « *en se bornant à relever que le taux de rentabilité interne de l'opération était sensiblement plus élevé du fait de ce versement que celui des opérations similaires* » pour en déduire l'existence d'une aide d'État, sans rechercher si le montant versé était supérieur à la valeur nette comptable de la partie des biens non amortie à leur date de remise, la cour a commis une erreur de droit ».

L'affaire a été renvoyée devant la Cour administrative d'appel de Nancy.

Source : CE, 13 février 2015, Communauté d'agglomération d'Epinal et Société Numéricable NC, n° 373645 et 373648.

AIDE D'ÉTAT INCOMPATIBLE – L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire fait obstacle au recouvrement d'une aide d'État

On se souvient que, dans le cadre de la précédente délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse, les subventions octroyées par la collectivité de Corse à la SNCM ont été qualifiées d'aides d'État incompatibles (Décision Com. Euro., 2 mai 2013, SA. 22843 2012/C).

En l'espèce, par deux requêtes, la SNCM demandait au juge des référés du Tribunal administratif de Bastia d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution des deux titres de recettes émis, les 7 et 19 novembre 2014, par l'Office des transports de la Corse, en vue de la récupération de ces aides, intérêts compris.

Par deux ordonnances du 14 janvier 2015, le juge des référés du Tribunal a considéré que l'ouverture, le 28 novembre 2014, d'une procédure de redressement judiciaire au bénéfice de la SNCM faisait, en tout état de cause, obstacle au recouvrement de ces créances, en vertu

du principe de suspension des poursuites prévu à l'article L. 621-7 du code de commerce.

Le juge des référés en a alors conclu que, dans la mesure où il n'était ni démontré, ni soutenu devant lui, que le principe de suspension des poursuites serait contraire aux règles de l'Union européenne relatives à la récupération des aides d'État, les demandes de la SNCM devaient être regardées comme étant sans objet et, par suite, irrecevables.

Source : TA Bastia ord. 14 janvier 2015, SNCM, n° 1401073 et 1401074.

AIDE D'ÉTAT – Annulation partielle de la décision de la Commission ordonnant à l'Irlande de récupérer la somme de 8 euros par passager auprès des compagnies aériennes bénéficiaires d'une aide d'État

Depuis le 30 mars 2009, les compagnies aériennes payent, en Irlande, une taxe sur le transport aérien (TTA) pour chaque départ d'un passager depuis un aéroport situé en Irlande, les passagers en correspondance ou en transit étant dispensés de ce paiement. Lors de l'introduction de la TTA, l'Irlande prélevait une taxe forfaitaire d'un montant de 10 euros par passager au départ d'un aéroport local, montant réduit à 2 euros pour les vols de moins de 300km. Le 1^{er} mars 2011, les autorités irlandaises ont modifié les taux en vigueur en créant un taux unique de 3 euros indépendamment de la distance parcourue.

Cependant, saisie en 2009 par Ryanair, la Commission européenne avait considéré que l'application d'un taux plus bas, pour les vols de courte distance entre le 30 mars 2009 et le 1^{er} mars 2011, constituait une aide d'État incompatible avec le marché intérieur, dès lors qu'un tel taux pouvait favoriser, de manière illicite, les vols nationaux par rapport aux vols transfrontaliers. La Commission avait alors ordonné la récupération de cette aide auprès des bénéficiaires, en précisant que le montant de l'aide correspondait à la différence entre le taux standard de 10 euros, prélevé sur chaque passager, et le taux réduit de 2 euros de la TTA, soit 8 euros.

Figurant parmi les bénéficiaires de l'aide d'État, Aer Lingus et Ryanair avaient saisi le Tribunal de l'Union européenne en reprochant à la Commission d'avoir retenu le tarif de

10 euros comme taux de référence et d'avoir ordonné la récupération de cette aide.

Dans son arrêt du 25 novembre 2014, le Tribunal a relevé que la Commission n'avait commis aucune erreur en qualifiant le taux supérieur de 10 euros de taux de référence et, en concluant que l'application de taux différenciés était constitutive d'une aide d'État en faveur des compagnies aériennes, dont les vols étaient soumis au taux inférieur de 2 euros pendant la période concernée.

En revanche, le Tribunal a annulé la partie de la décision de la Commission relative à la récupération de l'aide auprès des bénéficiaires, pour un montant fixé à 8 euros par passager.

En effet, le Tribunal a considéré que, dans la mesure où l'avantage économique résultant de l'application du taux réduit avait pu être, même partiellement, répercuté sur les passagers, la Commission ne pouvait pas considérer que l'avantage dont avaient bénéficié les compagnies aériennes s'élevait automatiquement, dans tous les cas, à 8 euros par passager.

En outre, selon le Tribunal, la Commission n'avait pas établi en quoi les compagnies aériennes, dont les vols étaient soumis à la TTA au taux réduit, avaient bénéficié d'un avantage correspondant à la différence entre les taux de la TAA et, qu'elle ne pouvait pas présumer que l'avantage économique, résultant de l'application du taux réduit de la TTA, n'avait aucunement été répercuté sur les passagers : « *la Commission aurait dû déterminer dans quelle mesure les compagnies avaient effectivement répercuté auprès de leurs passagers le bénéfice économique résultant de l'application de la TTA au taux réduit. Elle aurait dû aussi se limiter à ordonner la récupération des montants correspondants effectivement à cet avantage* ».

Par ailleurs, le Tribunal a précisé que « *la récupération de ce montant [8 euros] auprès des compagnies risquerait même de générer des distorsions de concurrence supplémentaires, puisqu'elle pourrait conduire à récupérer auprès des compagnies aériennes un montant supérieur à l'avantage dont elles ont réellement bénéficié* ».

Source : TUE, 25 novembre 2014, *Aer Lingus Ltd / Commission T-473/12 et Ryanair Ltd / Commission T-500-12*.

DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

TÉLÉPHONIE MOBILE – Annulation du décret du 22 mars 2013 modifiant le tarif des redevances dues par les opérateurs de téléphonie mobile

Saisi par la société Bouygues Telecom, le Conseil d'État a annulé le décret du 22 mars 2013 relatif à l'augmentation des redevances dues par les opérateurs de téléphonie mobile pour l'utilisation de la 4G.

Dans son arrêt du 29 décembre 2014, le Conseil d'État a tout d'abord rappelé que « *l'autorité gestionnaire du domaine public peut, avant même le terme d'une autorisation délivrée, modifier les conditions pécuniaires auxquelles est subordonnée l'occupation du domaine, elle ne peut toutefois légalement exercer cette prérogative qu'à raison de circonstances nouvelles intervenues ou portées à sa connaissance postérieurement à la délivrance de l'autorisation* ».

En l'espèce, depuis l'ordonnance du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, les titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques pouvaient demander la levée des restrictions d'utilisation pour les fréquences de la bande 1 800 MHz, afin de les exploiter par d'autres procédés que la norme GSM et notamment, par la 4G. Si certains opérateurs ont demandé cette levée de restriction, d'autres ont continué à utiliser la norme GSM uniquement. Dans ce contexte, le Conseil d'État a considéré que la levée des restrictions constituait une circonstance nouvelle, qui permettait à l'autorité compétente de « *modifier les conditions pécuniaires mises à l'utilisation de ces fréquences, alors même que les autorisations qui avaient été délivrées n'étaient pas venues à expiration* ».

Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que la méthode d'évaluation des avantages économiques procurés par l'utilisation de ces fréquences, retenue par le Gouvernement pour fixer le niveau de la nouvelle redevance, était entachée d'une double erreur de droit.

En effet, le Conseil a jugé que le nouveau montant de la redevance, correspondant à la valeur économique de la fréquence concédée, aurait dû être calculé, non pas en tenant compte de la durée totale d'une autorisation, soit

quinze ans, mais de la durée restant effectivement à courir des autorisations auxquelles allait s'appliquer la nouvelle redevance.

En outre, pour estimer la valeur des fréquences utilisables sans restriction, le Gouvernement s'était fondé sur une utilisation exclusive de ces fréquences en 4G. Or, en pratique, ces fréquences ne font pas l'objet d'une totale utilisation en 4G mais demeurent exploitées selon d'autres normes, moins efficaces. Dès lors, le Conseil d'État a jugé que l'estimation de la valeur de la bande de fréquence était structurellement supérieure à l'avantage économique, que pourrait effectivement en tirer un opérateur de télécommunications.

Source : CE, 29 décembre 2014, Société Bouygues Télécom, n° 368773, Recueil Lebon.

DÉCRET VTC – Le décret du 27 décembre 2013 relatif à la réservation préalable des voitures de tourisme avec chauffeurs est définitivement annulé

On se souvient que le décret du 27 décembre 2013, qui imposait aux VTC de respecter un « *délai minimal de 15 minutes entre la réservation du véhicule et la prise en charge effective du client* » (Art. R.231-1-1 du code du tourisme), avait provisoirement été suspendu par une ordonnance du Conseil d'État en date du 5 février 2014.

Par son arrêt rendu le 27 décembre 2014, le Conseil d'État vient d'annuler définitivement ce décret.

Après avoir rappelé que le législateur avait entendu distinguer, d'une part, l'activité consistant à stationner et à circuler sur la voie publique en quête de clients en vue de leur transport [celle des taxis] et, d'autre part, l'activité de transport individuel de personnes suivant des conditions fixées à l'avance entre les parties [celle des VTC], le Conseil d'État a souligné qu'aux termes de l'article L. 231-3 du code du tourisme, « *les voitures de tourisme avec chauffeur ne peuvent ni stationner sur la voie publique si elles n'ont pas fait l'objet d'une location préalable, ni être louées à la place* ».

Or, selon la Haute juridiction, ces dispositions n'autorisaient pas le pouvoir réglementaire « *à fixer des conditions nouvelles restreignant l'activité des VTC en subordonnant*

la prise en charge de leurs clients à un délai de réservation préalable de 15 minutes ».

Ainsi, en fixant un délai minimal de quinze minutes entre la réservation du véhicule et la prise en charge du client, le pouvoir réglementaire a méconnu les dispositions de l'article L. 231-1 du code du tourisme.

Source : CE, 17 décembre 2014, SAS Allocab et autres, n° 374525.

COMPAGNIES AÉRIENNES – Obligation de préciser le prix définitif à payer par passager dès la première indication

Dans cette affaire, la CJUE avait été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 23, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement (CE) n° 1008/2008 du 24 septembre 2008, établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

Dans son arrêt du 15 janvier, la Cour a estimé que les compagnies aériennes utilisant un système de réservation électronique devaient, pour tout vol au départ d'un aéroport de l'Union dont le tarif est affiché, préciser le prix définitif à payer par le passager lors de chaque indication des prix, y compris lors de leur première indication.

La Cour a également précisé que « *cela vaut non seulement pour le service aérien sélectionné par le client, mais également pour chaque service aérien dont le tarif est affiché* » et, que le prix total comprend non seulement celui du billet, mais aussi les taxes et les éventuelles surcharges.

Cette interprétation résulte de l'économie et des objectifs de la réglementation de l'Union, celle-ci visant notamment à garantir que les clients puissent comparer effectivement le prix des services aériens pratiqués par différents transporteurs aériens.

Source : CJUE, 15 janvier 2015, Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG, C-573/13.

CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

CONTRATS PRIVÉS – Office du juge de l'exécution en cas d'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé

En l'espèce, le conseil municipal d'Uchaux avait autorisé son maire, par deux délibérations, à conclure un contrat d'achat d'un immeuble comprenant notamment un restaurant et, un contrat d'emprunt pour financer cette acquisition. Avant été ultérieurement conclu un bail commercial portant sur le restaurant situé au rez-de-chaussée de l'immeuble. Si le contrat d'emprunt constituait un contrat administratif, les deux autres contrats étaient de droit privé.

