

## Conseil d'État

N° **390118**

**ECLI:FR:Code Inconnu:2016:390118.20160511**

Publié au recueil Lebon

**7ème et 2ème chambres réunies**

Mme Sophie Roussel, rapporteur

M. Olivier Henrard, rapporteur public

SCP MASSE-DESSEN, THOUVENIN, COUDRAY ; SCP MONOD, COLIN, STOCLET,  
avocats

**Lecture du mercredi 11 mai 2016**

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

---

Vu la procédure suivante :

L'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer, le collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône, M. C...B...et M. A...D..., d'une part, et la commune de Fos-sur-Mer, d'autre part, ont demandé au tribunal administratif de Marseille, le 25 mars 2009, d'annuler pour excès de pouvoir la délibération n° AGER 001 du 19 février 2009 de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole relative au contrat de délégation de service public du traitement des déchets par incinération et au choix du délégataire.

Les mêmes requérants ont également demandé au tribunal administratif de Marseille, le 6 avril 2009, d'annuler pour excès de pouvoir la délibération n° AGER 002 du 19 février 2009 de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole relative aux modifications à apporter au contrat de délégation de service public du traitement des déchets par incinération.

Par un jugement n°s 0901933, 0902466, 0902182, 0902467 du 4 juillet 2014, le tribunal administratif de Marseille a joint les demandes et annulé les deux délibérations attaquées.

Par un arrêt n° 14MA03803 du 12 mars 2015, la cour administrative d'appel de Marseille, sur un appel de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole, a annulé ce jugement en tant qu'il annule la délibération n° AGER 001, annulé, après évocation, cette même délibération et rejeté le surplus des conclusions d'appel de la communauté urbaine.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 12 mai et 12 août 2015 et le 29 janvier 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt en tant que, par celui-ci, la cour a annulé la délibération n° AGER 001 et rejeté le surplus de ses conclusions d'appel ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre solidairement à la charge de l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer, du collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône, de M.B..., de M. D...et de la commune de Fos-sur-Mer une somme globale de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la construction et de l'habitation ;
- le code du domaine de l'Etat ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Sophie Roussel, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Masse-Dessen, Thouvenin, Coudray, avocat de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole, et à la SCP Monod, Colin, Stoclet, avocat de la commune de Fos-sur-Mer et de l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumises aux juges du fond que par une délibération du 20 décembre 2003, le conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole a approuvé, d'une part, le principe de la gestion déléguée comme mode de gestion du service public de traitement des déchets par incinération ainsi que les principales caractéristiques de la délégation de service public et, d'autre part, l'option technique de traitement des déchets par incinération ainsi que la localisation géographique des futures installations sur un terrain appartenant au port autonome de Marseille et situé sur le territoire de la commune de Fos-sur-Mer ; que par une délibération du 9 juillet 2004, le conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole a approuvé la signature d'une convention, qualifiée de " bail à construction ", avec le port autonome de Marseille portant sur l'édification, sur un terrain appartenant au port autonome, d'installations de traitement des déchets par incinération, avec possibilité de cession temporaire de la convention au futur délégataire de service public ; que cette convention a été signée le 21 mars 2005 ; que par une délibération du 13 mai 2005, le conseil de la communauté urbaine, d'une part, a approuvé le choix du délégataire du service public, le contrat de délégation de service public et ses annexes ainsi que la cession de la convention au profit de la société dédiée que le groupement d'entreprises délégataires s'engageait à créer, d'autre part, a autorisé le président de la communauté urbaine à signer le contrat de délégation et ses annexes, enfin, a accepté la cession de créance consentie par le délégataire à un organisme de crédit-bail ; que par un jugement du 18 juin 2008, le tribunal administratif de Marseille a annulé cette dernière délibération pour défaut d'information des conseillers communautaires ; que par une délibération n° AGER 001 du 19 février 2009, le conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole a adopté une délibération reprenant intégralement les termes de la délibération du 13 mai 2005 annulée par le tribunal administratif ; que par une

