

N° 414263

Ministre d'Etat, ministre de la transition  
écologique et solidaire  
c/ M. I... et autres

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 23 mars 2018  
Lecture du 4 avril 2018

## CONCLUSIONS

**Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

L'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales prévoit que « *les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local* ». Vous avez jugé que la délibération prise sur le fondement de ces dispositions est un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir (24 novembre 2010, *Association fédération d'action régionale pour l'environnement (FARE) et autres*, n° 318342, aux T sur ce point). L'Etat, en revanche, n'est tenu par aucune disposition similaire de formaliser la décision qu'il prend de déléguer un service public national. Cette décision pourra cependant être révélée au public à différentes occasions, telle qu'une communication publique ou, au plus tard, par l'avis d'appel public à la concurrence auquel la conclusion du contrat donne nécessairement lieu en application des règles de transparence et de mise en concurrence. La décision ainsi révélée peut-elle faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ? Telle est la question, inédite, que présente à juger l'affaire qui vient d'être appelée et sur lesquelles au moins deux CAA ont apporté des réponses divergentes<sup>1</sup>.

Elle vous est posée par le ministre de la transition écologique et solidaire, dont dépend la direction générale de l'aviation civile qui a fait paraître le 19 novembre 2015 un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution d'une délégation de service public pour l'exploitation et l'entretien de l'aérodrome d'Aix-Les-Milles. Un certain nombre de riverains, individuellement ou à travers une association, inquiets des nuisances sonores que pourraient générer un développement de l'activité de l'aérodrome, ont saisi le Tribunal administratif de conclusions en annulation de l'avis « par lequel le ministère chargé des transports et du développement durable – DGAC a approuvé le principe d'une délégation de service public pour l'exploitation et l'entretien de l'aérodrome d'Aix-Les-Milles ». Le TA a rejeté par ordonnance cette demande comme manifestement irrecevable au motif qu'elle visait une décision préparatoire insusceptible de recours. Par un arrêt du 12 juillet 2017 contre lequel le ministre de la transition écologique et solidaire se pourvoit en cassation, la CAA de Paris a annulé cette ordonnance et renvoyé l'affaire au tribunal administratif. Elle a estimé que « l'acte par lequel la puissance publique se prononce sur le principe d'une délégation de service public présente le caractère d'une décision faisant grief, susceptible d'être déférée au

<sup>1</sup> La CAA de Paris a admis, par l'arrêt attaqué, la recevabilité du recours. La CAA de Douai a statué en sens inverse : 19 avril 2012, *Société Solenat Energies et Commune de Givet*, n° 11DA00531.

juge de l'excès de pouvoir ; qu'en l'espèce, en l'absence de toute décision autrement formalisée, l'avis publié le 19 novembre 2015 par le ministre chargé des transports au Bulletin officiel des annonces des marchés publics doit être regardé comme révélant la décision de l'État de déléguer la gestion de l'aérodrome d'Aix-les-Milles ». Le principal moyen du pourvoi critique cette solution, sous les angles de l'erreur de droit et de qualification juridique des faits.

Vous écarterez au préalable les deux premiers moyens tirés d'irrégularités de l'arrêt.

D'une part, le ministre fait valoir que l'arrêt ne vise pas son premier mémoire en défense et n'a donc pas analysé son contenu, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 741-2 du CJA. Vous savez cependant que cette irrégularité n'entraîne pas l'annulation de la décision si ses motifs répondent explicitement aux moyens qui n'ont pas été visés (CE Sect., 30 oct. 1964, *Brunner*, p. 498 ; CE 24 nov. 1967, Nos 66729, 66798, p. 444). Tel nous semble être le cas en l'espèce : la cour a répondu explicitement au moyen de défense tiré de ce que la décision attaquée ne fait pas grief. Elle n'a en revanche pas répondu au moyen subsidiaire tiré de ce qu'en cas d'annulation de l'ordonnance attaquée, la cour devrait rejeter la demande présentée au tribunal comme irrecevable, mais cela s'explique par le choix de la cour de renvoyer le jugement de l'affaire au tribunal, auquel il reviendra de prendre position sur ce point.

D'autre part, les motifs de l'arrêt que nous avons cités constituent une motivation tout à fait suffisante.