Ces deux délibérations avaient été annulées par un jugement du Tribunal administratif de Nîmes, au motif que la commune ne démontrait pas l'existence d'un intérêt public local, de nature à justifier la prise en charge d'une activité de restauration. La Cour administrative d'appel de Marseille, saisie, à la fois, d'un appel contre le jugement précité et d'une demande tendant à l'exécution de ce jugement, avait confirmé l'annulation des délibérations en cause et avait enjoint à la commune de procéder à la résolution amiable des contrats ou, à défaut, de saisir le juge du contrat, qui relevait, en l'espèce, de l'ordre judiciaire.

Saisi d'un pourvoi en cassation contre cet arrêt, le Conseil d'État a précisé l'office du juge de l'exécution face à l'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé. Il a ainsi transposé sa jurisprudence *Ophrys* relative à l'annulation des actes détachables des contrats administratifs (CE, 21 févr. 2011, Société Ophrys, n° 337349), alors même que cette jurisprudence est devenue obsolète, pour les contrats publics, depuis la décision *Département du Tarn-et-Garonne* (CE, 4 avril 2014, Département Tarn-et-Garonne, n° 358994), qui a fermé la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables et préalables de ces contrats.

Ainsi, dans sa décision du 29 décembre 2014, le Conseil d'État a précisé que « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé n'impose pas nécessairement à la personne publique partie au contrat de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de cette annulation ; qu'il appartient au juge de l'exécution de rechercher si l'illégalité commise peut être régularisée et, dans l'affirmative, d'enjoindre à la personne publique de procéder à cette

régularisation ; que, lorsque l'illégalité commise ne peut être régularisée, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature de cette illégalité et à l'atteinte que l'annulation ou la résolution du contrat est susceptible de porter à l'intérêt général, il y a lieu d'enjoindre à la personne publique de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de l'annulation de l'acte détachable ».

En l'espèce, le Conseil d'État a considéré que, dès lors qu'aucun des contrats en cause n'avait, en réalité, pour objet de permettre à la commune de prendre en charge une activité économique, l'annulation des délibérations en cause n'impliquait ni la résolution des contrats, ni la saisine du juge du contrat.

Source : CE, 29 décembre 2014, Commune d'Uchaux, n°372477, Recueil Lebon.

CONTRATS PUBLICS – La convention nationale des transporteurs sanitaires privés est un contrat de droit public

Saisi par le Conseil d'État, le Tribunal des Conflits est revenu sur sa jurisprudence *Descarrega* (TC, 4 mai 2009, *Descarrega c/ CPAM de la Marne*, n°3686), en vertu de laquelle une convention nationale conclue entre les organisations professionnelles représentant les entreprises de transport sanitaire privées et, les caisses primaires d'assurance maladie, constituait un contrat de droit privé relevant de la compétence du juge judiciaire.

Selon la nouvelle interprétation du Tribunal des conflits issue de sa décision du 8 décembre 2014, l'objet de cette convention est « d'organiser les rapports entre ces transporteurs et les organismes de sécurité sociale et, notamment, de déterminer les modalités financières de leur activité (...) par laquelle une personne morale de droit public associe ses cocontractants à l'exécution du service public administratif de l'assurance maladie ». Dès lors, elle constitue un contrat administratif relevant de la compétence de la juridiction administrative.

Source : TC, 8 décembre 2014, Chambre nationale des services d'ambulance c/ Union nationale des caisses d'assurance maladie et autres, n°3980, Recueil Lebon.

CONTRATS PUBLICS – Les relations contractuelles débutent dès la signature du contrat, même si celui-ci n'est pas encore exécutoire

Dans cette affaire, après avoir signé un contrat d'exploitation des marchés communaux d'approvisionnement, le maire de la commune d'Ouistreham a informé son cocontractant, par courrier du 6 novembre 2014, du « retrait » de ce contrat en raison des remarques formulées par le préfet et la chambre régionale des comptes sur son contenu. La société cocontractante a alors demandé au juge des référés du Tribunal administratif de Caen, en application de la jurisprudence *Béziers II* (CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers II*, n° 304806), de suspendre l'exécution de cette décision et d'ordonner la reprise des relations contractuelles.

En l'espèce, la question était de savoir si les relations contractuelles avaient commencé, alors même que le contrat n'était pas devenu exécutoire, faute d'avoir été notifié à la société requérante.

Par une ordonnance du 26 décembre 2014, le juge des référés a considéré que « *dès lors qu'il est signé par le maire de Ouistreham et pour la société Géraud et associés, le contrat en cause a été conclu et doit être regardé comme ayant fait naître des relations contractuelles entre les parties, alors même qu'il n'est pas devenu exécutoire faute d'avoir été notifié à la société par le maire ; que la décision du 6 novembre 2014 constitue une mesure d'exécution du contrat, dont la suspension peut être demandée au juge des référés* ».

Source : TA Caen, Ord., 26 décembre 2014, *Société Géraud et associés*, n° 1402337.

RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL – Incompétence du juge des référés précontractuels en présence d'une convention d'occupation du domaine public

On se souvient que dans son arrêt du 3 décembre 2010, le Conseil d'État a estimé que la passation des conventions d'occupation du domaine public, ayant pour seul objet l'occupation d'une dépendance domaniale, n'était pas soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables, même si rien n'interdisait à la personne publique de se soumettre, volontairement, à de telles obligations de passation. (CE, Section, 3 déc. 2010,

Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin, n° 338272 et 338527)

Dans la présente affaire, Tisséo (Établissement public industriel et commercial) souhaitait conclure un contrat portant sur la commercialisation des espaces publicitaires des bus et du métro toulousains. Pour ce faire, qualifiant ce contrat de marché public, Tisséo avait lancé une procédure négociée en vertu des dispositions du code des marchés publics.

Un candidat évincé a introduit un référé précontractuel devant le Tribunal administratif de Toulouse qui a annulé la procédure de passation litigieuse.

Saisi d'un pourvoi en cassation contre cette ordonnance, le Conseil d'État a d'abord constaté que l'objet du contrat litigieux était « *d'autoriser à titre exclusif le cocontractant de l'établissement public Tisséo à mener, en contrepartie d'une redevance versée à ce dernier, une activité de régie publicitaire sur le domaine public, dont le cocontractant définit lui-même la teneur et l'étendue, en choisissant les annonceurs et en mettant en place de nouveaux supports publicitaires, et dont il perçoit seul les revenus correspondants* ». Par conséquent, ce contrat a été regardé comme une simple convention d'occupation du domaine public.

Par suite, le Conseil d'État a jugé que le contrat en cause n'était pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du CJA, pouvant faire l'objet d'un référé précontractuel et ce, même lorsque la personne publique choisit, volontairement, de soumettre la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public aux procédures de passation applicables aux marchés publics.

Dans une telle hypothèse, il faut donc admettre que seul le référé-suspension (article L. 521-1 du CJA) est ouvert à l'encontre des seules décisions faisant grief, adoptées à l'occasion de la procédure ou, une fois la convention signée, contre le contrat lui-même, en application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994).

Source : CE, 3 décembre 2014, *Etablissement public Tisséo*, n° 384170, *Tables Lebon*.

RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL – À défaut de rejeter la candidature de la société comme irrecevable, la personne publique ne peut invoquer le caractère incomplet de son dossier pour se défendre devant le juge

Dans cette affaire, saisi par un candidat évincé, le juge du référé précontractuel de Nantes avait annulé la procédure de mise en concurrence, organisée par le Département de la Loire-Atlantique, pour la passation d'un marché portant sur la construction d'un collège, au motif que le Département n'avait pas précisément défini les exigences minimales auxquelles les variantes devaient répondre.

Le Département s'était alors pourvu en cassation en soutenant que, dès lors que la société requérante n'avait pas transmis un formulaire de candidature DC1 comportant une signature originale de la personne habilitée à engager l'entreprise, sa candidature était, en toute hypothèse, irrecevable, de sorte que, en application de la jurisprudence *SMIRGEOMES* (CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420), cette société était insusceptible d'être lésée par d'éventuels manquements.

Dans son arrêt du 3 décembre 2014, afin de rejeter cette argumentation, le Conseil d'État a rappelé que le Département avait la possibilité, face à une telle irrégularité purement formelle, « *soit de rejeter la candidature de ce groupement soit, en application des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point* ».

En outre, selon le Conseil d'État, à défaut d'avoir rejeté comme irrecevable la candidature du requérant, le Département ne pouvait se prévaloir du caractère incomplet de son dossier de candidature pour soutenir que l'argumentation du requérant, tirée du ou des manquements invoqués, serait inopérante.

Source : CE, 3 décembre 2014, Département de la Loire-Atlantique, n° 384180, Tables Lebon.

RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL – Le juge du référé précontractuel peut aussi être le juge du référé-suspension dirigé contre le contrat

Par un arrêt du 19 janvier, le Conseil d'État a estimé que le juge du référé précontractuel qui a ordonné la reprise de la procédure d'examen des offres pouvait, par la suite, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer sur un référé-suspension visant le contrat signé après le nouvel examen qu'il avait prescrit.

En effet, selon la Haute juridiction, « *le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un magistrat ayant prononcé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation d'un marché public statue sur une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du même code et tendant à la suspension de l'exécution du marché attribué après reprise de la procédure de passation conformément à la première décision juridictionnelle* ».

Source : CE, 19 janvier 2015, Société Ribière, n° 385634, Tables Lebon.

DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC – Conditions de reprise par une autorité délégante des engagements souscrits par son ancien délégataire

Dans cette affaire, la commune de Propriano avait conclu avec la société Yacht club international du Valinco une délégation de service public portant sur la construction et l'exploitation de son port de plaisance. Toutefois, en raison des fautes commises par le délégataire, la commune a résilié pour faute, ladite délégation.

Parallèlement, le Conseil d'État a été saisi d'un recours en indemnisation d'un usager du port qui estimait avoir subi un préjudice, du fait de l'impossibilité, pour lui, de bénéficier de l'affectation privative d'un poste d'amarrage, conformément au contrat qu'il avait conclu avec l'ancien délégataire de la commune.

Rejetant cette demande, le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles l'autorité délégante est tenue de reprendre, à son compte, les engagements souscrits par son ancien délégataire.

Dans un premier temps, la Haute juridiction a affirmé, sauf pour les contrats de travail (article L. 1224-1 du CGCT), « *qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service* ».

Dans un second temps, elle a limité cette obligation de reprise des engagements du délégataire par le délégant en considérant « *qu'il n'en va toutefois ainsi que si les contrats en cause ne comportent pas d'engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée, à moins que, dans ce cas, la personne publique n'ait donné, dans le respect de la réglementation applicable, son accord à leur conclusion ; que, pour l'application de ces règles, la substitution de la personne publique n'emporte pas le transfert des dettes et créances nées de l'exécution antérieure des contrats conclus par l'ancien cocontractant de la personne publique, qu'il s'agisse des contrats conclus avec les usagers du service public ou de ceux conclus avec les autres tiers* ».

Source : CE, 19 décembre 2014, Commune de Propriano, n° 368294, Recueil Lebon.

PARTENARIATS PUBLICS PRIVÉS – Illégalité d'un troisième PPP en France relatif à la Cité municipale de Bordeaux

Après l'annulation du PPP portant sur la réalisation de la Cité de l'Océan à Biarritz (CE, 30 juillet 2014, n°363007) et l'annulation du PPP portant sur 63 centres d'intervention routiers (TA Cergy-Pontoise, 6 novembre 2014, n°1205030), le Tribunal administratif de Bordeaux vient de procéder à une troisième annulation d'un PPP en France.

En l'espèce, le maire de Bordeaux avait conclu, le 22 décembre 2011, un contrat de partenariat avec la société de projet Ubercité, en vue de la réalisation d'un bâtiment à haute qualité énergétique permettant de réunir les 850 agents de sa ville dans un même lieu. Afin de justifier ce recours au contrat de partenariat, la commune de Bordeaux invoquait la complexité urbanistique, technique et

financière du projet, ce qu'a contesté le Syndicat national des entreprises du second œuvre, par une requête enregistrée le 16 février 2012, par le Tribunal administratif de Bordeaux.

