

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

La gestion de l'aéroport international de Tahiti Faa'a, situé sur le territoire de la commune de Faa'a, est un sujet dont vous avez déjà eu à en connaître par deux décisions du 18 novembre 2015 (n°s 373335, 373337 et n° 373336, concl. E. Crépey), dont la présente affaire constitue le prolongement.

Créé en 1961, cet aéroport a d'abord fait l'objet d'une concession par l'Etat au profit de la Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL) pour une durée de trente ans, par décret du 7 janvier 1966. A l'issue de cette dernière, des doutes ont émergé sur l'opportunité de la renouveler, dans le contexte des réflexions alors en cours sur le transfert de la propriété des aéroports aux collectivités territoriales mais également du fait d'interrogations relatives à la qualité de la gestion de la société concessionnaire.

Après de nombreuses années d'hésitations dont nous ne ferons pas ici la chronique, le haut-commissaire de la République en Polynésie française a pris, le 22 décembre 2006, un arrêté portant autorisation temporaire d'occupation du domaine public en vue de permettre la gestion par la SETIL de l'aéroport international de Tahiti ainsi que de trois autres aéroports d'Etat. Cette autorisation a été prolongée par arrêté du 30 décembre 2009. Ce n'est que le 25 mars 2010 que les ministres de l'écologie, de l'économie, du budget et de l'outre-mer ont finalement accordé à la société Aéroport de Tahiti, détenue à 100% par la Caisse des dépôts et consignations via sa filiale Egis, une nouvelle concession d'une durée de trente ans.

Par votre décision n° 373335, 373337 du 18 novembre 2015, vous avez annulé les arrêts du 31 janvier 2013 par lesquels la CAA de Paris avait dénié à la commune de Faa'a tout intérêt à agir contre ces arrêtés du 30 décembre 2009 et du 25 mars 2010 et lui avez renvoyé, dans cette mesure, les affaires. Vous avez en effet estimé que ces arrêtés avaient tous deux « pour effet d'attribuer à un tiers une concession pour l'exploitation de l'aérodrome de Tahiti Faa'a, et affectaient ainsi, de manière suffisamment directe et certaine, eu égard à la nature de l'activité en cause et des missions confiées à l'exploitant, les intérêts propres de la commune sur le territoire de laquelle est implanté cet aérodrome ». Par la même décision, vous avez en revanche rejeté les conclusions de la commune relatives à l'annulation de la convention de concession elle-même, datée du 15 mars 2010, au motif que, dans le régime contentieux antérieur à votre décision Département de Tarn-et-Garonne (Ass., 4 avril 2014, n° 358994, p. 70, concl. B. Dacosta), cet acte n'était pas susceptible de faire l'objet d'un recours par un tiers au contrat.

La CAA de Paris a tiré les conséquences de la cassation que vous avez prononcée par deux arrêts du 30 mars 2017, par lesquels elle a, d'une part, rejeté au fond la requête dirigée contre l'arrêt du 30 décembre 2009 (n° 15PA04285), et, d'autre part, fait droit à celle dirigée contre l'arrêt du 25 mars 2010 et enjoint que soit résiliée la convention de concession conclue le 15 mars 2010, dans un délai de douze mois à compter de la notification de sa décision, au motif que les formalités de publicité et de mise en concurrence n'avaient pas été respectées (n° 15PA04286). C'est le premier de ces deux arrêts, relatif à l'arrêt du 30 décembre 2009, qui fait l'objet du présent pourvoi. On peut, au passage, s'interroger sur ce qui motive la commune à poursuivre ce contentieux.

Il se trouve que cet arrêt encourt l'annulation de manière inévitable, comme l'admet à demi-mot le ministre lui-même en défense : la cour a en effet omis de viser et d'analyser un mémoire produit le 14 octobre 2016 - c'est-à-dire après que vous lui ayez renvoyé l'affaire mais avant la clôture de l'instruction -, qui contenait l'énoncé d'un nouveau moyen, tiré de l'incompétence du haut-commissaire, auquel elle n'a pas répondu et qui n'était pas inopérant (en ce qui concerne les obligations procédurales pesant sur le juge de renvoi, voyez votre décision du 29 octobre 2013, J..., n° 348682, T. pp. 808-876). L'affaire faisant l'objet d'un second pourvoi, vous devrez, après avoir annulé l'arrêt attaqué sans avoir à examiner l'autre moyen de cassation, la régler au fond en application de l'article L. 821-1 du code de justice administrative.