La question de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision d'une autorité nationale, Etat ou établissement public, de déléguer le service public dont il a la charge, nous retiendra plus longtemps. Elle consiste à décider s'il convient d'étendre à l'Etat et à ses établissements publics ce que vous avez jugé en 2010 pour les collectivités territoriales et leurs groupements.

Précisons tout d'abord que la généralisation, postérieure à cette décision, du recours des tiers contre le contrat par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994) et la fermeture corrélative de la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables de sa conclusion, nous semble sans incidence directe sur les termes du débat que vous devez trancher aujourd'hui. Bien que la décision *Département de Tarn-et-Garonne* ne traite pas explicitement du cas de la délibération d'une collectivité territoriale sur le principe de la délégation d'un service public, tout porte à penser qu'elle n'a pas entendu l'inclure dans les actes préalables à la conclusion du contrat qui ne peuvent plus être regardés comme détachables dès lors qu'il est désormais possible de contester directement la validité du contrat. En effet, vous n'avez entendu fermer que la voie du recours pour excès de pouvoir qui permettait aux tiers de soumettre au juge une critique de la légalité de l'action contractuelle d'une personne publique malgré l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient de le faire en attaquant directement le contrat. La décision *Département de Tarn-et-Garonne* indique ainsi les actes détachables qui n'en sont plus : « la légalité du choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer ». Ces actes n'ont pas de véritable autonomie par rapport au contrat qui était le véritable sujet du recours, à défaut de pouvoir en être l'objet.

La décision de principe sur la délégation d'un service public se situe en amont du contrat, avant même le déclenchement du processus contractuel qu'elle a pour objet de

décider. Sa contestation ne peut donner lieu à la critique de la validité d'un contrat qui n'existe pas encore : au stade où elle intervient, le cocontractant n'est pas connu, l'assemblée délibérante n'a pas autorisé la conclusion du contrat, ce qu'elle ne peut faire qu'en se prononçant sur ses éléments essentiels « au nombre desquels figurent notamment l'objet précis de celui-ci ainsi que ses éléments financiers exacts et l'identité de son attributaire » (10 janvier 2007, *Société Pompes Funèbres et Conseillers funéraires du Roussillon et autre*, n° 284063, aux T sur ce point) et la décision de le signer n'a pas davantage pu être prise. Ni l'objet ni la finalité du recours contre la décision de principe sur la délégation d'un service public n'est de soumettre au juge la validité d'un contrat mais de contester la légalité d'une modalité de gestion d'un service public susceptible, comme le soulignait Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur la décision de 2010, « de retentir de manière sensible sur la vie locale et l'organisation des services ». Bertrand Dacosta expliquait ainsi dans ses conclusions sur la décision *Département de Tarn-et-Garonne* que « la notion d'acte préparatoire ne peut pas attirer des décisions administratives qui ont précédé la conclusion d'un contrat, mais qui n'ont pas eu cette seule fin », telle que la délibération de principe sur la délégation d'un service public qui « ne constitue donc pas un acte préparatoire dont le contentieux pourrait basculer sur celui du contrat ». La délibération de principe sur la délégation d'un service public n'est donc pas un acte détachable du processus contractuel dont la contestation serait désormais absorbée par le recours en contestation de la validité du contrat. Elle était et demeure autonome par rapport à ce dernier – ce qui ne signifie évidemment pas que son annulation n'aura pas d'effets sur lui – et les évolutions du régime contentieux du contrat n'ont pas d'incidence sur le sien.

Plusieurs de vos décisions récentes montrent d'ailleurs que le recours en contestation de la validité du contrat n'a pas absorbé tous les recours pour excès de pouvoir dont peuvent faire l'objet des actes qui conservent leur autonomie par rapport au contrat même s'ils ne sont pas dépourvus de tous liens avec lui : tel est le cas de l'acte d'approbation d'un contrat par l'autorité de tutelle (23 décembre 2016, *Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, n°392815, aux T sur ce point) et de la décision d'autoriser des travaux autoroutiers, révélée par l'avenant à une concession conclu à cette fin (9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982, au rec).