Dans son jugement du 11 février 2015, le Tribunal administratif de Bordeaux a écarté tous les arguments avancés par la commune, pour justifier de la complexité du projet.

S'agissant de la complexité urbanistique, le Tribunal a considéré qu'une telle complexité était inhérente à tout projet de construction d'un immeuble, dans le centre urbain d'une ville de la taille de Bordeaux, et ne saurait justifier le recours au PPP.

S'agissant de la complexité technique tirée notamment de la nécessité de construire un bâtiment à haute performance énergétique, le Tribunal a estimé que plus d'une centaine de bâtiments à énergie positive avait été recensée en 2011 et que la commune ne pouvait donc prétendre être dans l'incapacité d'appréhender les référentiels de performance énergétique, alors même que la région Aquitaine avait conduit un projet semblable en 2010.

S'agissant, enfin, de la complexité financière, le Tribunal a jugé que la Commune « *n'établit cependant ni que les services techniques de la ville, qui peuvent disposer notamment d'outils méthodologiques commercialisés à cet effet, seraient dans l'incapacité de mener une démarche de coût global pour la réalisation d'un tel projet, ni que la complexité à déterminer la clé de répartition des recettes de vente à EDF de l'énergie issue des panneaux photovoltaïques à apposer sur l'immeuble serait nécessairement liée au mode de passation du contrat choisi pour la maîtrise d'ouvrage du projet et son exploitation* ».

Les conditions du recours au PPP n'étant pas réunies, le juge a donc enjoint, au maire de Bordeaux, de résilier le contrat à compter du 1er octobre 2015, un tel délai étant nécessaire pour organiser les procédures de mise en concurrence nécessaires à la passation des marchés relatifs à l'exploitation, l'entretien et la maintenance du bâtiment.

Source : TA Bordeaux, 11 février 2015, Syndicat national des entreprises du second œuvre, n° 1200574.

PARTENARIATS PUBLICS PRIVÉS – Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015 des PPP « sous tutelle » de l'État

La loi du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2015 à 2019 a été publiée au Journal officiel du 30 décembre 2014.

L'article 34 de cette loi prévoit qu'à partir du 1^{er} janvier 2015, seul l'État est autorisé à conclure des partenariats publics-privés (PPP) pour le compte des organismes des administrations publiques centrales (Odac), des établissements publics de santé et de certaines structures de coopération sanitaire, si ceux-ci ont pour objet la réalisation, la modification ou la rénovation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels répondant à un besoin précisé par la collectivité publique et destinés à être mis à sa disposition ou à devenir sa propriété.

La conclusion de ces contrats doit être précédée d'une instruction du projet par le ministère de tutelle et l'opération doit être soutenable au regard des conséquences sur les finances publiques ainsi que sur la situation financière de la personne publique.

En vertu de cette même loi, à compter du 1^{er} janvier 2016, les collectivités territoriales devront, avant la conclusion d'un PPP, réaliser une évaluation préalable et la soumettre pour avis aux « services de l'État compétents », soit la Mission d'appui aux PPP (Mapp), afin qu'elle établisse une « analyse de l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances de la collectivité concernée » (Article L. 1414-2-1 CGCT).

Source : Loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2015 à 2019.

MARCHÉS PUBLICS – Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles une collectivité territoriale peut se porter candidate à un marché public

En 2006, le Département de la Vendée avait organisé une procédure de passation d'un marché portant sur le dragage de l'estuaire du Lay à laquelle s'était porté candidat, et l'avait remportée, le Département de la Charente-Maritime.

Candidate évincée, la société Armor SNC a alors contesté devant le juge administratif le rejet de sa candidature et l'attribution du marché au Département de la Charente-Maritime.

On sait que, depuis l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du Conseil d'État du 8 novembre 2000, « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ». (CE, Avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208).

Dans le prolongement de cet avis, mais s'agissant plus généralement des conditions de prise en charge, par une personne publique, d'une activité économique, le Conseil d'État a jugé, d'une part, qu'une telle prise en charge devait être justifiée par un intérêt public et, d'autre part, qu'elle ne devait pas se réaliser dans des conditions portant atteinte au libre jeu de la concurrence (CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Leb. p. 272).

Toutefois, par une décision *Département de l'Aisne* du 10 juillet 2009 (CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156), le Conseil d'État avait considéré, de manière critiquable, que « la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public ». Le Conseil d'État estimait ainsi que, bien que se déroulant dans un contexte économique, les actes de candidature ne constituaient pas, en eux-mêmes, une prise en charge d'une activité économique.

Dans cette affaire, l'Assemblée de la section du contentieux du Conseil d'État, revenant sur cette dernière décision, a précisé les conditions dans lesquelles une collectivité territoriale peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public en leur appliquant les principes dégagés dans sa décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* précitée.

Ainsi, dans sa décision du 30 décembre 2014, le Conseil d'État a précisé que les collectivités territoriales « ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public [local], c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir

des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ».

Ensuite, le Conseil d'État a expliqué qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence, en particulier s'agissant des prix pratiqués qui doivent être déterminés « *en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public* ».

Source : CE, Ass., 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563, Recueil Lebon.

MARCHÉS PUBLICS – Utiles précisions sur les modalités d'évaluation du manque à gagner d'un candidat irrégulièrement évincé

Par un arrêt du 19 janvier 2015, le Conseil d'État a précisé la méthode de calcul de l'indemnité due au candidat, irrégulièrement évincé d'un marché public, qui avait des chances sérieuses de l'emporter.

Le Conseil d'État a, d'abord, rappelé qu'une entreprise irrégulièrement évincée de l'attribution d'un marché public, qui avait des chances sérieuses de l'emporter, a droit à être indemnisée de son manque à gagner.

Il a, ensuite, explicité la notion de manque à gagner en précisant « *que ce manque à gagner doit être déterminé en prenant en compte le bénéfice net qu'aurait procuré ce marché à l'entreprise ; que l'indemnité due à ce titre, qui ne constitue pas la contrepartie de la perte d'un élément d'actif mais est destinée à compenser une perte de recettes commerciales, doit être regardée comme un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée et soumise, à ce titre, à l'impôt sur les sociétés* ».

Source : CE, 19 janvier 2015, Société Spie Est, n° 384653, Tables Lebon.

SANTÉ PUBLIQUE

RECHERCHES SUR DES CELLULES EMBRYONNAIRES – Conditions d'autorisation de recherche sur l'embryon humain et obligation de motivation de l'autorisation.

Rappelons que l'article L. 2151-5 du code de la santé publique pose le principe de l'interdiction de la recherche sur l'embryon humain. Toutefois, cet article prévoit la possibilité, pour l'Agence de la biomédecine, d'autoriser les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires « *lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques* ».

En l'espèce, par une décision du 20 juin 2008, l'Agence de Biomédecine avait autorisé, sur le fondement de la dérogation précitée, la mise en œuvre, par l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, d'un protocole de recherche utilisant des cellules souches embryonnaires humaines.

Par un arrêt du 23 décembre 2014, le Conseil d'État a rappelé qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 11 juillet 1979, « *doivent être motivées les décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement* ». En application de ces dispositions, il a donc été jugé que la décision autorisant, à titre dérogatoire, les recherches sur l'embryon humain devait être motivée.

En outre, considérant que « *le législateur a entendu éviter le recours aux cellules souches embryonnaires humaines lorsqu'une recherche permettant d'espérer l'obtention des mêmes résultats peut être poursuivie, notamment, sur des cellules souches adultes ou des cellules souches embryonnaires animales* », le Conseil d'État a précisé les conditions de mise en œuvre de la dérogation prévue par l'article L. 2151-5 précité.

Ainsi, l'Agence de Biomédecine ne peut autoriser les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires humaines qu'après s'être assurée, en prenant en compte « *l'ensemble des travaux scientifiques existant à la date de sa décision* », que ces recherches ne peuvent être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable.

En outre, il appartient à celui qui sollicite une autorisation de recherche, d'apporter, à l'appui de sa demande, « *tous éléments de nature à démontrer que la recherche envisagée ne peut être poursuivie par une méthode alternative d'efficacité comparable* ».

Source : CE, 23 décembre 2014, Agence de Biomédecine, n° 360958, Tables Lebon.

SUNSHINE ACT FRANÇAIS – Le Conseil d'État précise certaines dispositions du *Sunshine Act* français et en élargit le champ d'application.

On se souvient que la loi « Médicament » n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 a transposé en droit français l'équivalent du *Sunshine Act* américain, en introduisant, à l'article L. 1453-1 du code de la santé publique, un régime de publicité (i) des conventions conclues entre entreprises du secteur et les professionnels de santé, les étudiants, les établissements de santé et les autres personnes morales intervenant dans le système de santé et (ii) des avantages de toute nature d'un montant supérieur à 10€, versés par ces entreprises aux professionnels de santé.

Le décret n° 2013-414 du 21 mai 2013, ainsi que la circulaire du 29 mai 2013 sont venus préciser les modalités concrètes d'application de ce nouveau régime de transparence et prévoyaient, notamment, trois exceptions aux obligations de publicité :

- les rémunérations, salaires et honoraires qui sont la contrepartie d'un travail ou d'une prestation de services n'ont pas à être publiés, sauf si leur montant est disproportionné par rapport au travail ou à la prestation de services rendue ;
- les entreprises produisant ou commercialisant des lentilles oculaires non correctrices, des produits à finalité cosmétique et des produits de tatouage n'étaient soumises aux obligations de publicité que pour les seules conventions relatives, en substance, à la sécurité des produits ;
- les conventions ayant pour objet l'achat de biens ou de services et conclues entre les professionnels de la santé et les entreprises produisant ou commercialisant des produits de santé.

Or, saisi par le Conseil national de l'ordre des médecins et par l'Association pour une formation et une information médicales indépendantes, le Conseil d'État a, dans une décision du 24 février 2015, d'une part, censuré les deux premières exceptions et, d'autre part, apporté d'utiles précisions quant au champ d'application de la troisième.

Le Conseil d'État a précisé la notion « d'avantage » soumis au régime de transparence, en jugeant qu'elle incluait l'ensemble des rémunérations accordées aux professionnels de santé, par des entreprises produisant ou commercialisant des produits de santé à finalité sanitaire ou cosmétique destinés à l'homme.

Rappelons que la circulaire du 29 mai 2013 excluait de la notion « d'avantage » les rémunérations, salaires et les honoraires perçus en contrepartie d'un travail ou d'une prestation de services, mais seulement dans la mesure où ils n'étaient pas disproportionnés.

Or, selon le Conseil d'État, les dispositions de la loi du 29 décembre 2011 et du décret du 21 mai 2013 excluent de l'obligation de publication, uniquement, les rémunérations des professionnels de santé exerçant leur activité principale, en qualité de salarié de l'une de ces entreprises. Selon les termes du rapporteur public, n'est donc exclu que « *le médecin exerçant à titre exclusif une activité salariée dans une entreprise pharmaceutique n'a pas à dévoiler l'existence ou le contenu de son contrat de travail, ni le montant de son salaire* ».

Par conséquent, le Conseil d'État a annulé les dispositions de la circulaire qui, en méconnaissance des dispositions de la loi et du décret précités, excluaient de la notion « d'avantage » toutes les rémunérations, non disproportionnées, perçues en contrepartie d'un travail ou d'une prestation de services.

Dès lors, l'ensemble des rémunérations, salaires et honoraires versés aux professionnels de santé par les entreprises produisant ou commercialisant des produits de santé à finalité sanitaire ou cosmétique destinés à l'homme, sont considérés comme des avantages et doivent, ainsi, être publiés.

