

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE MARSEILLE**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 20MA01212

SOCIETE CORSICA FERRIES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 4 juin 2020

La Cour administrative d'appel de Marseille

39-02-02-01
54-03-015
C

Le président de la 6^{ème} chambre,
juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires enregistrés le 16 mars 2020, le 20 avril 2020, le 6 mai 2020 et le 13 mai 2020, la société Corsica Ferries, représentée par Me Ayache, demande au juge des référés de la Cour de mettre à la charge de la collectivité de Corse, sur le fondement des articles R. 541-1 et R. 541-5 du code de justice administrative, le paiement d'une provision de 30 000 000 euros à valoir sur les indemnités dues en réparation, d'une part, des conditions d'exploitation du « service complémentaire » mis en place dans le cadre de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse au titre de la période 2007-2013 et, d'autre part, de son éviction de la procédure de passation de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse au titre de la période 2014-2023.

Elle soutient que :

- la provision demandée s'imputant sur des indemnités déjà réclamées dans le cadre d'actions au fond engagées après liaison du contentieux, elle n'avait pas à faire elle-même l'objet d'une réclamation préalable, de sorte que la requête est recevable ; la fin de non-recevoir opposée à ce titre, au surplus, manque en fait ;

- le moyen d'irrecevabilité soulevé par le juge des référés de la Cour en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, imprécis en droit, est en tout état de cause infondé ;

- sa créance afférente aux conditions d'exploitation du « service complémentaire » n'est pas sérieusement contestable, l'arrêt avant-dire droit n° 17MA01582 du 12 février 2018 ayant retenu en son principe la responsabilité de la collectivité de Corse et le rapport d'expertise, déjà déposé, évaluant le préjudice à 91 millions d'euros au minimum ; les considérations de fait et de droit qui fondent son droit à indemnisation ont en outre été tranchées par la Commission européenne dans sa décision du 2 mai 2013 et par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt du 1^{er} mars 2017, revêtu de l'autorité de la chose jugée ;

- l'indemnité réclamée ne constitue nullement une aide publique justifiant la saisine, à titre préjudiciel, de la Cour de justice de l'Union européenne ;

- sa créance relative au manque à gagner sur l'exploitation du service maritime pour la période 2014-2023 n'est pas davantage contestable, compte tenu des énonciations de l'arrêt avant-dire droit n° 17MA01655 du 16 juillet 2018 et des éléments d'ores et déjà retenus par l'experte ;

- la collectivité de Corse a d'ores et déjà provisionné, dans son budget pour 2020, une somme de 20 millions d'euros au titre de ces créances indemnitaires ;
- la crise sanitaire exceptionnelle actuelle est à l'origine du caractère impérieux de sa demande ;
- dans le cadre de cette crise, la collectivité de Corse traite de façon particulièrement inégalitaire les opérateurs de transport maritime.

Par des mémoires en défense enregistrés le 16 avril 2020, le 6 mai 2020 et le 13 mai 2020, la collectivité de Corse, représentée par Me Boiton, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Corsica Ferries à lui verser la somme de 10 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable, faute pour la société Corsica Ferries de justifier d'une demande préalable ;
- cette requête est irrecevable en tant qu'elle porte sur la réparation du préjudice lié aux conditions d'exploitation du « service complémentaire » de desserte maritime de la Corse, pour le motif relevé par le juge des référés de la Cour en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, qu'elle entend s'approprier ;
- l'obligation invoquée contre elle, en tant qu'elle a trait au manque à gagner aux conditions d'exploitation du « service complémentaire » apparaît sérieusement contestable, compte tenu des graves lacunes du rapport d'expertise et de la nécessité de soumettre à la Cour de justice de l'Union européenne la question de savoir si l'indemnité réclamée constitue ou non une aide d'Etat prohibée ;
- la société Corsica Ferries ne peut prétendre s'appuyer sur l'arrêt avant-dire droit du 12 février 2018, qui ne se prononce que sur le principe de la responsabilité recherchée ;
- l'exploitation d'un service équivalent serait en réalité lourdement déficitaire pour la société Corsica Ferries ;
- l'obligation invoquée contre elle, en tant qu'elle a trait au manque à gagner sur l'exploitation du service maritime pour la période 2014-2023 est tout aussi contestable, les opérations d'expertise étant en cours et la première note de synthèse de l'experte étant d'ailleurs erronée en ce qui concerne le coût d'affrètement des navires, leur amortissement, leur capacité réelle, l'existence et le chiffrage de certaines dépenses, les consommations de combustibles ou encore la prise en compte d'économies d'échelles.