Que la contestation de la décision relative au principe d'une gestion déléguée d'un service public ne soit pas intégrée dans le recours en contestation de la validité du contrat, qu'elle se situe donc, pour reprendre l'expression imagée d'Olivier Henrard dans ses conclusions sur votre décision *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, du 5 février 2016 (n° 383149, au recueil), hors de l'orbite contentieuse du contrat, ne signifie pas qu'elle ne puisse avoir lieu à l'appui de la contestation de la validité du contrat. L'illégalité de cette décision est susceptible d'avoir un effet sur la validité du contrat, qu'il appartiendra au juge du contrat de déterminer.

La question qui est vous est posée est donc très ouverte et revient finalement à décider si la circonstance que cette décision de principe émane de l'Etat ou d'une personne qui lui est rattachée et ne soit pas formalisée justifie de lui réserver un sort contentieux différent de celle qui émane d'une collectivité territoriale ou d'un de ses groupements, en fermant la voie du recours pour excès de pouvoir à son encontre. Sa légalité ne pourrait ainsi être contestée qu'à l'occasion du recours en contestation de la validité du contrat.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués au soutien d'une telle solution, de poids inégaux.

Celui tiré de l'absence de formalisation de la décision nous semble assez fragile. Cette circonstance ne vous a jamais empêché d'identifier une décision administrative lorsqu'elle existait, ce que révélait son exécution. Vous avez ainsi déduit de la réalisation des travaux d'aménagement de la Cour d'Honneur du Palais-Royal pour y installer l'œuvre de Daniel Buren que l'on y voit toujours l'existence d'une décision d'y procéder susceptible de recours contentieux (12 mars 1986, *Min de la culture*, n° 76147, aux T. Voir également : 30 décembre 2002, *Cne de Pont-Audemer*, n° 248787, p. 876). De même, vous dégagiez avant votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* de la signature du contrat l'existence d'une décision de le signer détachable du contrat (9 novembre 1934, *chambre de commerce de Tamatave*, p. 1034) et vous avez, comme nous l'évoquions il y a un instant, très récemment jugé qu'un avenant à une concession autoroutière révélait l'existence de la décision d'effectuer des travaux, susceptible de recours pour excès de pouvoir (*Cté d'agglomération Val d'Europe*, précitée). Les exemples sont nombreux dans des contentieux variés et nous nous permettrons de renvoyer au panorama qu'en donnent le Président Massot dans sa contribution aux *Mélanges Braibant* (« Décisions non formalisées et contrôle du juge de l'excès de pouvoir », 1996) et Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur la décision de Section *M. F...*, du 3 avril 2004 (n° 262074), par laquelle vous avez déduit du versement d'un avantage financier, en l'occurrence indu, une décision créatrice de droit de l'accorder.

Nous ne voyons donc aucun obstacle de principe à ce que vous regardiez l'avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution d'une convention de délégation de service public comme révélant une décision de déléguer le service. D'une part, cet avis d'appel public à la concurrence est le premier acte qui rend publique cette décision. D'autre part, comme nous l'avons vu, il n'y aura ensuite aucun autre acte formalisant cette décision susceptible de recours, à l'exception de sa traduction contractuelle.

Il est vrai cependant que vous avez toujours refusé de voir dans les avis d'appel à la concurrence en vue de la passation de marchés publics autre chose que des mesures préparatoires se bornant, selon les termes de vos décisions, « à manifester l'intention de passer un marché », ne faisant pas grief et de ce fait insusceptibles de recours pour excès de pouvoir (10 mai 1996, *Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur*, n° 162856, aux T ; 23 juin 1997, *Commune d'Épinal*, n° 167865 ; 17 fév. 2010, *Communauté de communes Flandres Lys*, n° 325520)<sup>2</sup>. Mais la conclusion d'un marché public n'est pas la conséquence du choix d'une modalité de gestion d'un service public. Elle ne procède d'aucune autre décision que celle de le conclure, dont la détachabilité du contrat n'avait d'autre objet que de permettre aux tiers de saisir un juge de la question de sa légalité. Et l'avis d'appel à la concurrence en vue de le conclure n'est effectivement que l'expression d'une intention de passer ce marché, qui pourra d'ailleurs ne pas se concrétiser si le pouvoir adjudicateur décide finalement, comme il en a toujours la possibilité, d'y renoncer. L'existence d'une décision de principe en amont de toute délégation de service public et son