S'agissant des conventions conclues entre les professionnels de santé et les entreprises produisant ou commercialisant des lentilles oculaires non correctrices, des produits à finalité cosmétiques et des produits de tatouage, l'article R. 1453-8 du code de la santé publique, introduit

par le décret du 21 mai 2013, limitait, aux seules conventions « *relatives à la conduite de travaux d'évaluation de la sécurité, de vigilance ou de recherches biomédicales portant sur ces produits* », les obligations de publicité. En d'autres termes, l'obligation de publication ne s'imposait que pour les conventions relatives à la sécurité des produits.

Considérant qu'une telle limitation du champ de l'obligation de publicité était contraire aux dispositions de la loi du 29 décembre 2011, le Conseil d'État a annulé cette disposition, en tant qu'elle réduisait le champ d'application de l'obligation de publicité à ces seules conventions.

Par conséquent, et sans qu'il soit nécessaire que le Gouvernement édicte un nouveau décret, l'obligation de publication s'étend, désormais, à l'ensemble des conventions conclues entre les professionnels de santé et les entreprises commercialisant ou produisant des lentilles oculaires non correctrices, des produits à finalité cosmétiques et des produits de tatouage, quel que soit leur objet.

Le Conseil d'État a donné une interprétation neutralisante des dispositions de l'article R. 1453-2 du code de la santé publique lequel exclut, de l'obligation de publication, les conventions « *régies par les dispositions des articles L. 441-3 et L. 441-7 du code de commerce, qui ont pour objet l'achat de biens ou de services entre ces mêmes entreprises et ces personnes, associations, établissements, fondations, sociétés, organismes ou organes* ».

Le Conseil d'État a ainsi précisé que seules les conventions, dans lesquelles le professionnel de santé est acheteur, ne sont pas soumises à l'obligation de publication. Il a également précisé que cette dérogation au principe de publication des conventions ne s'appliquait pas aux contrats d'achat d'espaces publicitaires par les entreprises, dans les revues médicales.

Précisons, pour être complet, que le Conseil d'État n'ayant pas différé les effets dans le temps de sa décision, l'annulation qu'il prononce et les précisions qu'il y apporte s'appliquent rétroactivement à la date d'entrée en vigueur du décret du 21 mai 2013.

Par conséquent, cet arrêt implique de modifier les publications déjà réalisées et/ou de procéder à de nouvelles publication afin qu'apparaissent :

- l'ensemble des conventions conclues, depuis le 1er janvier 2012, entre les professionnels de santé et les entreprises commercialisant ou produisant des lentilles oculaires non correctrices, des produits à finalité cosmétiques et des produits de tatouage, quel que soit leur objet ;
- les informations relatives à l'ensemble des rémunérations, salaires et honoraires versés, aux professionnels de santé, par les entreprises produisant ou commercialisant des produits de santé à finalité sanitaire ou cosmétique destinés à l'homme, depuis le 1er janvier 2012 ; et
- les conventions ayant pour objet l'achat de biens ou de services dans lesquelles le professionnel de santé n'est pas acheteur.

Toutefois, en vertu du principe de sécurité juridique notamment, les entreprises concernées devraient disposer d'un délai raisonnable afin de se mettre en conformité avec la réglementation, telle qu'elle résulte de l'arrêt du Conseil d'État, délai durant lequel elles ne devraient pas pouvoir faire l'objet des sanctions administratives prévues en cas de méconnaissance de ces obligations.

Source : CE, 24 février 2015, CNOM, n° 369074, Tables Lebon.

DROIT COMPARÉ

AUTORITÉ ITALIENNE ANTI-CORRUPTION – Publication des lignes directrices sur les marchés publics du secteur postal et d'un projet de lignes directrices sur les financements de projet

Le 9 décembre 2014, suite à la libéralisation du secteur postal, l'Autorité italienne anti-corruption a publié ses lignes directrices sur les marchés publics du secteur postal (« *Les lignes directrices des services postaux* »), afin d'en clarifier les procédures d'attribution.

Ces lignes directrices prévoient des règles opérationnelles destinées aux pouvoirs adjudicateurs et aux opérateurs économiques portant, notamment, sur la nature de la procédure d'attribution et l'étendue du contrat (qui devrait être dissocié des autres services amont/aval liés), sur les informations devant être fournies dans l'appel d'offres, ou

encore, sur la fixation du prix de l'offre de départ et sur le montant des pénalités.

Il ressort de ces lignes directrices que Poste Italiane S.p.A. (l'opérateur historique) est actuellement le seul opérateur qui peut couvrir l'ensemble du territoire national, alors que les autres opérateurs privés peuvent seulement garantir une couverture régionale. Dès lors, afin de parvenir à la libéralisation totale du marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient allouer géographiquement leurs marchés (par exemple à partir des zones de livraison identifiées par des codes postaux), afin de permettre aux opérateurs de candidater pour les zones qu'ils sont en mesure de couvrir. Les services, que l'opérateur ne pourraient pas directement ou indirectement assurer, devraient être exclus du marché public et mis à la charge de l'opérateur historique qui, cependant, ne devrait pas assurer plus de 20% du lot entier.

Le 12 janvier 2015, l'Autorité italienne anti-corruption a également publié un projet de lignes directrices portant sur les financements de projet et tendant à consolider les Lignes directrices de 2009 relatives aux financements de projet, ainsi que la Résolution de 2010 sur les concessions de travaux élaborée par son prédécesseur, l'Autorité de contrôle des contrats publics. Ce projet est également destiné à s'appliquer aux partenariats publics-privés et à la réalisation d'infrastructures stratégiques.

Ce projet de lignes directrices présente, de manière très détaillée, les procédures relatives aux financements de projets et, aux attributions de travaux publics et de concessions de services et ce, dès le calendrier de la procédure d'attribution jusqu'aux exigences qui devront être prévues par ces conventions. Ce projet ne modifie pas l'actuel cadre juridique mais, est destiné à fournir des outils opérationnels pour se conformer aux obligations prévues par le Décret législatif n° 163 du 12 avril 2006 transposant la Directive 2004/17/EC portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et, la Directive 2004/18/EC relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

AUTORITÉ ITALIENNE DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS – Ouverture d'une enquête sectorielle sur le marché de production audiovisuelle

Le 13 janvier 2015, l'Autorité italienne de régulation des communications a ouvert une enquête sectorielle sur le marché de la production audiovisuelle en mettant l'accent, notamment, sur les productions européennes et indépendantes. À cette fin, elle a lancé une procédure de consultation et élaboré un questionnaire destiné aux parties prenantes.

L'objectif de cette enquête est d'examiner le fonctionnement et la structure du secteur audiovisuel qui, selon le document de consultation, connaît des changements importants, en raison de la croissance des technologies numériques et de l'élargissement de l'offre télévisuelle.

En raison de l'augmentation des capacités de transmission, liée notamment au développement de la télévision numérique et satellite, les radiodiffuseurs nationaux ont développé une offre de plus en plus diversifiée et spécialisée, comprenant des chaînes généralistes, semi-généralistes et thématiques (par exemple, enfants, informations, culture, sport, music et télé-achat). Ce phénomène a généré une augmentation importante de la demande de programmes audiovisuels thématiques, ce qui a eu des conséquences sur le respect des quotas de production audiovisuelle européenne et indépendante prévus par la Directive 2010/13/EU Services de médias audiovisuels, transposée en Italie par le Décret législatif n°177 du 31 juillet 2005.

Le résultat de cette enquête sectorielle permettra à l'Autorité italienne de régulation des communications de faire un bilan de la dynamique concurrentielle dans ce secteur et, en particulier, de vérifier si la promotion de la production audiovisuelle européenne et indépendante est effectivement assurée.

L'Autorité italienne envisage de terminer cette enquête avant le 6 mai 2015.

Le document de consultation et le questionnaire destiné aux parties prenantes sont disponibles à : <http://www.agcom.it/documents/10179/2713374/Delibera+2015-CONS-15-CONS/553aa688-0afd-4c70-b777-b440ae2c780c?version=1.0>.

BRÈVES

Le 10 mars 2015, la première édition de la lettre d'actualité « *Focus on China Compliance for 2015* » a été publiée par MWE China Law Offices.

Cette édition traite, en particulier, de l'actualité des lois anti-corruption auxquelles toute entreprise, active en Chine, se doit d'accorder une attention particulière. En outre, elle passe en revue les dispositifs légaux relatifs à la protection des données personnelles et des secrets d'État, notamment leurs conséquences en cas de transfert de données. Par ailleurs, cette édition analyse la circulaire explicative, récemment publiée relative aux dispositions de la loi de 2008 relative au contrat de travail et, en particulier, les règles relatives au travail temporaire qui ont été substantiellement durcies en 2014. Enfin, elle revient sur l'utilité des programmes de conformité pour assurer la protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle des entreprises.

Cette lettre d'actualité est disponible au lien suivant : <http://www.mwe.com/info/news/Focus-on-China-Compliance-March-2015-English-Version.html>

DIRECTEURS DE LA PUBLICATION

Laurent Ayache

layache@mwe.com

Sabine Naugès

snauges@mwe.com

DIRECTRICE MARKETING

Mireya Berteau

mberteau@mwe.com

ONT CONTRIBUÉ À CE NUMÉRO :

Charlotte Michellet, McDermott Paris

cmichellet@mwe.com

Anne Plisson, McDermott Paris

aplisson@mwe.com

Veronica Pinotti, McDermott Milan

vpinotti@mwe.com

Martino Sforza, McDermott Milan

msforza@mwe.com

Fil DP

McDermott Will & Emery

23 rue de l'Université 75007 Paris

T : +33 1 81 69 15 00

F : +33 1 81 69 15 15

Pour plus d'informations sur le cabinet McDermott Will & Emery, visitez : www.mwe.com

The material in this publication may not be reproduced, in whole or part without acknowledgement of its source and copyright. *Focus on Regulatory Law* is intended to provide information of general interest in a summary manner and should not be construed as individual legal advice. Readers should consult with their McDermott Will & Emery lawyer or other professional counsel before acting on the information contained in this publication.

©2015 McDermott Will & Emery. The following legal entities are collectively referred to as "McDermott Will & Emery," "McDermott" or "the Firm": McDermott Will & Emery LLP, McDermott Will & Emery AARPI, McDermott Will & Emery Belgium LLP, McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP, McDermott Will & Emery Studio Legale Associato and McDermott Will & Emery UK LLP. These entities coordinate their activities through service agreements. McDermott has a strategic alliance with MWE China Law Offices, a separate law firm. This communication may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.



Focus on Regulatory Law

The latest developments in regulated sectors

REGULATORY AUTHORITIES

FRENCH COMPETITION AUTHORITY – TDF fined for anti-competitive practices

In a 2009 opinion issued at the request of the French regulator for electronic and postal communications (ARCEP) the French Competition Authority ruled that the broadcasting company TDF had a dominant position in the market of terrestrial broadcasting. TDF was required to publish, by 15 September 2009, its technical standards and prices to give newcomers to the market an overview of TDF's technical conditions and prices relating to accommodation on and access to its antennas to ensure fairness in the market (Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes, 11 June 2009, n° 2009-0484). TDF did not publish this information by the deadline.

On 5 February 2015, the French Competition Authority found that, by delaying publication without just cause, TDF abused its dominant position and distorted the market by creating asymmetry in the information available to participants.

Consequently, given the gravity of the facts and the damage caused to the economy, the Authority fined TDF the maximum penalty of €3.5 million. The Authority subsequently increased this fine by 20 per cent as a penalty for repeat infractions, TDF having already been found to be acting abusively in 2009.

Source : Autorité de la concurrence, 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer.

RAILWAY REGULATOR – French railway regulator's method of evaluating the impact on the economic balance of the public service contract by railway cabotage found to be valid

Railway cabotage is the commercialisation of internal railway services in the context of international transportation. It is authorised in France under Article 2121-12 of the Transportation Code, as transposed from Directive 2007/58/CE of 23 October 23 2007, subject to the two following conditions:

- Part of the journey must be international, i.e., the passenger must pass through a country other than France.
- The commercial, privately held services must not compromise the economic balance of railway services by undermining the publicly held services through being cheaper

According to the same provisions, the French railway regulator (l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)) has to verify that both conditions have been fulfilled.