La collectivité de Corse a produit, le 22 mai 2020, un nouveau mémoire qui, dépourvu d'éléments nouveaux, n'a pas été communiqué.

Les parties ont été avisées, en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que le juge des référés de la Cour était susceptible de relever d'office le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande de provision de la société Corsica Ferries, en tant qu'elle correspond à l'indemnisation du préjudice résultant de la concurrence due à la mise en place d'un « service complémentaire » de desserte maritime de la Corse, les dispositions des articles R. 541-1 et R. 541-5 ne pouvant être mises en œuvre en vue de faire échec au sursis à l'exécution, ordonné par la juridiction d'appel, d'un jugement se prononçant au fond sur l'obligation pécuniaire en cause.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu les dossiers de fond n° 17MA01582 et n° 17MA01655.

Vu :

- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative.

Considérant ce qui suit :

1. La société Corsica Ferries a engagé deux actions en responsabilité distinctes à l'encontre de la collectivité de Corse, l'une en vue d'obtenir le paiement d'une indemnité de 88 200 000 euros en réparation des conséquences dommageables de la mise en place d'un service maritime dit « complémentaire » dans le cadre de la délégation du service public de la desserte de plusieurs ports de Corse pour la période courant du 1^{er} juillet 2007 au 31 décembre 2013, confiée au groupement constitué par la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) et la Compagnie Méditerranéenne de Navigation (CMN), l'autre en vue d'obtenir une indemnité de 47 115 426 euros en réparation du préjudice résultant de son éviction de la procédure de passation de la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse au cours de la période 2014-2023. La première de ces actions a donné lieu à un jugement du tribunal administratif de Bastia du 23 février 2017 condamnant la collectivité de Corse au paiement d'une somme de 84 362 593,12 euros puis à l'arrêt de la Cour n^{os} 17MA01582-17MA01583 du 12 février 2018 ordonnant, d'une part, le sursis à exécution de ce jugement et, d'autre part, avant-dire droit sur le fond, une expertise visant à déterminer le préjudice économique subi par la société Corsica Ferries, l'engagement de la responsabilité de la collectivité étant, en son principe, confirmé. La seconde action de la société Corsica Ferries a quant à elle donné lieu à un jugement du tribunal administratif de Bastia du 23 février 2017 condamnant la collectivité de Corse au paiement d'une indemnité de 369 504,56 euros, correspondant aux seuls frais de soumission, puis à l'arrêt de la Cour n° 17MA01655 confirmant l'irrégularité de la procédure contractuelle ainsi que le principe de la responsabilité de la collectivité de Corse, jugeant en outre que la société requérante avait été privée d'une chance sérieuse de se voir attribuer la délégation de service public à raison de trois des dessertes maritimes en cause, et ordonnant là encore, avant-dire droit, une expertise afin de déterminer le préjudice subi, c'est-à-dire le bénéfice net que la société eût retiré de l'exploitation de ces trois dessertes. Les deux instances demeurant ainsi pendantes devant la Cour, la société Corsica Ferries sollicite, sur le fondement des dispositions combinées des articles R. 541-1 et R. 541-5 du code de justice administrative, une provision de 30 000 000 euros à valoir sur les indemnisations qu'elle estime lui être dues.

2. Aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie* ». Selon l'article R. 541-5 du même code : « *A l'occasion des litiges dont la cour administrative d'appel est saisie, le président de la cour ou le magistrat désigné par lui dispose des pouvoirs prévus à l'article R. 541-1* ».

Sur la recevabilité de la demande de provision :

3. En premier lieu, aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative :
« La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. / Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle ».

