

LE JUGE ADMINISTRATIF
ET L'ECONOMIE DU TRANSPORT

Rapport de synthèse

Stéphane Mouton

Professeur de droit public

Co directeur de l'IMH

Co directeur du Master de droit des transports et de l'aéronautique

Université Toulouse Capitole

Les deux grandes thématiques de ce colloque consacré au juge administratif et à l'économie du transport, le transport aérien et le transport terrestre (ferroviaire et routier), ont permis de mettre en lumière plusieurs problématiques juridiques, certes de natures différentes, mais finalement reliées les unes aux autres.

Le transport aérien tout d'abord soulève des questions financières importantes liées à l'exploitation et à la valorisation du domaine aéroportuaire. Mais il révèle autant des problématiques sociales fortes, comme le démontre la gestion des contrats de travail sur des zones réservées, voire des enjeux environnementaux : le contrôle des nuisances « résonne » avec force au moment où la Cour administrative de Nantes vient de rejeter les requêtes dirigées contre les arrêtés du préfet de la Loire-Atlantique relatifs à la création du second aéroport de Nantes et dont un touche l'aménagement d'infrastructures routières¹. Ce contentieux illustre combien les problématiques relatives aux transports se répondent les unes aux autres. Le transport terrestre concerne quant à lui, l'organisation des transports, commune au secteur routier et au secteur ferroviaire, plus précisément la construction de projets et la gestion des services publics des transports.

- On le voit, ces différentes thématiques conditionnent en réalité la nature même de l'intervention des personnes publiques dans le secteur à l'aune d'un contexte traversé par une nouvelle génération d'enjeux politiques, sociaux, économiques, financiers, humains et environnementaux dans l'espace national et régional. En ce sens, le Professeur Marc Ivaldi a bien démontré combien l'économie du transport est essentielle au développement territorial, économique et social à la nouvelle région *Occitanie* caractérisée par la présence de deux grandes métropoles aux cultures politiques différentes (« *jacobine* » pour Toulouse et « *girondine* » pour Montpellier à l'instar de Milan en Italie) au sein d'un vaste territoire qui représente le quart de l'hyper-ruralité de la France.

- Une satisfaction toutefois. Dans un secteur en voie de privatisation et de financiarisation, la vitalité de la jurisprudence administrative sur les thématiques relatives à

¹ CAA Nantes : 14 novembre 2016,

l'économie du transport démontre que le secteur reste sous l'influence des personnes publiques parce que toujours elles demeurent conditionnées par des considérations relatives à l'intérêt général impliquant l'invocation d'une mission de service public. Ce constat n'a rien d'étonnant. Parce que de tout temps, de l'Antiquité à nos jours, il participe, par les déplacements qu'il autorise, à l'épanouissement des activités tant personnelles qu'économiques, le transport touche le cœur du politique, entendons au sens aristotélicien, la bonne organisation de la Cité. En ce sens Maurice Hauriou ne considérerait-il pas que « *le fonctionnement régulier et ininterrompu des chemins de fer est à toute époque indispensable à la sécurité du territoire et de la défense nationale* »²

- Telle est la raison pour laquelle il existe toujours un lien entre l'Etat, les collectivités territoriales (de plus en plus) et plus largement les personnes publiques et l'économie du transport. Soutenue par la liberté d'aller et venir au plan constitutionnel, la libre circulation des personnes, des biens, des services au plan européen, ce secteur d'activités participe directement et pleinement au développement politique, économique et environnemental de la nation (aménagement du territoire, protection de l'environnement). Mais attention cependant. La mission d'intérêt général change. Elle est en mutation, et ce constat trouve une acuité toute particulière dans le domaine de l'économie du transport. Il constitue en effet un théâtre privilégié de ce bouleversement qui devrait nous inviter à repenser la relation politique entre l'Etat et la société non par le prisme exclusif et réducteur de la domination souveraine (influence de la souveraineté bodinienne), mais un réseau de relations entre les personnes publiques et les opérateurs privés.

De manière explicite ou implicite, ces évolutions, ces mutations, ces bouleversements sont au cœur de la jurisprudence des tribunaux administratifs dont l'activité met en lumière la façon dont l'Etat, les personnes publiques au premier rang desquelles se trouvent bien sûr les collectivités territoriales, et leurs partenaires publics et privés réalisent leurs missions de service public, ou plus généralement d'intérêt général. Comme l'a dit Monsieur le Président Laurent dans son propos d'ouverture de ce colloque, les thématiques relatives à l'économie du transport sont au cœur de l'office du juge administratif dont la première fonction est une fonction de contrôle. Mais cette fonction change comme le démontre l'office du juge sur trois sujets : les coûts, la régulation et l'organisation des transports.

² Note, sous CE 18 juil. 1913, *Syndicat national des chemins de fer*.