Provence Alpes Cote d'Azur region filed a complaint contesting a decision by ARAF, which found that the railway link proposed by Thello between Marseille and Milan, which included the internal service of trains between Marseille and Menton, did not jeopardise the economic balance of the service contract between Provence Alpes Cote d'Azur and the French National Railway Company (SNCF).

In its 30 January 2015 decision, the French Supreme Administrative Court (the Conseil d'État) ruled that ARAF

was correct in evaluating the substitutability of the regional transportation services used by SNCF with the services planned by Thello by taking into account the fares proposed by each. Given that the fares proposed by Thello were significantly higher than the full fares offered by SNCF, the Conseil d'État found that ARAF was correct in assuming that the fares proposed by Thello would not persuade travelers to switch to this new service, and therefore the conditions were met.

Source: CE, 30 January 2015, Région Provence-Alpes-Côte d'Azur, n° 374022, Tables Lebon.

RAILWAY REGULATOR – Dispute between Stif and Gares & Connexions settled

On 22 July 2014, the Ile-de-France Transport Association (Stif) referred to ARAF its dispute with Gares & Connexions, which is a branch of SNCF in charge of maintaining passenger stations.

Stif first challenged the lack of transparency of Gares & Connexions' accounts. ARAF therefore ordered Gares & Connexions to transfer, every year, a data file containing their accounts for each level of management of the stations in the Ile-de-France Region, and present Stif with the floor plans of all stations considered to be of national interest.

Stif next challenged the amount of the return on capital invested in the stations by SNCF Mobility. Under the Decree of 20 January 2012, the fees payable by railway companies to Gares & Connexions for goods and services provided in the passenger stations must cover the projected costs corresponding to the performance of these services, including the cost of invested capital.

Although it rejected Stif's argument that Gares & Connexions unfairly took into account a risk premium as well as corporation taxes, ARAF considered that the risks borne by SNCF Mobility were overestimated and, consequently, directed SNCF Mobility to fix the rate of invested capital within a range of between 5.5 per cent and 6.9 per cent before taxes, as opposed to the 9.2 per cent currently applied.

Finally, Stif challenged Gares & Connexions' equalisation policy in the use of its capacity as a self-financing entity, which benefitted the funding of stations in other regions. In relation to this challenge, ARAF stated that there is no legal

obligation restraining Gares & Connexions from using the financing it generated in the Ile-de-France region to finance installations in other regions.

Source: ARAF, 3 février 2015, Stif c/ Gares & Connexions.

AUDIOVISUAL COUNCIL – The Audiovisual Council must not grant a significant proportion of available frequencies to very similar services

In a decision handed down on 12 December 2014, the Conseil d'État found that the Audiovisual Council (CSA) should take into account the number of terrestrial frequencies available when assessing the public interest in the context of granting authorisation to a radio service applicant.

The CSA had launched a call for applications for the use of category D radio services *via* terrestrial frequencies channels in the Reims region. At the end of this procedure, the CSA rejected an application from RML on the basis that its musical programming was exclusively composed of Latin music, which was likely to interest a smaller public than those targeted by the applicants normally retained in this category. The CSA instead accepted applications from Fun Radio, Virgin Radio, Radio Nova and Chérie FM. RML requested the annulment of these two decisions.

The Conseil d'État found that, in granting an significant portion of the available frequencies to very similar services when the number of frequencies available would allow for the approval of applicants offering more varied, albeit less popular, services, the CSA had disregarded the primary imperative of protecting and encouraging cultural diversity.

Source: CE, 12 décembre 2014, Société RML, n° 364775, Tables Lebon.

FRENCH FINANCIAL MARKET AUTHORITY – The AMF cannot stay the proceedings on a request for authorisation for the use of financial instruments

Bernheim Dreyfus and Co had sought from the Financial Market Authority (AMF) an extension of its authorisation for the use of financial instruments. At the same time, Bernheim Dreyfus was the subject of a control order relating to a failure to fulfil its professional obligations. As a

result of this control order, the AMF Board filed a statement of objections against Bernheim Dreyfus and its executive officers, and elected to bring an action in front of its penalties commission, which is part of the AMF.

Taking into account the context and the doubts raised as to the reliability of Bernheim Dreyfus' executive officers, the AMF decided to stay the proceedings on the request for authorisation.

In a 26 January 2015 decision, however, the Conseil d'État found that the AMF did not have the authority to stay these proceedings while waiting for the outcome of a control procedure.

Source: CE, 26 janvier 2015, Société Bernheim Dreyfus et Co, n° 368847, Tables Lebon.

ENERGY

PUBLIC GAS SERVICE – Continuity of public service and the amount of shareholder capital held by the State in GDF-Suez

Under the first sentence of Section VI, Article 7 of the law of 29 March 2014, The State has fulfilled its obligation to hold a minimum of 50 per cent of shareholder capital in certain companies if the capital is either equity shares or voting rights. The second sentence of Section VI allows that the State's shareholding may temporarily fall below 50 per cent on the condition that it reaches the threshold within no less than two years.

The union representing the employees of GDF-Suez filed an appeal against a 25 June 2014 decision by the Order of the Minister of Finance and the Minister of Economic Order that fixed the price and the terms of the State's shareholding in GDF-Suez. The union also filed a Priority Preliminary Ruling on Constitutionality relating to the provisions of the second sentence of Section VI of Article 7 of the law of 29 March 2014, arguing that the provisions violated the principle of continuity of public service, in that the State, deprived of its ability to form a blocking minority in extraordinary shareholders meetings, even during a limited period of time, could not oppose mergers or public takeover bids and divestitures of assets.

The Conseil d'État began by recalling that under Article L. 212-32 of the Energy Code, obligations of public service relative to the continuity of the supply of gas, the security of procurement, the security of persons and operations, the balanced development of the territory and the supply of natural gas at a special rate for low-income users, are imposed on GDF-Suez and all other operators in the gas industry. The Conseil therefore found that the union's appeal was not of a serious nature.

The Conseil d'État next highlighted that, in applying the Decree from 20 December 2007, Under Article L.111-69 of the Energy Code, the State held a special share in the capital of GDF-Suez that permitted it to oppose decisions relating to divestitures, or a change in use of the company or its subsidiaries' assets that would violate France's essential interests in the energy sector relating to the continuity and the security of the energy supply.

In addition, the Conseil d'État noted that, in exceptional circumstances, the appropriate State authorities could always proceed in the name of their administrative police powers, or under the provisions of the Defence Code to requisition persons, goods or services.

The Conseil noted that these provisions guaranteed the continuity of public service, regardless of the amount of shareholder capital held by the State in GDF-Suez, and refused to refer the Priority Preliminary Ruling on Constitutionality to the Constitutional Court.

Source: CE 11 février 2015, Fédération CFE-CGC Energies, n° 384057.

REGULATION OF ENERGY PRICES – CJEU asked for ruling on a preliminary question relating to the French mechanism for maintaining regulated gas prices

On 15 December 2014, the Conseil d'Etat referred a preliminary question to the Court of Justice of the European Union (CJEU) on the compatibility with European Union law of the French mechanism for regulated gas prices.

The National Association of energy supply companies (ANODE) asked the State to overturn the 16 May 2013 Decree relating to regulated natural gas prices. ANODE claimed that Articles L. 445-1 to 445-4 of the Energy Code misrepresented the objectives of Directive 2009/73/CE

concerning the common rules for the internal market of natural gas.

The Conseil d'État asked the CJEU to determine whether or not State intervention by way of imposing regulated gas prices upon the traditional operator, while not prohibiting the traditional operator or alternate suppliers from offering competing gas at a lower price, must be seen as ultimately determining the supply price of natural gas for the end consumer, independent of free market forces. The Conseil asked if such intervention is, therefore, a barrier to the realisation of a competitive natural gas market as mentioned in Article 3, paragraph 1 of Directive 2009/73/CE.

If the answer to this question is yes, the Conseil d'État asked the CJEU to specify the criterion for compatibility of such State intervention with the Directive, and whether or not the Directive authorises EU Member States to pursue objectives other than the maintenance of a reasonable supply price, such as supply security and territorial cohesion.

Source : CE, 15 décembre 2014, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n° 370321.

FIXING REGULATED GAS PRICES – Refusal to suspend the decision that fixed the regulated prices for the sale of electricity

In a decision from 28 October 2014, the Ministry of Energy and the Ministry of the Economy introduced a new calculation method for the sale of electricity, called “stacking.” The Ministries fixed the new regulated prices for the sale of electricity as either “blue” (for residential clients and for small businesses), “yellow” (for mid-sized businesses) or “green” (for a small number of businesses that heavily consume high voltage electricity).

ANODE claimed that these prices were fixed at a level that did not cover EDF's entire costs, and brought an action before the interim judge of the Conseil d'État on the basis of Article L. 521-1 of the Administrative Justice Code (CJA), requesting that the 28 October decision be suspended. The Conseil d'État held that, under the 12 August 2009 Decree, regulated prices do not necessarily need to take into consideration the total costs of the supply of electricity by EDF. Consequently, although the prices fixed by the

contested decision did not take into account EDF's entire costs, this did not, by its nature, cast doubt on the legality of the decision.

The Conseil d'État nonetheless held that the fixing of regulated prices should allow for the recovery of differences between the prices and EDF's costs over the previous tariff period. On this basis, the Conseil found that this obligation had not been fulfilled as regards the “green” prices.

Nonetheless, because of the lack of an emergency, which is the required condition for suspending decisions under Article L. 521-1 CJA, the Conseil d'État rejected the request for the 30 October decision to be annulled.

Source: CE, Ord., 7 janvier 2015, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n° 386076.

NETWORK OPERATORS – Network distribution operators required to clearly differentiate their brands from those of their parent companies

In a decision handed down on 17 December 2013, the French Competition Authority imposed a €13.5 million fine on EDF for having abusively supported its subsidiary active in the photovoltaic (PV) solar energy market (EDF ENR). The abusive activity consisted of utilising the brand “Bleu ciel d'EDF” and playing upon the similarities of the logos and brands.

Reaching a similar conclusion in its 2013-2014 report, the Energy Regulation Commission (CRE) estimated that the significant similarities between the two social identities, the logos and acronyms of the electricity and the natural gas distribution network operators (ERDF and GRDF) and their parent companies, created a risk of confusion in the minds of consumers that was detrimental to effective competition in the sector.

The CRE held that these similarities between the two companies were contrary to the provisions of Article L. 111-64 of the Energy Code, under which the administrator of a distribution network and the supply company must abstain from creating any confusion between their identities, communication practices and brand strategies.

The CRE requested that, before 1 June 2015, ERDF and GRDF change the elements constituting their brand, *i.e.*, their visual identity, abbreviations and/or pronunciation, in order to end the confusion.

Source: CRE - Respect des codes de bonne conduite et indépendance des gestionnaires de réseaux d'électricité et de gaz naturel - Rapport 2013-2014.

EXPLORATORY OIL DRILLING – An assessment of its impact on the environment is not automatically necessary

The Directive of 23 April 2009 provides that the extraction of oil and natural gasses must be subject to an assessment of its environmental impact when the extraction is done for commercial purposes. In order to establish whether or not an assessment is necessary, the characteristics of the project must be analysed in comparison with the cumulative effects of other projects.

In a decision from 11 February 2015, issued following a preliminary question referred by an Austrian court, the CJEU held that exploratory oil drilling could still require an environmental impact assessment based partly on whether or not it amounts to “deep drilling.”

Specifically, the CJEU stated that, even if the exploratory drilling may have a commercial aim, it would not fall within the scope of the Directive of 23 April 2009 as long as it does not, *a priori*, constitute a long-term project involving the continual extraction of large quantities of hydrocarbons.

