

N°419367, 424410

Association « 40 millions d'automobilistes »

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 12 juin 2019

Lecture du 8 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

En bientôt 50 ans, la mortalité routière aura été réduite d'environ 80 %, malgré l'explosion du trafic routier. Une pluralité de facteurs techniques et médicaux mais aussi, sous impulsion politique, d'instruments administratifs, policiers et judiciaires a concouru à cette victoire inachevée.

Le déploiement des contrôles automatiques de vitesse par appareil fixe y a marqué une étape. Le gouvernement aurait souhaité, souhaiterait peut-être encore, en marquer une autre par le développement des contrôles automatiques embarqués. Compte tenu de l'état des effectifs de police et de gendarmerie et de l'importance de leurs autres missions, ce développement n'a paru possible qu'en s'appuyant sur des prestataires de service extérieurs.

C'est le principe de cette évolution que le gouvernement a annoncé en 2015, puis les modalités pratiques de mise en œuvre et, dans un premier temps, d'expérimentation dans les départements de Normandie qu'il a fait connaître en 2017.

Les premiers échos de presse de cette expérimentation, deux ans plus tard, ne sont pas encourageants. L'association requérante s'est publiquement félicitée de ce qu'elle regarde comme un fiasco, et elle a exprimé par la même occasion une certaine impatience gourmande à ce que vous statuiez sur les deux requêtes qu'elle a dirigées contre les actes qu'elle a identifiés comme exprimant des décisions de l'Etat susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, et qui seraient à l'origine de ce dispositif, ainsi que contre le rejet implicite de ses demande d'abrogation des mêmes actes. Il ne peut pas être assuré que vous lui donnerez satisfaction, quel que soit le sens de mes conclusions.

La commune de Naujac-Sur-Mer a souhaité intervenir à l'appui de ses demandes, mais sa qualité de commune ne paraît pas lui donner un intérêt suffisant, même en prenant en compte l'arrêt de son maire interdisant la circulation de voitures équipées de radars sur le territoire de la commune. Vous rejetterez donc son intervention comme irrecevable.

Presque toutes les autres questions que soulèvent ces requêtes sont sujettes à hésitation.

D'abord en ce qui concerne la question de **savoir si les actes attaqués ont bien susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir.**

Il s'agit en premier lieu d'une mesure adoptée le 2 octobre 2015 par le comité interministériel de la sécurité routière, qui tient en une phrase : « augmenter, dans les meilleurs délais, l'utilisation des radars embarqués dans des véhicules banalisés, en confiant leur mise en œuvre à des prestataires agréés, sous étroit contrôle de l'Etat ».

En second lieu, il s'agirait de la décision révélée par le communiqué de presse du 20 février 2017 paru sur le site internet gouvernemental de la sécurité routière, indiquant que de février à septembre, il serait procédé à une expérimentation sans dresser de contravention en Normandie, puis qu'une expérimentation dans des conditions réelles serait conduite à partir de septembre dans la même région, et décrivant le mode opératoire retenu.

La mise en œuvre concrète de ces annonces a nécessité des marchés publics de services. Aussi devriez-vous vous demander s'il n'y a pas lieu de reporter toute possibilité de contester ces annonces soit de principe, soit relativement générales, et de faire trancher les questions qu'elles posent aux éventuels recours de plein contentieux dirigés ultérieurement, le cas échéant, contre les contrats de mise en œuvre, maintenant que votre jurisprudence en ouvre beaucoup plus largement la possibilité aux tiers, dans le cadre posé par votre décision d'assemblée du 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994, p. 70

Vous avez ainsi jugé dans une récente décision du 4 avril 2018, *ministre de la transition écologique et solidaire c/ Benard*, n°414264, T., contraire aux conclusions de Gilles Pellissier, à propos d'un avis d'appel à concurrence : « *s'il manifeste l'intention de l'Etat de passer une convention de délégation de service public pour la gestion de cet aéroport, il ne saurait en soi constituer une décision sur le principe du recours à une telle délégation ; qu'un tel avis présente le caractère d'une simple mesure préparatoire à la conclusion de la convention qui n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; que les délégations de service public étant au nombre des contrats administratifs qui peuvent faire l'objet du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers pour en contester la validité, dans les conditions définies par la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, la validité du recours à ce mode de gestion ne pourra être contestée qu'à l'occasion du recours exercé contre le contrat dans les conditions ainsi définies* »

Toutefois, demeure l'intérêt souligné par Gilles Pellissier de trancher les questions de principe le plus en amont et de vider le contentieux. Or, s'agissant de notre affaire, où il n'est pas comme dans ce précédent question seulement d'externaliser la gestion d'un unique équipement par un unique contrat mais de redessiner les conditions d'exercice d'une mission de police judiciaire pour, à terme, l'ensemble du territoire national et dans la durée, le caractère « détachable », selon l'ancienne terminologie, de ces décisions de principe des contrats à venir eux-mêmes est assez net. Et il n'y a notamment pas comme dans l'affaire précédente l'adhérence qui existe entre un avis d'appel à la concurrence et la passation du contrat lui-même à travers la procédure de passation.