4. Si les dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative sont applicables aux demandes de provision présentées sur le fondement de l'article R. 541-1 du même code, cette formalité est satisfaite, lorsque le requérant saisit le juge des référés après avoir introduit une requête au fond qui avait été elle-même précédée d'une demande préalable. En l'espèce, la société Corsica Ferries, qui produit ses réclamations préalables des 24 décembre 2014 et 4 août 2015, ainsi que les pièces attestant de leur réception par la collectivité de Corse, justifie ainsi de la liaison du contentieux dans les deux instances introduites au fond devant le tribunal administratif de Bastia, mentionnées au point 1. Au surplus, elle justifie également avoir adressé au président du conseil exécutif de Corse une nouvelle demande préalable portant spécifiquement sur le versement d'une provision d'un montant de 30 000 000 euros, dont il a été accusé réception le 16 du même mois et qui, à la date de la présente ordonnance, a ainsi donné lieu à une décision implicite de rejet. La fin de non-recevoir tirée du défaut de demande préalable ne peut dès lors en tout état de cause qu'être écartée.

5. En deuxième lieu, la décision juridictionnelle d'une cour administrative d'appel, en tant qu'elle statue sur des conclusions tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution d'un jugement qui lui est déféré jusqu'à l'arrêt à intervenir, est nécessairement rendue en l'état de l'instruction à la date laquelle elle intervient, sans pouvoir préjuger le fond, et est toujours susceptible d'être remise en cause, comme le prévoit l'article R. 811-18 du code de justice administrative. Dès lors, aucune autorité de la chose jugée ne s'attache à cette décision juridictionnelle. Il en va de même concernant les décisions prises sur le fondement de ce même article R. 811-18. Par suite, la circonstance que la Cour a, par son arrêt n^{os} 17MA01582-17MA01583 du 12 février 2018 mentionné au point 1, sursis à l'exécution du jugement du tribunal administratif de Bastia du 23 février 2017 condamnant la collectivité de Corse au paiement d'une somme de 84 362 593,12 euros puis, par un arrêt n^o 19MA01498 du 2 mars 2020, refusé de lever ce sursis, ne s'oppose pas à la recevabilité de la demande de provision présentée par la société Corsica Ferries sur le fondement des articles R. 541-1 et R. 541-5 du code de justice administrative, en tant qu'elle porte sur l'indemnisation du préjudice résultant de la concurrence due à la mise en place d'un « service complémentaire » de desserte maritime de la Corse, de 2007 à 2013.

Sur le bien-fondé de la demande de provision :

6. Il résulte des dispositions citées au point 2 que, pour regarder une obligation comme non sérieusement contestable, il appartient au juge des référés de la Cour de s'assurer que les éléments qui lui sont soumis par les parties sont de nature à en établir l'existence avec un degré suffisant de certitude. Le montant de la provision que peut allouer le juge des référés n'a alors d'autre limite que celle résultant du caractère non sérieusement contestable de l'obligation dont les parties font état. Dans l'hypothèse où l'évaluation du montant de la provision résultant de cette obligation est incertaine, le juge des référés ne doit allouer de provision que pour la fraction de ce montant qui lui paraît revêtir un caractère de certitude suffisant.

7. En premier lieu, s'agissant des conséquences dommageables, pour la société Corsica Ferries, de l'exploitation du « service complémentaire » institué en violation du droit européen dans le cadre de la délégation de service public confiée à la SNCM et à la CMN, et consistant à imposer à celles-ci un accroissement de leur capacité de transport de passagers pendant trente-six semaines par an, l'experte désignée dans le cadre de l'instance pendante n° 17MA01582, qui a déposé son rapport le 1^{er} mars 2019, estime que la société requérante a été privée, du fait de la concurrence illégalement exercée sur elle, d'environ 1,7 millions de passagers supplémentaires et qu'elle aurait été à même d'absorber cette clientèle sans accroissement de sa flotte ni augmentation de la fréquence de ses rotations. Elle évalue ainsi, suivant différentes hypothèses tenant à l'amplitude temporelle du report de clientèle, à un montant compris entre 91 115 917 et 100 376 204 euros le bénéfice net dont la société Corsica Ferries a été privée, sur la totalité de la période en litige. Si les conclusions de ce rapport sont discutées par la collectivité de Corse, qui les a soumises à l'analyse de cabinets d'audit financier et d'experts maritimes, les critiques formulées par ceux-ci, qui portent notamment sur l'étendue réelle du service complémentaire, sur les moyens dont il exigeait la mobilisation, sur la part de ce service qui aurait pu être absorbée par la société Corsica Ferries compte tenu de ses moyens, des besoins des usagers et des offres alternatives, y compris celles que la SNCM elle-même eût été à même de mettre en place, sur l'analyse des coûts induits par ce report de clientèle ou encore sur la capacité maximale réelle des navires, n'apparaissent susceptibles de remettre en cause que l'ordre de grandeur du préjudice subi, tel que l'a estimé l'experte, mais non son existence même. L'une des études dont se prévaut la collectivité de Corse retient d'ailleurs elle-même un manque à gagner d'environ 21 millions d'euros et si la plus récente d'entre elles retient quant à elle un déficit de plus de 12 millions d'euros, c'est essentiellement en raison du postulat non démontré selon lequel l'absorption d'une partie de la clientèle du « service complémentaire » exigerait pour la société Corsica Ferries l'affrètement d'au moins un navire supplémentaire. En outre, contrairement à ce que soutient la collectivité de Corse, l'allocation d'une indemnité réparant un tel préjudice ne saurait constituer, dès lors qu'elle vise à reconstituer le bénéfice net que la société Corsica Ferries eût normalement réalisé si la concurrence n'avait pas été faussée à son détriment par la délégation de service public litigieuse, une aide d'Etat au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et justifiant la saisine préalable, à titre préjudiciel, de la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du même traité. Ainsi, il y a lieu de considérer, en l'état de l'instruction, que l'obligation invoquée sur ce point par la société Corsica Ferries à l'encontre de la collectivité de Corse n'est pas sérieusement contestable à concurrence d'un montant de 20 000 000 euros.