By contrast, the CJEU noted that, with respect to “deep drilling”, pursuant to explicit provisions of the Directive of 23 April 2009, national authorities must determine, on a case-by-case basis, if an environmental impact assessment is necessary.

Exploratory drilling, when qualifying as deep drilling, may therefore fall within the scope of the Directive and require an environmental impact assessment.

In order to establish whether or not an environmental impact assessment is necessary, the national authorities must examine the impact on the environment that the project may have alongside the impact of other projects. In the absence of any specificity in the Directive, the CJEU found that this obligation is not limited to projects undertaken in the same geographical zone.

Source: CJEU, 11 février 2015, Kornhuber e.a, C-531/13.

STATE AID

EXISTENCE OF STATE AID – Permission given to London taxis to drive in bus lanes, while excluding private hire vehicles, does not constitute State aid

In a decision from 14 January 2015, the CJEU ruled that permission given to London’s taxis (black cabs) to drive in bus lanes, a privilege that has been withheld from private-hire vehicles (PHV), does not constitute State aid.

The CJEU reasoned that black cabs and PHVs are both factually and legally different and, as such, are not governed by the same policies in relation to bus lanes. Black cabs therefore do not benefit from an economic advantage. In addition, the fact that black cabs do not have to pay fines when they use bus lanes does not involve any additional costs for public authorities and, consequently, no commitment of State resources.

A Member State does not, therefore, automatically award an economic advantage when granting a preferential right of access to certain users of public infrastructure that is not used by the public authorities to generate income, when pursuing an objective provided for by national regulation.

Source: CJEU, 14 janvier 2015, The Queen c. Parking Adjudicator, C- 518/13.

See our commentary on the decision of the Conseil d'État dated 17 December 2014 in the Public Economic Law Section below.

EXISTENCE OF STATE AID – Conditions under which the advance payment of the net book value of public works may not qualify as State aid

The community of Epinal entered into a public work concession with Numéricâble NC, entrusting Numéricâble with the financing, design, construction and operation of an electronic communication network for a period of 15 years.

At the end of the concession, the network was to become the full property of Epinal, in return for which Numéricâble had the right to operate the network throughout the duration

of the contract and was to be compensated for the net book value of the network remaining at the end of the contract. This compensation was to be paid by Epinal at the beginning of the concession rather than at the end.

The administrative court of Nancy rejected a petition for the annulment of the contract, brought by an ousted competitor. The Nancy administrative court of appeal did, however, annul the contract on the basis that the anticipated payment of the compensation owed for the remaining book value of the network at the end of the contract qualified as State aid. According to the administrative court of appeal, the anticipated payment allowed the concession holder to benefit from a substantially higher profitability than a comparable operation.

On appeal, the Conseil d'État annulled the administrative court of appeal's decision on the grounds that, before qualifying the anticipated payment as State aid, it should have verified whether or not the amount effectively paid was higher than the residual book value remaining at the end of the contract.

Source: CE, 13 février 2015, Communauté d'agglomération d'Epinal et Société Numéricâble NC, nos 373645 et 373648.

INCOMPATIBLE STATE AID – Opening an insolvency proceeding prohibits the recovery of State aid

The subsidies granted by the Corsican Government of Corsica to SNCM for ferry services were found to be State aids in 2013. (Com. Euro., 2 May 2013, SA. 22843 2012/C).

SNCM requested the interim judge of the Administrative Court of Bastia to annul, on the basis of Article L.521-1 of the Code of Administrative Justice, two enforceable recovery decisions, issued on 7 and 19 November 2014, by the Transportation Office of Corsica to recover the State aid.

By two orders issued on 14 January 2015, the interim judge of the Administrative Court found that the opening on 28 November 2014 of insolvency proceedings in the name of SNCM prohibited the payment of these debts under the principle of suspension of proceedings as provided for by Article L. 621-7 of the Commercial Code.

Source: TA Bastia ord. 14 janvier 2015, SNCM, n° 1401073 et 1401074.

RECOVERY – EU General Court upholds finding of Irish Airline Tax as State Aid but annuls recovery decision

In parallel judgments T-473/12 and T-500/12 handed down on 5 February 2015, the EU General Court upheld the European Commission's finding that the Irish airline tax constituted State aid. The Court confirmed that the lower rate of excise duties for airline flights of up to 300 km from Ireland granted an advantage when compared with the higher rate of excise duties for flights travelling further, and therefore constituted State aid to the benefit of the short haul flight passengers and the corresponding carriers. The General Court did, however, annul the Commission's decision relating to the recovery of the aid, on the grounds of inadequate assessment of the advantage to be recovered.

In the last few years, the Commission has increasingly focused its State aid investigations on fiscal or parafiscal charges. According to the decisions handed down by the Commission, and paragraph 185 of its 2014 Draft Communication on the Notion of Aid, a reduced excise duty can be ruled as granting a selective advantage for the undertakings that benefit from it. In line with these precedents, the Commission had found the Irish airline excise duty system, with its two different rates for airline tickets depending on the distance travelled, to be State aid. This decision was appealed by Ryanair and Aer Lingus to the General Court.

The Commission had found that the taxable event, *i.e.*, the departure from an Irish airport, was the same for both long and short haul flights, and the reference rate at the time of the decision was the higher excise duty rate. The lower rate was therefore an exception from that reference and accordingly formed a selective benefit for the short haul carriers (SA.29064, paragraph 45).

The General Court stated that the higher rate for long haul flights was in itself lawful under Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union (T-500/12, paragraph 83; T-473/12, paragraph 58). It therefore found that the Commission was right to take the higher rate as a reference rate for the finding of a benefit in the application of a second, lower excise duty to certain short haul flights

departing from Ireland (T-500/12, paragraph 90; T-473/12, paragraph 64). The Court agreed that the lower excise duty was a selective benefit for short haul carriers in Ireland and therefore constituted State aid.

The Commission had ordered the recovery of the difference between the lower excise duty and the higher excise duty per passenger. The General Court noted that, under existing case law, the Commission is not obliged to determine the exact amount that needs to be recovered. It is only obliged to include information that enables the Member State to work out for itself, without too much difficulty, the amount that needs to be recovered (T-500/12, paragraph 113; T-473/12, paragraph 84; inter alia: C-415/03, Commission/Hellenic Republic 2005, I-03875, paragraph 39).

According to the Court, the Commission should have

“Merely ordered the recovery of the amounts actually corresponding to that advantage or, if it proved impossible to determine those amounts accurately in the decision, to confer that task to the national authorities and provide the necessary information in that respect, in accordance with the case law cited in paragraph [...] above”. (T-500/12, paragraph 136; T-473/12, paragraph 105).

The Court found that, in defining the amount to be recovered as the difference between the high excise duty and the low excise duty, the Commission had actually determined the amount to be recovered. In doing so, the Commission was then obliged to assess, as accurately as the circumstances of the case would allow, the actual value of the benefit received from the aid by the beneficiary (T-500/12, paragraph 114; T-473/12, paragraph 85).

The Court highlighted that the recovery of aid must be limited to the financial advantages to the beneficiary that actually arose, and be proportionate to those advantages (T-500/12, paragraph 135; T-473/12, paragraph 104; T-308/00 RENV, Salzgitter/Commission, 2013, ECLI:EU:T:2013:30, paragraph 138). The Court found that the Commission had not taken into account the pass-on of the advantage to passengers and therefore the recovery order exceeded the actual advantage to the carriers. It is interesting to compare this with the situation in antitrust damages litigation, where the defendant has the burden of proof for the pass-on of any advantage to customers.

Parallel judgments T-473/12 and T-500/12 show the willingness of the General Court to support the ever-closer scrutiny of Member States’ tax rules under EU State aid rules. Not only individual tax measures, but whole tax laws and tax systems may be found to constitute State aid.

They also confirm on one hand that the Commission does not have to itself determine the exact amount of the benefit to be retrieved. On the other hand, the General Court has made it clear that it expects the Commission to come up with a more sophisticated calculation of the amount it wants recovered, paying close regard to the actual benefit incurred by the parties, if it decides to determine the amount to be recovered.

Source: TUE, 25 novembre 2014, Aer lingus Ltd / Commission T-473/12 et Ryanair Ltd / Commission T-500-12.

PUBLIC ECONOMIC LAW

MOBILE TELEPHONY – Annulment of 22 March 2013 Decree modifying the royalty fees payable by mobile telephone operators

Based on a claim brought by Bouygues Telecom, the Conseil d’État has overturned the 22 March 2013 Decree relating to the increase in royalty fees payable by mobile telephony operators for the use of 4G licenses on radio frequencies.

In its decision of 29 December 2014, the Conseil d’État noted that the managing authority of the radio frequencies, which are public property, may modify the financial conditions attached to the occupation of this public property, but it can only exercise this prerogative for reasons that were brought to its attention after the authorisation was granted, or reasons related to a change in circumstances.

The Conseil d’État found that the possibility, which became available in 2011, for license holders of the 1 800 MHz band to ask for the lifting of technical restrictions on the use of the frequencies, which would allow them to operate on the frequencies with technical standards other than GSM, namely 4G, constituted a new circumstance. This therefore permitted the appropriate authority to modify the financial conditions for the use of these frequencies, even though its previous authorisation had not yet expired.

In relation to Bouygues Telecom's claim the Conseil d'État noted that the method used by the State to evaluate the economic benefit gained by the licensing of these frequencies constituted a double error of law. The Conseil reasoned that the amount of the royalty fee should have been calculated not by taking into account the total amount of time granted for an authorisation (15 years), but the amount of time that was left on the authorisation to which the new royalty fee would be applied.

In relation to the value of the unrestricted frequencies, the French Government based its estimate solely on the exclusive use of 4G networks. In practice, however, these frequencies use not only the 4G standard, but also the less efficient standards. The Conseil d'État therefore found that the estimate of the value of the band frequency was structurally greater than the economic benefit that a telecommunications operator could reap from it.

Source: CE, 29 décembre 2014, Société Bouygues Télécom, n° 368773, Recueil Lebon.

VTC DECREE— The 27 December 2013 Decree imposing restrictions on pre-booked private hire vehicles is definitively overturned

In a decision handed down on 27 December 2014, the Conseil d'État definitively overturned the 27 December 2013 Decree that imposes on private hire vehicles (known in France as VTCs) a delay of 15 minutes from the reservation of the vehicle to the collection of the client (Article. R. 231-1-1 of the Tourism Code).

After being reminded that the legislator was attempting to distinguish the activity of parking and driving on public roads in search of clients looking for transportation (taxis) from the activity of transporting individuals following conditions fixed in advance between the parties (VTCs), the Conseil d'État noted that, under Article L. 231-3 of the Tourism Code, VTCs may neither park on public property if they have not already been booked, nor may they be booked on sight.

These provisions do not, however, authorise the regulator to create new conditions that restrict the activities of VTCs by delaying the collection of their passengers for 15 minutes simply because the service was pre-booked.

According to the Conseil d'État therefore, by imposing a minimum delay of 15 minutes between the reservation of the vehicle and the collection of the client, the regulator violated Article L. 231-1 of the Tourism Code.

Source: CE, 17 décembre 2014, SAS Allocab et autres, n° 374525.

AIRLINE COMPANIES – Airlines required to immediately specify the final price to be paid by the passenger

The CJEU was asked to examine a preliminary question relating to the interpretation of Article 23, paragraph 1, second sentence, of Regulation (CE) n° 1008/2008 of 24 September 2008, which establishes the common rules for the operation of airlines services within the European Union.

In its decision handed down on 15 January 2015, the CJEU considered that airline companies using an electronic reservation system for flights leaving from an airport in the European Union must specify the final price to be paid by the passenger at every stage of the booking, including the first stage, when passengers are comparing and selecting flights.