A ce stade, vous serez saisi du moyen d'incompétence auquel la cour n'a pas répondu, et qui nous paraît fondé.

En dépit de son intitulé d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, la commune soutient que l'arrêt du 30 décembre 2009 du haut-commissaire de la République en Polynésie française revêtait le caractère d'une concession aéroportuaire au sens de l'article R. 223-2 du code de l'aviation civile. Or, cet article prévoit que les concessions accordées par l'Etat pour la construction, l'entretien et l'exploitation des aérodromes qui lui appartiennent et qui dérogent au cahier des charges type approuvé par décret en Conseil d'Etat doivent être accordées par décret pris en les mêmes formes, celles qui n'y dérogent pas pouvant pour leur part être accordées par simple arrêté interministériel. Elle en déduit que la prolongation de l'autorisation accordée à la SETIL ne pouvait intervenir que par un tel arrêté ou par décret en Conseil d'Etat.

Force est de constater que l'arrêt du 30 décembre 2009 a prolongé un précédent arrêté du 22 décembre 2006 dont l'objet excédait à nos yeux de manière flagrante la simple autorisation d'occupation du domaine public, et qui s'apparentait au contraire à s'y méprendre aux concessions régies par le code de l'aviation civile. Ainsi cet arrêté de 2006 confiait-il à la SETIL le soin d'assurer « la réalisation, l'entretien, le renouvellement, l'exploitation, la surveillance, le développement et la promotion d'ouvrages, terrains, bâtiments, installations, matériels, réseaux et services nécessaires au fonctionnement des aérodromes d'Etat en Polynésie française » (article 1^{er}), et prévoyait-il que cette société se rémunérerait par la perception de redevances liées de manière directe à l'exploitation du service aéroportuaire (article 20).

Vous avez d'ailleurs incidemment pris position sur la nature l'arrêt du 30 décembre 2009 par votre décision du 18 novembre 2015, en admettant l'intérêt à agir de la commune de Faa'a à son encontre au motif qu'il avait « pour effet d'attribuer à un tiers une concession

pour l'exploitation de l'aérodrome de Tahiti ». Les conclusions d'E. Crépey étaient dans le même sens, ce dernier estimant qu'« indépendamment des questions que peut soulever cette qualification quant à la nature unilatérale ou contractuelle des décisions attaquées et des actes sous-jacents, et, partant quant à la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir à leur rencontre », c'était à l'aune du régime des concessions aéroportuaires prévu par le code de l'aviation civile qu'il convenait d'apprécier l'intérêt à agir de la commune.

Pour ces raisons tenant tant à la nature de l'acte en cause qu'à la cohérence de votre jurisprudence, il nous paraît exclu de vous en tenir à la lecture de l'« étiquette » d'autorisation d'occupation du domaine public qui lui a été attribuée à tort pour estimer qu'il relevait de la compétence du haut-commissaire.

Ce préalable étant posé, il vous faudra en tirer la conséquence que le haut-commissaire était bien incompétent pour prendre l'arrêté du 30 décembre 2009. Mais cela ne règle pas complètement le sort du moyen auquel vous devez répondre. Deux options s'offrent encore à vous.

Allant jusqu'au bout de la logique consistant à reconnaître que l'arrêté du 30 décembre 2009 a eu pour effet d'attribuer une concession à la SETIL, vous pourriez d'abord considérer que, sous ses dehors d'acte unilatéral, vous vous trouvez en réalité en présence d'un acte contractuel. Va dans ce sens le fait que cet arrêté a reconduit l'ensemble des dispositions de l'arrêté du 22 décembre 2006, qui fixait lui-même en détail l'ensemble des conditions de la concession attribuée à la SETIL. Dans l'univers contentieux qui prévalait avant votre décision Département de Tarn-et-Garonne de 2014, déjà citée, cela vous conduirait à juger que la commune n'était pas recevable à en demander l'annulation, en l'absence de recours ouverts aux tiers aux contrats.

L'alternative serait d'estimer que vous vous trouvez face à un acte unilatéral, distinct de la concession en tant que telle, que constitue la décision de prolonger le contrat.