Vous devez donc pouvoir raisonner dans le cadre traditionnel, indépendamment des suites contractuelles des actes attaqués.

S'agit-il alors de décisions faisant grief, d'actes préparatoires ou bien de simples déclarations d'intention ?

De manière générale, une décision modifie l'état du droit positif, alors qu'une déclaration d'intention n'y suffit pas. Pour préciser ce critère directeur général, on peut retenir, au vu de la jurisprudence, que c'est le caractère plus ou moins ferme et définitif de la décision prise ainsi que sa plus ou moins grande précision qui les différencie. Voyez, par exemple, votre décision du 18 mars 2005, *Battisti*, n° 273714, p. 114, pour des déclarations publiques relatives au traitement des demandes d'extradition de ressortissants italiens accusés d'actes terroristes qui expriment seulement une intention et sont dépourvues d'effets juridiques.

Ce qui distingue d'un autre côté la décision faisant grief de l'acte préparatoire, c'est le fait que la première vient à l'issue d'un processus de décision, alors que le second l'enclenche ou est un des éléments préparant la décision : voir, s'agissant de décisions de transfert de siège, la décision d'assemblée du 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, n° 138672, p. 168 : l'annonce du transfert l'ENA à Strasbourg révèle bien une décision faisant grief, car, notamment, le Premier ministre « n'a pas subordonné sa réalisation effective à une autre décision du gouvernement » Au contraire, s'agissant de l'IFREMER, la « décision » annoncée par le Premier ministre de transférer le siège de cet établissement à Brest n'en est pas une car le Premier ministre a déclaré qu'il s'agit « d'un engagement à concrétiser » et a demandé au directeur de l'institut de « préparer ce transfert » ; il s'agit donc d'une « annonce sans effet juridique direct » (5 octobre 2015, *comité d'entreprise du siège de l'IFREMER*, n° 387899, T. 527, 789). Il y a inévitablement une part d'appréciation subjective dans cette qualification, comme le montrent les conclusions contraires de Bertrand Dacosta dans l'affaire de l'IFREMER.

En l'espèce, si l'on prend au sérieux les termes du statut du comité interministériel de la sécurité routière, défini par le décret n°75-360 du 15 mai 1975, et la forme que le gouvernement donne à ses annonces, on doit opter pour la qualification de décision pleine et entière : en vertu de l'art. 1^{er} de ce décret, le comité, présidé par le Premier ministre et comprenant les ministres concernés, est "chargé de définir la politique du Gouvernement dans le domaine de la sécurité routière, et de s'assurer de son application". Selon l'art. 2, il "arrête les mesures générales destinées à améliorer la sécurité routière et fixe les orientations des programmes d'équipement". Il s'agit ainsi d'un organe de décision : sous la présidence du Premier ministre ce comité n'élabore pas des mesures préparatoires, il intervient en fin de procédure pour valider le travail interministériel qui a eu lieu antérieurement. Et les décisions prises en son sein peuvent être regardées comme des décisions du Premier ministre, ainsi que vous l'avez jugé pour la décision d'un autre comité interministériel, le comité interministériel à l'aménagement du territoire, qui avait décidé le changement de siège de la SEITA (Ass., 3 mars 1993, *Comité central d'entreprise de la SEITA*, n° 132993, p. 41).

L'hésitation est permise également pour le communiqué de presse du 20 février 2017. Vous avez admis qu'un communiqué de presse puisse révéler une décision administrative, par exemple dans vos décisions de section du 28 novembre 1997, *Thiebaut et autres*, n°156773, ou de sections réunies du 19 mai 1999, région du Limousin, n°157675, T. 155.

Mais on croit bien comprendre que dans l'esprit de l'administration, le schéma décrit dans le communiqué du 20 février 2017 a bien vocation à s'appliquer à l'ensemble des

marchés à venir. La description des clauses du marché que fait le ministre dans sa défense montre d'ailleurs que ce schéma a été très largement mis en œuvre dans le premier marché normand.

On peut donc bien y voir la révélation d'une décision susceptible de recours également, émanant du délégué interministériel à la sécurité routière, délégataire du Premier ministre.