The CJEU specified that this extended beyond the airline services chosen by the passenger (such as on-board meals) to all the airline services for which the price was displayed. The total price shown must therefore include not only the ticket price, but also the taxes and any possible surcharges.

This interpretation supports the purpose and objectives of the Regulation, which is intended to enable passengers to be able to effectively compare the prices of different airline companies.

Source: CJEU, 15 janvier 2015, Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG, C-573/13.

CONTRACTS

PRIVATE CONTRACTS – Conseil d'État rules that the annulment of an administrative act preliminary to a contract does not necessarily prompt the automatic termination of the contract.

In two separate decisions, the municipal council of Uchaux authorised its mayor to enter into a purchase agreement for a building and a loan agreement to finance the acquisition. The council then signed a commercial lease for the restaurant situated on the main floor of the building. The loan agreement was governed by administrative law, the other agreement and the lease were governed by ordinary law.

These two decisions were annulled by the administrative Tribunal of Nîmes, which found that the council did not demonstrate the existence of a local public interest to justify taking on the restaurant business. The Court of Appeal of Marseille upheld the lower court's decision and enjoined the parties to either proceed to a mutual termination of the contracts or have the judge of ordinary law declare them terminated.

On appeal, the Conseil d'État examined the power of the administrative judge to rule on a contract governed by ordinary law. In this case, the two decisions taken by the municipal council of Uchaux were considered preliminary acts, governed by administrative law and necessary for the council to be able to enter into these contracts. The question before the Conseil was whether or not the administrative judge had jurisdiction to rule on the termination of the contracts once the preliminary acts of the municipality had been annulled, as the contracts were governed by ordinary law.

In a decision from 29 December 2014, transposing its Ophrys decision (CE 21 February 2011, n° 337349) to contracts governed by ordinary law, the Conseil d'État stated that the administrative judge was to treat contracts governed by ordinary law in the same manner as contracts governed by administrative law, and specified that the annulment of an administrative act preliminary to a contract does not necessarily prompt the automatic termination of the contract. The administrative judge should, therefore have examined whether or not the error that followed from

the contract can be rectified and, if so, the parties should rectify it. If the error cannot be rectified, then the administrative judge must assess, taking into account the nature of the irregularity and the existence of any reason of general interest that might prevent the termination of the contract, whether or not it becomes necessary to enjoin the parties to go before the judge of ordinary law and have the contract terminated.

The Conseil d'État considered that, based on the reason for the annulment of the preliminary acts—the failure to demonstrate the existence of a public interest in the restaurant business—and the fact that none of the contracts in question had as their objective the council taking on the restaurant, the annulment of the decisions did not involve the termination of the contracts, nor a referral to the judge who had jurisdiction over the contract.

Source: CE, 29 décembre 2014, Commune d'Uchaux, n° 372477, Recueil Lebon.

PUBLIC CONTRACTS – The national agreement between private medical transporters and State health insurers is a public contract

In a decision from 8 December 2014, the Tribunal of Conflicts overruled its previous decision in Descarrega (TC 4 May 2009, Descarrega c/ CPAM de la Marne, n°3686), under which the Tribunal considered that a national agreement entered into between professional organisations that represent private medical transporters and State health insurance offices, constituted private contracts governed by ordinary law.

In December 2014, however, the Tribunal of Conflicts found that, since the purpose of the agreement at issue was for the public entity to control the exercise of the contract (for health insurance purposes) the contract was governed by administrative law.

Source: TC, 8 décembre 2014, Chambre nationale des services d'ambulance c/ Union nationale des caisses d'assurance maladie et autres, n° 3980, Recueil Lebon.

PUBLICS CONTRACTS INTERIM RELIEF PROCEDURE – The contractual relationship is established from the signing of the contract, even if it not enforceable

After having signed an operating agreement for communal procurement contracts, the Mayor of the municipality of Ouistreham informed the co-contracting company of his intention to terminate the contract. The company requested that the interim judge find that the Mayor was obligated to honour the contract, in line with the case law established by *Beziers II*.

The question considered by the court was whether or not the contractual relationship had already been established, as the contract was not yet enforceable because it had not yet been delivered (the final stage in formalising a contract) to the co-contracting company.

In a judgment handed down on 26 December 2014, the interim judge found that, if both parties signed the contract, then the contract was entered into and a contractual relationship established between the two parties, despite the fact that the contract had never been delivered to the company by the Mayor.

Source: TA Caen, Ord., 26 décembre 2014, Société Gérard et associés, n° 1402337.

PRE-CONTRACT INTERIM RELIEF PROCEDURE – Pre-contract interim judge does not have jurisdiction over lease agreements relating to public property

Tisséo, a public industrial and commercial business, wished to enter into a contract for the sale of advertising space on buses and metro trains in Toulouse. Because it thought the contract qualified as public procurement, Tisséo launched a negotiated procedure as required by the French Public Procurement Code.

A rejected candidate brought an action before the pre-contract interim judge to annul the tender proceedings.

The Conseil d'État decided that, given the purpose of the contract was to issue exclusively to the co-contracting party the rights to advertise on public property in exchange for a fee, the contract was to be regarded as a simple lease agreement on public property.

Next, the Conseil noted that lease agreements on public property were not subject to Article L. 551-2 of the Administrative Code, which authorises referrals to the pre-contract interim judge. Only the ordinary interim judge has jurisdiction over cases relating to procedural deficiencies and, once the contract is signed, to the contract. On that basis, the Conseil ruled that the pre-contract interim judge did not have jurisdiction over this case, annulled the decision of the pre-contract interim judge and rejected the candidate's application.

Source: CE, 3 décembre 2014, Etablissement public Tisséo, n° 384170, Tables Lebon.

PRE-CONTRACT INTERIM RELIEF PROCEDURE – When it fails to reject a company's application as inadmissible, the public entity cannot base its defence on the incomplete nature of the application

In a case brought by a rejected applicant, the interim judge of Nantes cancelled the bidding procedure organised by the Department of Loire-Atlantique for the award of a public contract relating to the construction of a middle school. The judge reasoned that the Department did not sufficiently define the minimum requirements of the applicants.

On appeal, the Department claimed that the claimant company, when bidding for the contract, did not submit the application form properly. It had neglected to include the signature of the person responsible for the company and, therefore, its application was inadmissible. On that basis, the Department argued that the claim brought before the interim judge was also inadmissible since, in any event, the contract could not awarded to the claimant company.

The Conseil d'État rejected the Department's argument, noting that the Department could have rejected the application of the claimant company or requested the rectification of the irregularity of its application. The Department therefore could not rely upon the incomplete nature of the company's application to support its arguments before the judge. As a result, the Conseil d'État cancelled the interim judgment and upheld the bidding procedure.

Source: CE, 3 décembre 2014, Département de la Loire-Atlantique, n° 384180, Tables Lebon.

PRE-CONTRACT INTERIM RELIEF PROCEDURE – The pre-contract interim judge may also be the ordinary interim relief judge of the same contract

In a decision handed down on 19 January 2015, the Conseil d'État found that the pre-contract interim judge who ordered the proceedings to be resumed and the contract be examined could, without contravening the principle of impartiality, rule on a later petition for the suspension of the contract.

The Conseil also clarified that the principle of impartiality does not prevent a pre-contract interim judge who has already annulled a tender procedure to rule on the request for suspension of the contract awarded after the resumption of the tender procedure, in conformity with the first decision.

Source: CE, 19 janvier 2015, Société Ribière, n° 385634.

DELEGATION OF PUBLIC SERVICE – Conditions under which the delegating authority must itself undertake the commitments it had delegated

The council of the municipality of Propriano entered into a public service delegation agreement (DSP) with Yacht Club International du Valinco relating to the construction and operation of Propriano harbour. Owing to a fault committed by Yacht Club, however, the council terminated the agreement.

In its decision dated 19 January 2015, the Conseil d'État specified the conditions under which a delegating authority is required to undertake the commitments it delegated. If the contract relates to the operation of a public service, the public entity charged with guaranteeing the continuity and proper functioning of that service must take over. This obligation is, however, limited by the reasonableness of the contract's object, conditions of execution and length, and does not oblige the delegating authority to take on debts, or benefit from credits, generated under the contract.

Source: CE, 19 décembre 2014, Commune de Propriano, n° 368294, Recueil Lebon.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS (PPP) – PPP deemed illegal for a municipal project in Bordeaux

On 22 December 2011, the Mayor of Bordeaux entered into a PPP agreement with Project Ubercité to construct an energy efficient office building. The Mayor justified the use of a PPP by invoking the urban, technical and financial complexities of the project. The national business union contested this justification, claiming that the conditions under which a public authority may enter into a PPP had not in fact been met.

The Administrative Tribunal of Bordeaux found against the Mayor, on the basis that i) urban complexity was inherent in any project undertaken in a city of the size of Bordeaux, ii) more than 100 energy-efficient buildings had been successfully constructed since 2011 and iii) the Mayor had not established any financial complexity.

Source: TA Bordeaux, 11 février 2015, Syndicat national des entreprises du second œuvre, n° 1200574.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS – As of 1 January 2015, only the State can enter into certain PPPs

The law of 29 December 2014, which relates to the public financing program for the period 2015 to 2019, was published in the Official Journal on 30 December 2014.

Article 34 of the law provides that, as of 1 January 2015, only the State may enter into PPPs on behalf of the central governments, public entities public health establishments and certain health organisations, if the object of these contracts is to build, modify or renovate public buildings or works, equipment or intangible assets responding to a specific need of the public authority, and which is intended to be used or owned by that public authority.

The agreement of such contracts must be preceded by a preliminary project assessment conducted by the relevant Ministry, and the project must be sustainable in relation to the consequences on the public finances and the authority's financial situation.

As of 1 January 2016, before entering into a PPP, local authorities must undertake a preliminary evaluation to be submitted to either the competent State authorities or the

Minister of the Economy's PPP support committee for analysis of the project's financial impact on the region.

Source: Loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2015 à 2019.

PUBLIC PROCUREMENT – Conseil d'État specifies the conditions under which a local authority may apply for a public procurement

In 2006, the Department of Vendée organised a tender procedure for a public contract relating to the dredging of the Lay estuary. The Department of Charente-Maritime applied for and was awarded the contract. This was contested by Armour SNC.

Although no law or principle prohibits a public entity from applying for a public procurement contract because of its nature as a public entity, Conseil d'État case law has decided certain conditions: the takeover of the economic activity must be done in the name of public interest and must not run contrary to the freedom of competition. (CE, Avis contentious, 8 November 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208 ; CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Leb. p. 272)

In *Département de l'Aisne* 10 July 10 2009 (n° 324156), the Conseil ruled that simply submitting an application for a procurement contract did not constitute a takeover of an economic activity that necessitated justification in the name of public interest.

In relation to Charente-Maritime, the Conseil d'État specified the circumstances under which a local authority may apply for a procurement contract, subject to the conditions above. In particular, the local authority must act in accordance with the "public interest", which the Conseil defined as the authority's public service mandate, and resource and finance the project without compromising those public interests.

The Conseil d'État also noted that the applicant must not distort the conditions of competition, specifically the calculation of the price, by using any advantages which the local authority may benefit from through extra resources or means allotted to it under its mandate to serve the public.

Source: CE, Ass., 30 décembre 2014, Société Entreprises Morillon Corvol Courbot, n°355563, Recueil Lebon.

PUBLIC PROCUREMENT – Practical guidance on the method to evaluate the loss of potential earnings for an applicant irregularly ousted

In a decision from 19 January 2015, the Conseil d'État specified the method for calculating damages owed to an applicant who had a serious chance of being awarded a procurement contract but was instead irregularly ousted. The Conseil reaffirmed that damages must equal the loss of potential earnings.

The damages must be therefore calculated on the basis of the net profit the contract would have brought to the company. As the intention of this sum is to replace a loss of commercial revenue, it is therefore also subject to taxation.