Cette lecture, qui a notre nette préférence, peut se réclamer de la lettre de l'article R. 223-2 du code de l'aviation civile, qui prévoit que les concessions relatives aux aérodromes appartenant à l'Etat sont accordées par arrêté interministériel ou par décret en Conseil d'Etat et qui invite, nous semble-t-il, à cette dissociation. Nous ne comprenons ce texte qui prévoit qu'une convention est accordée par acte unilatéral que comme révélant l'existence de deux objets juridiquement distincts, c'est-à-dire le contrat de concession d'une part ; la décision prise par l'autorité administrative de le conclure ou, comme en l'espèce, de le prolonger, d'autre part et qui par détermination du code de l'aviation civile nous semble indispensable à son entrée en vigueur.

A cet égard, si la façon dont a procédé le haut-commissaire en 2006, consistant, pour le dire brutalement, à rédiger le contrat de concession par arrêté, pouvait susciter un certain trouble quant à la nature de cet acte et de l'arrêté du 30 décembre 2009 qui l'a prolongé, celle qui a été retenue ensuite est cohérente avec la logique que nous venons de vous décrire, ce qui en soi révèle sans doute une prise de conscience des irrégularités passées : une convention de concession a été conclue entre les parties le 15 mars 2010, puis un arrêté - interministériel cette fois - a été pris le 25 mars 2010 prévoyant que la concession de l'aérodrome de Tahiti Faa'a était accordée conformément au cahier des charges types approuvé par décret en Conseil d'Etat et à cette convention.

A vrai dire, votre précédent de 2015 nous semble lui aussi inciter à cette lecture. Il y aurait une forme de paradoxe à avoir admis alors l'intérêt à agir de la commune à l'encontre de l'arrêté du 30 décembre 2009 pour juger aujourd'hui qu'elle est irrecevable à en demander l'annulation au motif que le recours des tiers consacré par votre jurisprudence Département-de-Tarn-Garonne. Si tel était l'aboutissement de votre raisonnement, il eut été plus expédient de lui opposer ce motif en 2015, comme vous l'avez d'ailleurs fait s'agissant de la convention de concession du 15 mars 2010.

Vous l'aurez compris, entre les deux options que nous venons de vous décrire, nous inclinons nettement vers la seconde.

Si vous nous suivez, vous pourrez faire droit au moyen d'appel tiré de l'incompétence du haut-commissaire sans qu'il soit besoin de faire application de la théorie de l'acte détachable (CE, Ass. 10 juillet 1996, Cayzele, n° 138536 p. 274, chron. T.-X. Girardot et D. Chauvaux AJDA 1996 p. 732), la décision de prolongation du contrat contenue dans/ que constitue l'arrêté du 30 décembre 2009 étant en quelque sorte, pour les raisons que nous venons de vous exposer, tenant à l'économie du dispositif prévu par l'article R. 223-2 du code de l'aviation civile, déjà « détaché » du contrat.

Précisons que l'effort auquel vous invite le ministre en défense, consistant, si nous lisons correctement entre les lignes, à neutraliser l'incompétence du haut-commissaire en vous appuyant sur la brièveté de la durée de la prolongation de la concession ainsi que sur la nécessité d'assurer la continuité du service public, nous paraît hors d'atteinte en contentieux de l'excès de pouvoir.

Si vous ne nous suiviez pas pour annuler sur ce moyen, vous pourrez aisément écarter l'autre moyen qui était soulevé devant la cour, tiré de ce que la propriété de l'aéroport de Tahiti Faa'a avait été transféré la Polynésie française par l'article 28 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, ce point ayant été tranché en sens contraire par l'autre décision que vous avez rendue au sujet de la gestion de l'aéroport de Tahiti Faa'a le 18 novembre 2015 (n° 373336, T. pp. 769-772-889 sur ce point).

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué du 30 mars 2017 et du jugement du tribunal administratif de Polynésie française du 7 décembre 2010 ;
- à l'annulation de l'arrêté du 30 décembre 2009 du haut-commissaire de la République en Polynésie française ;
- à ce que l'Etat verse à la commune de Faa'a une somme de 3000 € au titre des frais de procédures et au rejet de conclusions présentées à ce titre par ce dernier.