1 - Les coûts

Monsieur Jean-Michel Lattes, premier adjoint au Maire rappelait qu'entre la conception d'un projet et le début des travaux, il s'écoulait facilement quatre ans et que le coût des opérations pouvait atteindre 2 milliards d'euros. Du point de vue du droit public, la problématique des coûts générés par les transports peut être lue à l'aune de deux enjeux qui s'inscrivent dans un environnement financier caractérisé, depuis la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, par un triple souci de désengagement financier de l'Etat des activités économiques, de bonne gestion publique et de performance de l'action publique.

Le souci de valoriser le domaine public d'une part. Cette question a été indirectement mise en perspective par Monsieur Pierre- Jean Carol à propos de la question des redevances pour services rendus. A l'instar de la décision *Syndicat national des transporteurs aériens* de 1958, la redevance pour service recouvre «*toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage*». Largement usitée sur le domaine public et malgré des discussions possibles quant à leur fondement juridique, on peut constater un maintien de la politique des redevances pour services rendus sur les domaines privatisés à raison de l'exercice de missions de services publics administratifs. En ce sens, la taxe d'aéroport sert à financer les dépenses de sécurité, d'incendie, de sauvetage, de lutte contre le péril aviaire, de sûreté et de certaines mesures effectuées dans le cadre des contrôles environnementaux.

Cette valorisation du domaine public est surtout à l'origine d'une nouvelle source de financement public adossée sur des activités purement privées. Dans un contexte marqué par la raréfaction des sources de financement public, les aéroports sont des gestionnaires de surfaces aéronautiques qui dépassent les zones d'activités strictement aéroportuaires. Or ces zones peuvent faire l'objet d'une valorisation foncière par une politique d'occupation du domaine donnant lieu au paiement d'un prix, d'autant plus qu'elles sont le lieu de présence d'une clientèle captive. Monsieur le conseiller Franck Jozek a bien démontré combien la «*théorie de la domanialité globale*» dégagée par le Conseil d'Etat, permet de développer de nouvelles ressources publiques issues des activités extra-aéronautique soumises à la libre concurrence et menées par les opérateurs privés (50% du CA des aéroports).

On le voit, de nouvelles ressources publiques peuvent être directement tirées du développement de l'activité économique relative au transport sur des domaines public et/ou reliés à l'exercice de missions de service public, et ce à l'avantage des personnes publiques. L'économie du transport constitue donc une ressource vertueuse pour les finances publiques par une politique de valorisation du domaine et de protection de l'environnement qui justifie, par exemple, comme l'a souligné Monsieur Julien Bétaille, le développement de taxes relatives à la lutte contre les nuisances.

Plus largement, c'est encore à une logique des coûts qu'obéissent les nouveaux procédés de gestion publique dans le secteur. Comme l'ont souligné les Professeurs Hélène Hoepffner et Grégory Kalflèche, c'est l'enjeu financier qui conditionne le choix entre les outils de gestion publique entre notamment la régie et le contrat. Dans le prolongement

d'une distinction pleinement consacrée par les directives européennes de 2014 et l'ordonnance du 23 juillet 2015 en France relative à la classification entre les différents contrats (marchés, marchés de partenariat et concessions), c'est bien la rémunération qui constitue le critère décisif qui amènera l'opérateur public à choisir entre ces deux modes de gestion possible. Au final, on peut bien constater que toutes les solutions demeurent possibles pour que les opérateurs puissent négocier au meilleur coût de gestion publique les opérations économiques nécessaires au développement des activités de transport.

2 - La régulation

De manière naturelle, la mission d'intérêt général rencontre inéluctablement des enjeux d'une nature régaliennne. Ce mouvement se manifeste par le développement de la compétence des autorités publiques (ministre des transports et préfets) pour l'organisation de la sécurité dans le secteur, préoccupation renforcée dans le contexte actuel de menace de terrorisme. Il a une influence également sur les droits des salariés, tenus avec les opérateurs privés intervenant sur le site par des contrats de droit privé. Comme l'a démontré Monsieur le Bâtonnier Désarnauts, et comme l'illustre la jurisprudence du Conseil d'Etat³, les enjeux de sécurité conditionnent les relations et les contrats de travail qui lient les entreprises privées agissant dans le domaine des transports et leurs salariés. Plus largement, il a été souligné que l'Etat conserve une forte mission de contrôle sur les acteurs économiques dans le secteur et celle-ci trouve désormais de nouveaux fondements juridiques. La protection de l'environnement et la garantie juridique de certaines de ses composantes justifient le développement de polices spéciales dans le secteur aéroportuaire. Julien Bétaille a bien mis en lumière un nouveau lien dont le droit de l'environnement est le vecteur entre les missions de sécurité et de santé publique (plan d'exposition au bruit).