Compte tenu des conditions de publication des actes en cause, vous pourrez retenir que la requête tendant à l'annulation des décisions qu'elles révèlent **n'est pas tardive**, et l'examen du litige relatif à leur annulation pourra, compte tenu de l'argumentation développée, absorber celle du litige relatif à leur abrogation.

Les mesures procédant à l'externalisation d'une activité de service public ont toujours été qualifiées de mesures d'organisation du service (par exemple, Sect., 6 janvier 1995, *Ville de Paris*, n° 93428, p. 3, à propos de la suppression de l'imprimerie municipale et de l'externalisation de cette prestation ; 22 juillet 2015, *Sté Coop de France*, n° 362203, T. 531, 550, 875, à propos de la décision de confier à des organismes privés des missions de surveillance et de prévention sanitaires). Il s'agit donc de décisions réglementaires (voir en ce sens les conclusions de N. Boulouis sur 3 mars 2010, *Dépt de la Corrèze*, n° 306911, T.652, 664), auxquelles la jurisprudence dite **Czabaj** (Ass. 13 juillet 2016, **Czabaj**, n°387763, p. 340) ne s'applique pas.

Ces deux décisions pouvant toutes deux être regardées comme émanant du Premier ministre, le moyen d'**incompétence au sein du pouvoir réglementaire**, alors que le Premier ministre dispose de son exercice en vertu de l'article 21 de la Constitution, n'est pas fondé.

L'examen de leur teneur, visiblement équilibré avec beaucoup de soin pour éviter de tomber soit dans la délégation illicite de missions de police judiciaire, soit dans le prêt illicite de main d'œuvre, montrera par ailleurs que **le pouvoir réglementaire était lui-même compétent, sans modification législative préalable**.

Il est ainsi d'abord reproché au Gouvernement d'avoir confié à des prestataires privés des missions de police, plus précisément la mission de recherche et de constatation d'infractions. Ceci serait contraire à trois règles essentielles :

- l'interdiction posée par la jurisprudence de privatiser les missions de police administrative (p. ex. 29 décembre 1997, *commune d'Ostricourt*, n° 170606, T. 969, à propos de la surveillance de la voie publique) ou judiciaire (1^{er} avril 1994, *commune de Menton*, n° 144152, p. 175, à propos de la constatation des infractions aux règles de stationnement). Cette prohibition a même été élevée au niveau constitutionnel par la décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011 du conseil constitutionnel relative à la « LOPPSI », pts. 18 et 19, qui a censuré la possibilité de confier à des opérateurs de vidéoprotection la mission de visionner des images pour le compte de personnes publiques ;
- le monopole du législateur pour définir les règles de procédure pénale, ce qui inclut la définition des catégories de personnes compétentes pour constater les infractions,

rassembler les preuves et rechercher les auteurs (p.ex. décision n° 90-281 DC du 27 décembre 1990, sur la loi sur la réglementation des télécommunications, pt. 7) ;

- le principe selon lequel toute mesure de police doit être proportionnée au trouble à l'ordre public qu'elle entend prévenir ou résorber, ce qui ne serait pas possible dans une configuration où une personne privée sera habilitée, sans réel encadrement, à constater les infractions et à rechercher leurs auteurs – cette argumentation repose sur des principes dégagés par le juge administratif à propos de la police administrative, alors qu'il est ici question d'activités de police judiciaire, mais on peut, pour la police judiciaire, trouver à l'article 9 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui exclut « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire » pour s'assurer de la personne d'un délinquant, les bases d'un raisonnement comparable (cf. conseil constitutionnel, déc. n° 2010-14/22/QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, pt. 23).

La réponse à ces trois moyens dépend des missions et de la latitude données aux prestataires privés dans les marchés mettant en œuvre l'externalisation. Or tant les termes de la seconde décision que la défense du ministre montrent que ce qui est confié aux prestataires est la seule mission de conduire les véhicules dans lesquels les radars sont embarqués, sans aucune mission de constatation d'infractions ni même connaissance de l'existence de ces infractions : les trajets, le nombre de passages et les heures de contrôle sont prédéterminés par l'administration, en fonction de « l'accidentalité » des différentes routes, le prestataire et ses chauffeurs ayant seulement la latitude de répartir ces cheminements sur le mois.

On peut donc considérer qu'aucun des trois principes invoqués n'est méconnu.

Un autre moyen délicat est tiré de la méconnaissance de la **prohibition du prêt de main d'œuvre** par l'article L. 8241-1 du code du travail ou des règles relatives à la mise à disposition des salariés de droit privé au profit de l'administration

L'interdiction du prêt de main d'œuvre est regardée comme une réminiscence de l'interdiction de l'esclavage : il ne peut être accepté qu'une entreprise se borne à mettre à disposition d'autres seulement une force de travail, mise à disposition dont elle dégagerait un profit. Sous réserve de ce que permet la loi en matière d'intérim et de portage salarial, une entreprise doit toujours mettre à disposition des autres un service, ce qui va nécessairement au-delà de la seule fourniture de forces de travail.