<sup>2</sup> De même, ont été jugées insusceptibles de recours les appels à candidatures en vue de la conclusion d'une convention d'occupation domaniale (CE Sect. 26 mars 1999, *Soc. Hertz France et autres*, n° 202256, concl. J.-H. Stahl, A) ou d'attribution de fréquences radioélectriques (CE Ass., 21 octobre 1988, *S.A. Télévision Française 1 (TF1) c/ Soc. Métropole Télévision*, n° 93094, A, p. 367 ; CE Sect. 25 juin 1993, *Soc. Télé Free-Dom*, n° 116742, A ; 13 février 1991, *Soc. Île-de-France Média et autres*, concl. B. Stirn, A, p. 58 ; 19 mars 2003, *Assoc. française des opérateurs de réseaux multiservices Aform et autres*, B).

absence en amont de tout marché public ne tient pas à leur éventuelle formalisation mais à l'objet même de ces contrats. L'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales ne s'appliquerait d'ailleurs pas à une concession qui ne porterait pas sur un service public.

Plus sérieux est l'argument tiré des conditions différentes dans lesquelles intervient cette décision de principe selon qu'elle est prise par une collectivité territoriale ou par une autorité de l'Etat et de l'intérêt corrélatif du recours dont elle peut faire l'objet.

En effet, la décision sur le principe de la délégation d'un service public local résulte d'une délibération de la collectivité territoriale. Le recours pour excès de pouvoir contre cette délibération permet non seulement d'en faire contrôler la légalité interne mais aussi la légalité externe et notamment le respect des règles destinées à garantir aux membres de l'organe délibérant une information complète sur la décision qui leur est soumise. Parce qu'elle affecte à la fois la qualité du service rendu et son financement, la décision de le déléguer est un choix important de politique publique qui doit être fait par l'assemblée délibérante de la collectivité, qui ne peut en charger à l'avance son exécutif. Le contrôle juridictionnel de la délibération apparaît ainsi comme une garantie du bon exercice de la démocratie locale. Il n'en va pas de même de la décision du ministre de déléguer un service public dont l'Etat est chargé : certes, elle peut aussi avoir des conséquences non négligeables sur la qualité du service et sur son coût, mais l'absence de disposition l'organisant ou la formalisant montre qu'aucune garantie particulière n'est attachée au processus de décision. Et, de fait, il n'y aura guère le plus souvent que la compétence du ministre qui pourra être sujette à discussion.

Que les moyens de légalité externe soient moins nombreux s'agissant d'une décision non formalisée émanant d'une autorité unipersonnelle ne signifie pas que le recours est inutile dès lors que demeure le contrôle de la légalité d'un choix de gestion d'un service public.

Mais ce choix est, vous le savez, un choix d'opportunité qui échappe largement au contrôle du juge (18 mars 1988, n° 57893, p. 668 ; 28 juin 1989, *Syndicat national du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, RFDA 1989, p. 929, ccl. Guillaume ; 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau* p. 13), dès lors qu'il a été fait régulièrement. C'est pourquoi l'intérêt essentiel du contrôle de la délibération de la collectivité territoriale est de garantir que les membres élus de l'assemblée délibérante aient fait ce choix en toute connaissance de cause et dans le respect des règles qui régissent l'expression de leurs opinions.

Dans ces conditions, il est permis de se demander si ouvrir une voie de recours particulière pour contester une décision dont les motifs ne seront pas contrôlés et qui ne donne pratiquement pas prise, compte tenu de son caractère tacite, à un contrôle de la légalité externe, n'est pas une fausse fenêtre.