Mais au-delà de ces missions administratives classiques dont le fondement premier se situe dans la mission de sécurité, l'organisation juridique du transport démontre que la mission d'intérêt général qui justifie l'intervention des personnes publiques dans le secteur est en train de se transformer. Nous assistons à la fin d'un providentialisme étatique qui se caractérisait pas une intervention active des personnes publiques dans le domaine économique et à la mutation de l'action publique dans ces secteurs remis aux particuliers. De sorte qu'aujourd'hui l'intérêt général ne se confond plus avec la volonté tutélaire d'un Etat décideur des intérêts de la société et dont il identifie seul par le biais de ses acteurs publics les modes d'appréhension et de satisfaction pour le public. Comme l'a souligné Madame la Vice-Présidente Isabelle Carthé-Mazères, il épouse désormais la satisfaction de besoins collectifs portés par la société elle-même dont l'Etat assure désormais la bonne organisation et la mise en œuvre effective par le biais de principes et de moyens juridiques fondés sur la concertation, le partenariat et la collaboration dans un environnement juridique où les logiques de la décentralisation administrative à l'œuvre depuis la LOTI⁴ de 1982 et modernisées par la loi

³ CE 9 mars 2005, Chambre de Commerce : « si les opérateurs privés collaborent à la mise en œuvre des mesures de sécurité, en aucun cas, l'Etat ne saurait renoncer à la direction et au contrôle de ses opérations effectuées sous l'autorité des officiers de police judiciaire ».

⁴ Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports

NOTRe⁵ jouent pleinement. Cela se traduit notamment par une délégation croissante des compétences d'organisation des activités économiques et une multiplication des acteurs. Cette bonne organisation se concrétise par une fonction de régulation des activités menées par différents partenaires et qui convergent vers de nouveaux objectifs définis par le législateur national et européen.

Telle est la raison pour laquelle à l'intervention se substitue une régulation qui se concrétise par une délégation croissante de compétences à des acteurs privés. Ce mouvement trouve une concrétisation dans le domaine de l'économie du transport : une diversification des missions de service public de nature administrative désormais construites sur la triple mission d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement et de garantie du principe de la libre concurrence, comme le démontre pleinement par exemple le mouvement de modernisation portuaire porté par la loi du 4 juillet 2008 en premier lieu ; une transformation de la mise en œuvre de l'action publique désormais construite sur un nouveau principe d'action et où « la logique des moyens cède le pas à une logique des fins » comme l'a souligné Madame Carthé-Mazères ; une mutation des modalités de concrétisation des projets où la concertation et le principe de liberté de choix incarnés par le développement de l'outil contractuel priment sur les classiques modes hiérarchiques et tutélaires de l'intervention publique. Tel est bien ce mouvement qui a été mis encore en perspective par Grégory Kalflèche dans le domaine de l'exploitation des SPTU très fortement influencé par les logiques de décentralisation conditionnant de nouveaux modes de gestion intermodale, et plus encore avec Hélène Hoepffner qui a mis en lumière les enjeux générés désormais par le développement du principe de la participation du public dans la réalisation des grands projets d'infrastructures urbains.

3 - L'organisation

C'est une tendance lourde du droit administratif moderne. Les personnes publiques sollicitent de plus en plus les personnes privées dans l'exécution des missions d'intérêt général de nature économique. Certes, celle-ci a toujours existé. Mais le mouvement en œuvre souligne que les personnes publiques tendent à refluer sur un second plan et laisser les personnes privées investir ce type d'activités. Dès lors, cette évolution modifie naturellement le rapport que les personnes publiques entretiennent avec les personnes privées sollicitées dans ces secteurs d'activités : d'une présence active, les personnes publiques évoluent vers une présence passive, avérée d'abord, mais de plus en plus supposée ensuite (CE 6 avr. 2007 Aix en Provence). De ce point de vue, l'économie du transport se caractérise par une volonté de l'Etat de ne plus influencer directement sur le secteur pour des raisons politiques (décentralisation), économiques et financières (secteur aéroportuaire) et juridiques (secteur ferroviaire et routier). Trois conséquences en découlent.

En premier lieu, les personnes publiques se cantonnent désormais à investir la fonction d'impulsion des projets pour la réalisation desquels elles sollicitent de multiples acteurs économiques. Comme l'a démontré Hélène Hoepffner, le maître d'ouvrage « ne décide pas

⁵ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

seul », et, sur le fondement notamment de l'article 7 de la Charte de l'Environnement, les procédures d'élaboration des projets vont jusqu'à une sollicitation poussée du public. Vertueuse dans le principe, cette logique n'en demeure pas moins sous-tendue par quelques contradictions et quelques hypocrisies aussi, au regard notamment de la difficulté de concilier cette participation avec la complexité des projets de construction.