Plusieurs indices sont utilisés par le juge pénal pour écarter la qualification de prêt illicite de main d'œuvre :

- la définition d'une prestation allant au-delà de la seule fourniture de salariés ;
- le maintien d'un lien de subordination entre l'entreprise prestataire et ses salariés et l'absence de transfert de ce lien à l'encadrement de l'entreprise acheteuse ;
- l'apport par l'entreprise prestataire de matériels ou de compétences non détenus par l'entreprise acheteuse ;

- une rémunération de la prestation forfaitaire ou assise sur un volume global de prestation, et pas seulement sur le nombre d'heures effectués par les salariés de la société prestataire.

Au regard de ces critères, plusieurs éléments du dossier vont dans le sens de la requête :

- les véhicules sont fournis et équipés par l'administration ;
- les trajets à effectuer sont déterminés par elle ;
- les conducteurs doivent se soumettre à l'éthylotest anti-démarrage avant tout début de trajet ;
- l'administration peut contrôler à tout moment l'exécution de la prestation et dispose (*a posteriori*, semble-t-il) d'une connaissance très précise des trajets réalisés ;
- la rémunération est pour partie forfaitaire, pour partie corrélée à l'activité, en fonction du nombre d'heures roulées ou du nombre de kilomètres parcourus.

En revanche d'autres éléments vont plutôt dans le sens de la qualification de contrat d'entreprise :

- le fait que sur la base du "catalogue des trajets" à effectuer dans le mois, c'est l'entreprise prestataire qui définit le planning de ses personnels, l'administration s'assurant *a posteriori* que les trajets demandés ont bien été effectués ;
- le fait que les chauffeurs n'ont comme seul interlocuteur que le coordonnateur de leur entreprise ;
- le fait que le recrutement des chauffeurs est du seul ressort de l'entreprise.

Ces éléments paraissent suffire à maintenir le lien de subordination des salariés à leur employeur privé, sans le transférer de manière déguisée à l'administration. On peut en conclure qu'il n'y a pas prêt illicite de main d'œuvre, ce qui, par ailleurs, rend inopérant le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions issues de la loi n°2007-1148 du 2 février 2007 *de modernisation de la fonction publique* et prévoyant des exceptions à cette interdiction (à l'art. 43 de la loi n° 84-14 du 11 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat* et, pour application, à l'art. 13 du décret 85-986 du 16 septembre 1985).

Par ailleurs, n'est évidemment pas en cause **la liberté d'aller et venir**, moyen qui est presque toujours, mais rarement avec pertinence, mis en avant par les défenseurs des automobilistes à l'encontre de quelque mesure de police que ce soit – à la manière dont les amateurs d'armes à feu mettent en avant leur droit de propriété et donc d'usage sur ces armes.

Reste le **vice de procédure allégué, tenant à l'absence de consultation préalable des comités techniques** compétents.

Vous avez jugé, s'agissant de collectivités territoriales, que doit donner lieu à une consultation obligatoire du comité technique concerné la décision de confier une prestation à une entreprise privée, qui affecte l'organisation d'un service, notamment dans une décision inédite du 11 mars, 1998, *commune de Rognes*, n°168403.

Le moyen peut facilement être écarté à l'égard de la décision prise en comité interministériel, qui se borne à adopter un principe, sans affecter par elle-même l'organisation et le fonctionnement des services de police et de gendarmerie.

Il paraît difficile de tenir le même raisonnement à l'égard de la décision révélée par le communiqué de presse publié quinze mois plus tard, qui comporte l'ensemble des modalités d'organisation concrètes suffisant à apprécier les conséquences qu'emporte cette décision sur le fonctionnement des services de police et de gendarmerie. Si l'on retient que sous réserve de redéfinition à l'issue de l'expérimentation la décision valait pour l'ensemble des forces de l'ordre, alors devaient être consultés le comité technique de réseau de la direction générale de la police nationale et celui de la direction générale de la gendarmerie nationale, mais, à tout le moins, s'agissant d'une mise en œuvre d'abord en Normandie, auraient dû être consultés les comités techniques des services déconcentrés concernés dans la région de Normandie.

C'est pourquoi, si vous avez accepté de suivre sur un chemin de crête l'ensemble des considérations qui précèdent, vous devrez **annuler la décision révélée par le communiqué de presse du 20 février 2017 et le refus de l'abroger, en rejetant le surplus** des demandes, sauf en ce qui concerne le versement par l'Etat à l'association requérante d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.