Nous ne le pensons pas car si le choix d'une gestion déléguée s'effectue en opportunité, d'autres règles s'imposent tout de même à l'autorité publique dont il est important de pouvoir contrôler le respect : certains services ne peuvent être délégués et la détermination de ces services régaliens, qui souvent relèvent d'une compétence de l'Etat, est parfois assez subtile pour qu'un contrôle juridictionnel n'apparaisse pas superflu (nous pensons notamment à la distinction entre les différentes activités exercées dans le cadre de services pénitentiaires : CC, n° 2002-461 DC 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, p. 204) ; le périmètre de la délégation donne lieu à un contrôle, certes restreint, mais qui n'en existe pas moins, visant à s'assurer, selon les termes

de votre décision du 21 septembre 2016, *Cté urbaine du Grand Dijon et sté Kéolis* (n° 399656, aux T sur ce point) que le délégataire n'ait pas méconnu notamment « les impératifs de bonne administration » en donnant « à une délégation un périmètre manifestement excessif ou en réunissant au sein d'une même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux ».

En revanche, les moyens relatifs à la régularité de l'avis d'appel à la concurrence ne pourront évidemment pas être utilement invoqués : ces griefs sont inséparables de la procédure de passation dont la régularité ne peut être discutée que par un référé précontractuel ou contractuel ou à l'occasion de la contestation de la validité du contrat. L'objet du recours n'est pas l'avis d'appel public à la concurrence mais la décision de déléguer le service, que révèle l'avis d'appel public à la concurrence.

Le contrôle de la légalité de la décision de principe sur la délégation d'un service public national n'est donc pas dépourvu d'objet, que ce soit sur sa légalité externe, au titre essentiellement de la compétence de son auteur, ou sur sa légalité interne, même si les moyens susceptibles d'être invoqués seront nécessairement moins nombreux que pour la même décision relative à un service public local. De même, et en quelque sorte corrélativement, on peut penser que les personnes qui auront intérêt à agir contre une telle décision seront moins nombreuses que celles qui auront intérêt à agir contre une délibération relative à la gestion d'un service public local. Les membres des assemblées délibérantes tirent déjà de cette seule qualité un intérêt pour agir. Les usagers du service et les contribuables locaux sont aussi généralement intéressés. La décision relative au service public national n'étant pas délibérée et les contribuables nationaux ne tirant de cette qualité aucun intérêt pour agir, il ne reste que les usagers du service et les associations de défense des intérêts concernés par le service. Pour prendre l'exemple de la présente espèce, nous ne sommes pas certains que les riverains d'un aérodrome aient un intérêt direct et certain à contester le mode de gestion de cette activité (voyez par exemple votre décision du 22 février 2017, *Association contre l'extension et les nuisances de l'aéroport de Lyon Saint-Exupéry*, n° 398580, par laquelle vous avez jugé que les riverains d'un aéroport n'avaient pas intérêt pour agir contre des décisions de cession au secteur privé de la majorité du capital de la société concessionnaire de l'aéroport qui « n'emportent par elles-mêmes et directement aucune conséquence sur le développement de l'activité de l'aéroport, qui suppose l'adoption de décisions ultérieures, ni sur les nuisances liées à cette activité »). Mais, là-encore, que les justiciables susceptibles d'être intéressés à la contestation d'une telle décision soient moins nombreux que lorsqu'elle émane d'une collectivité territoriale ne nous semble pas suffire à lui réserver un sort contentieux différent.

C'est finalement un choix de politique jurisprudentielle que vous devez faire : aucune des différences entre les deux décisions de principe selon qu'elle émane de l'Etat ou d'une collectivité territoriale n'apparaît déterminant mais la somme des petites différences qui rend plus étroits tant l'étendue du contrôle juridictionnel de la décision de l'Etat que l'intérêt pour l'exercer pourrait vous conduire à ne pas admettre qu'elle fasse l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les éléments de légalité qui pourraient être contrôlés à cette occasion devraient alors l'être à l'occasion d'un recours en contestation de la validité du contrat.

Nous pensons cependant que, bien que limité, un tel recours en amont de la passation du contrat conserve un intérêt, ne serait-ce que pour régler le plus tôt possible ces questions de principe.

Si vous nous suivez, vous écarterez le moyen d'erreur de droit que nous venons d'examiner ainsi que celui tiré de ce que la cour aurait méconnu les écritures des requérants en estimant qu'ils demandaient l'annulation de la décision de principe révélée par l'avis d'appel à la concurrence : les écritures des requérants que nous avons citées au début de nos conclusions visent bien « l'avis par lequel le ministre approuve le principe d'une délégation de service ».

**EPCMNC** : Rejet du pourvoi.