Source: CE, 19 janvier 2015, Société Spie Est, n° 384653, Tables Lebon.

PUBLIC HEALTH

EMBRYONIC STEM CELL RESEARCH – Biomedicine Agency obliged to state the reasons for giving authorisation for embryonic stem cell research

Article L. 2151-5 of the Code of Public Health establishes the prohibition of research on human embryonic stem cells, but also provided for an exception to this rule if the research is likely to bring about major therapeutic advances and there are no comparable alternative methods available.

On 20 June 2008, on the basis of this exception, the Biomedicine Agency authorised the implementation by the National Institute for Health and Medical Research of a research protocol using human embryonic stem cells.

In its decision from 23 December 2014, the Conseil d'État recalled that, under Article 2 of the law of 11 July 1979, individual decisions derogating the general rule fixed by law or regulation must be supported. Stating that this provision applied to the authorisation of research involving embryonic stem cells, it ruled that the Biomedical Agency must provide the reasoning behind its decision to authorise research on human embryos.

The Conseil d'État clarified the conditions under which the derogation provided for in Article L. 2151-5 could be granted.

First, the Conseil d'État ruled that, when assessing if the research for which the authorisation is requested could not be undertaken by an alternative method of comparable efficiency, the Biomedicine Agency has to take into consideration all the scientific research that exists up until the date of its decision.

Second, the Conseil d'État explained that the burden of proof lied on whoever solicits the authorisation, and the applicant must provide all the information necessary to demonstrate that the proposed research could not be undertaken using an alternative method of comparable efficiency.

Source: CE, 23 décembre 2014, Agence de Biomédecine, n° 360958, Tables Lebon.

FRENCH SUNSHINE ACT - Conseil d'État specifies requirements for health care companies under the Sunshine Act

Law no. 2011-2012 of 29 December 2011, also known as the French Sunshine Act, introduced into French law certain disclosure obligations imposed on health care companies (HCC).

The French Medical Board and a nonprofit organisation challenged the law's implementing Decree of 21 May 2013 and its explanatory circular of 29 May 2013. On 24 February 2015, the Conseil d'État annulled some of the challenged provisions and provided useful clarifications on the scope of the disclosure obligations.

Under the 21 May 2013 Decree and the explanatory 29 May 2013 circular, there were three exceptions to the obligation to disclose (i) benefits in kind or cash exceeding €10 and (ii) written agreements:

1. Payments made as reasonable compensation for services rendered and for salaries did not have to be disclosed.
2. Companies that manufacture or commercialise cosmetic and tattoo products did not have to disclose agreements other than those relating to the conduct of health and safety work assessments and biomedical or observation research on these products.

3. Companies that manufacture or commercialise health products did not have to disclose commercial sales agreements relating to goods and services.

Under the Conseil d'État decision of 24 February 2015, the two first exceptions no longer apply and the scope of the third exception has been clarified. The other main changes coming out of this decision are as follows.

All payments made from 1 January 2012 by HCCs to health care professionals (HCPs) that do not constitute salaries must now be disclosed.

The Conseil d'État specified the limits of the concept of "benefit in cash or in kind" that must be disclosed. The 2013 circular had given a narrow definition of this concept, stating that it excluded payment made as reasonable compensation for services rendered and for salaries. According to the Conseil d'État, however, the provisions of Law no 2011-2012 exclude only salaries received by HCPs working exclusively as employees of HCCs. The General Advocate, speaking before the Conseil d'État, confirmed that the exclusion relates to an "HCP who works exclusively as an employee in an HCC."

Consequently, the Conseil d'État annulled the provisions of the explanatory circular, which disregarded both Law no. 2011-2012 and the 21 May 2013 Decree by excluding from the scope of the disclosure obligations payments made as reasonable compensation for services rendered.

Companies manufacturing or distributing non-corrective contact lenses, cosmetic or tattoo products must now disclose all agreements concluded with French HCPs, regardless of the object of the agreement.

With regard to companies that manufacture or distribute non-corrective contact lenses, cosmetic or tattoo products, the Decree limited the scope of the disclosure obligations to agreements concluded with HCPs relating to the conduct of health and safety work assessments and biomedical or observation research on the products. The Conseil d'État stated that, by limiting the scope of the disclosure obligations, the Decree disregarded the provisions of Law no. 2011-2012, and therefore annulled the relevant regulatory provisions. For this reason, only commercial sales agreements of goods and services in which the HCP is the buyer are now excluded from the disclosure obligations.

The Conseil d'État clarified the content of Article R. 1453-2 of the French Code of Public Health, which excluded from the disclosure obligations commercial sales agreements of goods and services. Even though this Article was explained in the circular, it remained unclear which agreements it really targeted. According to the judges, this exemption only relates to commercial sales agreements of goods and services in which the HCP is the buyer. Furthermore, despite the rather unclear wording of the Conseil's decision, it must be noted that, in light of the words of the General Advocate, the decision clarified that this exemption does not apply to purchase by HCCs of advertising space in medical journals.

Since the Conseil d'État did not time-differentiate the effects of its decision, its 24 February 2015 interpretation of the Sunshine Act is deemed to apply to all conventions concluded and benefits paid from 1 January 2012. HCCs should therefore now disclose the following:

- All payments made from 1 January 2012 by HCCs to HCPs for services rendered that do not constitute salaries.
- All agreements concluded from 1 January 2012 between companies manufacturing or distributing non-corrective contact lenses, cosmetic or tattoo products, and French HCPs.
- Commercial sales agreements of goods and services in which the HCP is not the buyer.

In accordance with the principle of legal certainty, HCCs will be given reasonable and sufficient time to adapt to the regulation as interpreted by the Conseil d'État, during which period of time they will not be sanctioned.

Source: CE, 24 février 2015, CNOM, n° 369074, Tables Lebon.

COMPARATIVE LAW

ITALIAN ANTI-CORRUPTION AUTHORITY – Italian Anticorruption Authority guidelines on public procurement of postal services and draft guidelines on project financing

On 9 December 2014, the Italian Anticorruption Authority published its guidelines on the public procurement of postal

services (the Postal Services Guidelines), which aim to clarify the awarding procedures of public contracts in the postal sector, following the liberalisation of the postal market.

The Postal Services Guidelines set out the operational rules for awarding contracts to authorities and economic operators on issues such as, *inter alia*, the nature of the awarding procedure and the scope of the contract (which should be unbundled from the other upstream/downstream related services), the information to be supplied in the invitation to tender, the determination of the starting tender price and the amount of the penalties.

The Guidelines point out that Poste Italiane S.p.A. (the former incumbent) is currently the only operator that can cover the entire national territory, while the private operators can only guarantee a regional coverage. In order to attain the full liberalisation of the market, therefore, awarding authorities should consider dividing the invitations to tender into several lots, e.g., on the basis of the delivery areas, identified by postal code numbers, so the operators can bid for the areas that they are able to serve. The services that the operator cannot perform directly or indirectly itself should be carved out from the procurement agreement and entrusted to Poste Italiane, which should not, however, manage more than 20 per cent of each lot.

The Italian Anticorruption Authority also published, on 12 January 2015, its draft guidelines on project financing (the Draft Project Financing Guidelines), which were under consultation up until 2 March 2015. The Draft Project Financing Guidelines, which are intended to also apply to PPPs and strategic infrastructures, update and consolidate the current 2009 Guidelines on Project Financing and the 2010 Resolution on public works concessions of the former Public Contracts Supervising Authority (now the Anticorruption Authority).

The Draft Project Financing Guidelines deal with the procedures for project financing and the awarding of public works and services concessions, from the establishment of the procedural calendar of the awarding authorities to the requirements of the concession agreement. They do not amend the existing legal framework, but are intended to provide operating tools to comply with the duties set out in the 12 April 2006 Legislative Decree No 163 on public contracts, implementing Directive 2004/17/EC coordinating the procurement procedures of entities operating in the

water, energy, transport and postal services sectors, and Directive 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

ITALIAN COMMUNICATIONS AUTHORITY – The Italian Communications Authority sector inquiry into the audiovisual production market

On 13 January 2015, the Italian communications Authority (AGCOM) opened a sector inquiry into the audiovisual (AV) production market—focusing on European independent productions—and published a consultation document and questionnaire for stakeholders.

The aim of the sector inquiry is to carry out a review of the structural conditions of the AV sector which, according to the consultation document, is undergoing significant changes, owing to the growth of digital technology and the broadening of the televisual offering.

Because of the increased availability of transmission capacity, which is as a result of the expansion of digital and satellite television, national broadcasters have developed a more diverse and specialised offer, encompassing generalist, semi-generalist and dedicated channels, e.g., children, information, culture, sport, music and TV sales channels. This has led to an increase in the demand for specialised AV products, with a consequent impact on compliance with the quotas reserved to European and independent AV productions by the Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU, implemented in Italy by Legislative Decree No 177 of 31 July 2005.

The outcome of the sector inquiry will allow AGCOM to review the competition dynamics in the sector and ascertain whether or not there is an effective promotion of European audiovisual works created by producers who are independent from broadcasters.

AGCOM expects to complete the sector inquiry by 6 May 2015.

The consultation document and the questionnaire for stakeholders are available at here:

<http://www.agcom.it/documents/10179/2713374/Delibera+2015-CONS-15-CONS/553aa688-0afd-4c70-b777-b440ae2c780c?version=1.0>.

IN BRIEF

The second issue of *Focus on China Compliance* was published on 10 March 2015 by MWE China Law Offices. The issue starts with an overview of China's anticorruption laws, to which all companies operating in China must pay close attention in 2015. It then takes a more in-depth look at two specific compliance concerns that are expected to impact multinational companies significantly this year. First, it reviews the risks inherent in transferring data outside China. Although there is no single law in China that protects personal data, China's state secrets protections, and a variety of interlocking provisions, make it vitally important that businesses work with PRC qualified lawyers to analyse data within China. Second, it examines China's Provisional Rules clarifying elements of the 2008 Labor Contract Law governing the use of temporary, or "dispatch" labour. The use of such labour has been dramatically restricted in the last year, which can substantially affect many businesses' operations. Finally, a guest author from Blackpeak Group explains how companies can capitalise on compliance programs to protect critical intellectual property, maximising investment and minimising potential losses.

This issue of *Focus on China Compliance* is available at the following link: <http://www.mwe.com/info/news/Focus-on-China-Compliance-March-2015-English-Version.html>

EDITORS:

Laurent Ayache

layache@mwe.com

Sabine Naugès

snauges@mwe.com

MARKETING & BD DIRECTOR:

Mireya Berteau

mberteau@mwe.com

IN COLLABORATION WITH:

Charlotte Michellet, McDermott Paris

cmichellet@mwe.com

Anne Plisson, McDermott Paris

aplisson@mwe.com

Veronica Pinotti, McDermott Milan

vpinotti@mwe.com

Martino Sforza, McDermott Milan

msforza@mwe.com

Fil DP

McDermott Will & Emery

23 rue de l'Université

T: +33 1 81 69 15 00

F: +33 1 81 69 15 15

For more information about McDermott Will & Emery visit

www.mwe.com

The material in this publication may not be reproduced, in whole or part without acknowledgement of its source and copyright. *Focus on Regulatory Law* is intended to provide information of general interest in a summary manner and should not be construed as individual legal advice. Readers should consult with their McDermott Will & Emery lawyer or other professional counsel before acting on the information contained in this publication.

©2015 McDermott Will & Emery. The following legal entities are collectively referred to as "McDermott Will & Emery," "McDermott" or "the Firm": McDermott Will & Emery LLP, McDermott Will & Emery AARPI, McDermott Will & Emery Belgium LLP, McDermott Will & Emery Rechtsanwälte Steuerberater LLP, McDermott Will & Emery Studio Legale Associato and McDermott Will & Emery UK LLP. These entities coordinate their activities through service agreements. McDermott has a strategic alliance with MWE China Law Offices, a separate law firm. This communication may be considered attorney advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.