En second lieu, les personnes publiques sollicitent de plus en plus des autorités de régulation pour assurer la bonne organisation des activités liées à l'économie du transport. De plus en plus d'opérateurs qui ont été créés sont sollicités dans le secteur afin de concilier la bonne mise en œuvre de cette économie du transport avec des enjeux publics. En ce sens, au sujet de l'ARAFER, Monsieur Nil Carpentier-Daubresse a bien mis en perspective cet enjeu à l'aune des objectifs de bon aménagement du territoire⁶ mais aussi des nouveaux enjeux précédemment évoqués dans le secteur maritime par exemple. En ce sens, l'ARAFER s'assure -ou tente de s'assurer- d'un bon respect de la concurrence dans le secteur ferroviaire en effectuant un contrôle sur les tarifs payés par les entreprises ferroviaires au gestionnaire d'infrastructure. L'ARAFER veille au « juste prix » afin que SNCF n'abuse pas de sa situation de monopole. Une politique étendue à SNCF mobilités par l'avis conforme porté sur le prix payé pour l'usage des installations de service. Dans le même sens, cette autorité s'assure de la bonne accessibilité au réseau aussi en assurant une fonction de résolution des litiges entre différents opérateurs TGV et TER sur les questions d'attribution de sillons (SNCF réseau qui favoriserait TGV...). Ces enjeux d'accessibilité sont d'ailleurs étendus aux voyageurs dans le cadre de contentieux relatifs aux tarifs des prestations offertes par les gares.

On rencontre cette problématique dans le transport public urbain, comme l'a souligné Madame Carthé-Mazères, mettant en perspective par ce prisme l'évolution des AOT (LOTI) aux AOM (Loi NOTRe). On la retrouve surtout en matière d'environnement où les autorités de régulations se développent. En ce sens Julien Bétaille souligne, au sujet de l'Autorité de Contrôle des Nuisances Aériennes, que le recours à ce type d'autorité est nécessaire pour trois raisons : parce que la répression est faible dans un domaine où la tolérance administrative est forte ; parce que ce domaine soulève naturellement des conflits d'intérêts lorsque le préfet, titulaire du pouvoir de sanction, ne peut réellement sanctionner des entreprises dont l'Etat est actionnaire ; enfin parce que ces autorités sont seules capables de combattre les distorsions de concurrence entre les acteurs.

En troisième lieu, cette modification de l'organisation de l'économie du transport et l'évolution des relations entre acteurs publics et privés qui en découlent génèrent un mouvement « d'externalisation de la fonction de sécurité » dans la mesure où la mise en œuvre des fonctions de sécurité est confiée à des opérateurs privés. Loin de traduire une volonté d'abandon de l'Etat de cette prérogative régaliennne, ce mouvement démontre combien l'Etat peut ici être un acteur -certes indirect mais réel- des droits des salariés relevant de relations juridiques de droit privé. Comme le souligne le Bâtonnier Désarnauts, le juge administratif participe à la construction d'une jurisprudence visant à protéger le salarié par le biais du contrôle de la légalité, pour des raisons de manque de motivation (et de précision) et

⁶ Avis du 7 septembre 2016

sur le fondement du référé suspension, des arrêtés préfectoraux interdisant l'accès des salariés concernés aux zones réservées. Ainsi, le juge administratif s'invite dans une fonction de protection du salarié de droit privé au moyen d'un contrôle de légalité administrative⁷. Cette interpénétration du droit public et du droit privé recèle des potentialités juridiques nouvelles encore comme le démontre l'invocation de la théorie du fait du prince par l'employeur se trouvant dans l'obligation de rompre le contrat de travail au motif qu'il se trouve devant une situation qu'il ne décide pas mais qui s'impose à lui.

L'économie du transport est complexe et coûteuse. Les thématiques abordées au cours de ce colloque démontrent que la place du Droit répond à ces contraintes pratiques. Qu'il s'agisse de coûts, de régulation, d'organisation, le juge administratif, acteur du droit, intervient naturellement au premier plan. Il n'est pas seul : les autorités de régulation, le pouvoir exécutif voire le juge judiciaire concurrencent son action. En témoigne, par exemple, la compétence attribuée au juge judiciaire pour régler les questions de domanialité d'Aéroports de Paris, même si, comme le souligne Monsieur Jozek, le juge administratif demeure le juge de droit commun.

Le Professeur Jean-Arnaud Mazères en rappelant le mythe de dédale. Pareillement, le juge administratif aura-t-il les moyens de réaliser les fonctions économiques auquel il est désormais appelé ?

En ce qui concerne les participants à ce colloque, en revanche, une chose est certaine. Peut-être avons nous voulu voler trop haut. Mais nous n'avons pas volé trop bas.

⁷ TA de Montreuil 15 sept. 2009