8. En deuxième lieu, s'agissant de l'éviction de la société Corsica Ferries de la procédure de délégation de service public pour la période 2014-2023, les énonciations de l'arrêt avant-dire droit du 16 juillet 2018, relevant une perte de chance sérieuse, pour cette société, de se voir attribuer l'exploitation de trois dessertes maritimes et écartant, à ce stade, certains arguments soulevés par la collectivité de Corse pour s'opposer au principe même d'un droit à réparation, ne sauraient à elles seules permettre de relever le caractère non sérieusement contestable de la créance indemnitaire invoquée. Les opérations d'expertise ordonnées par cet arrêt demeurent actuellement en cours et donnent lieu à des échanges particulièrement nourris concernant la méthodologie que devra suivre l'experte pour déterminer le bénéfice net dont la société requérante a pu être privée et la pertinence, du point de vue économique, des éléments justificatifs avancés par les parties, notamment le compte prévisionnel d'exploitation établi par la société Corsica Ferries au soutien de son offre. Dans ces conditions, eu égard à la nature des prestations en cause et aux risques économiques inhérents à tout contrat de délégation de service public, l'obligation invoquée sur ce point par la société Corsica Ferries ne peut être regardée, en l'état de l'instruction, comme non sérieusement contestable.

9. En troisième lieu, ni les critiques formulées par la société Corsica Ferries à propos de la façon dont la collectivité de Corse aménage, à l'égard des opérateurs de transport maritime, les modalités de mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire ni les difficultés de trésorerie auxquelles cette société doit faire face du fait de la crise provoquée par l'épidémie de covid-19 ne peuvent exercer d'incidence sur les conditions de mise en œuvre des dispositions précitées des articles R. 541-1 et R. 541-5 du code de justice administrative.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la société Corsica Ferries est fondée à solliciter le paiement, par la collectivité de Corse, d'une provision d'un montant de 20 000 000 d'euros à valoir sur la seule indemnisation des conséquences dommageables de l'exploitation du « service complémentaire » mis en place dans le cadre de la délégation de service public confiée en 2007 au groupement SNCM-CMN, sans qu'il y ait lieu de subordonner le versement de cette provision à la constitution d'une garantie.

Sur les frais liés au litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la société Corsica ferries, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, verse à la collectivité de Corse la somme qu'elle réclame en remboursement des frais exposés et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La collectivité de Corse est condamnée à verser à la société Corsica Ferries une provision d'un montant de 20 000 000 euros (vingt millions d'euros).

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête ainsi que les conclusions de la collectivité de Corse tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetés.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Corsica Ferries et à la collectivité de Corse.

Fait à Marseille, le 4 juin 2020.

Le président de la 6^{ème} chambre,
juge des référés,

Signé

David ZUPAN

La République mande et ordonne au préfet de Corse, en ce qui le concerne, ou à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
La greffière,