délibération n° AGER 002 du même jour, le même conseil a approuvé les orientations présentées au conseil communautaire sur l'évolution du projet ; que par un jugement du 4 juillet 2014, le tribunal administratif de Marseille a annulé les deux délibérations du 19 février 2009 ; que par un arrêt du 12 mars 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement en tant qu'il a annulé la délibération n° AGER 001 du 19 février 2009, puis, statuant après évocation, a annulé cette délibération ; que la cour a, en revanche, rejeté le surplus des conclusions d'appel de la communauté urbaine dirigées contre le jugement du 4 juillet 2014 en tant que, par celui-ci, le tribunal administratif avait annulé la délibération n° AGER 002 ; que la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant que, par celui-ci, la cour, d'une part, après avoir évoqué l'affaire, a annulé la délibération n° AGER 001, d'autre part, a rejeté le surplus de ses conclusions d'appel relatives à la délibération n° AGER 002 ;

Sur le pourvoi :

2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que pour annuler, dans le cadre de son pouvoir d'évocation, la délibération n° AGER 001 approuvant le contrat de délégation de service public et ses annexes ainsi que la cession, au profit de la société dédiée que le groupement d'entreprises délégataires s'engageait à créer, de la convention conclue le 21 mars 2005 entre la communauté urbaine et le port autonome de Marseille, la cour s'est fondée sur ce que le terrain sur lequel a été implantée l'unité de traitement des déchets ménagers est entré dans le domaine public du port autonome dès la conclusion de la convention, soit le 21 mars 2005, et que les dispositions du code du domaine de l'Etat, reprises dans le code général de la propriété des personnes publiques, n'autorisent pas la conclusion d'une telle convention sur le domaine public ; qu'elle en a déduit que l'acte de cession de la convention était illégal et que cette illégalité devait entraîner l'annulation de l'ensemble de la délibération attaquée ;

3. Considérant, d'une part, qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation : " Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail " ; qu'aux termes de l'article L. 251-3 du même code : " Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier. Ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. / Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. / Les cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L. 251-1. / Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail " ;

4. Considérant, d'autre part, que l'article L. 34-1 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, confère au titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat, sauf prescription contraire de son titre, " un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre " ; qu'aux termes de l'article L. 34-2 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-8 du code général de la propriété des personnes publiques : " Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la

dépendance domaniale occupée " ; qu'en vertu de l'article L. 34-5 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-11 du code général de la propriété des personnes publiques, ces dispositions s'appliquent " aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public " ;

5. Considérant que, contrairement à ce que relève l'arrêt attaqué, le droit réel dont bénéficie, en vertu de l'article L. 34-1 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques, le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'Etat, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions ; que, par suite, en jugeant que la convention, qualifiée par les parties de bail à construction, conclue le 21 mars 2005 sur le domaine public du port autonome de Marseille était incompatible avec les règles de gestion du domaine public au seul motif qu'un bail à construction confère au preneur, en vertu des dispositions citées ci-dessus, des droits réels sur le sol au-delà des seuls " constructions, ouvrages et installations " mentionnés à l'article L. 34-1 du code du domaine de l'Etat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole est fondée à demander l'annulation de l'arrêt du 12 mars 2015 en tant que, par celui-ci, la cour a annulé la délibération n° AGER 001 et rejeté le surplus de ses conclusions d'appel ;

7. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler dans cette mesure l'affaire au fond en application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Sur les demandes de première instance relatives à la délibération n° AGER 001 :

En ce qui concerne les fins de non-recevoir :

8. Considérant, en premier lieu, que le choix du terrain d'assiette du centre de traitement multi-filières des déchets ménagers ne résulte pas de la délibération n° AGER 001 attaquée ; que, par suite, la commune de Fos-sur-Mer, qui se prévaut uniquement de ce que le terrain appartenant au port autonome de Marseille sur lequel le centre de traitement doit être édifié est situé sur son territoire, ne justifie pas d'un intérêt pour agir contre cette délibération ; qu'il en résulte que sa demande est irrecevable et doit être rejetée ;

9. Considérant, en second lieu, qu'en vertu de leurs statuts, l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer et le collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône ont pour but respectifs de participer à l'amélioration de la qualité de vie de leurs adhérents et d'agir contre les pollutions dues à l'incinération des déchets et aux activités dans le golfe de Fos-sur-Mer ; qu'il ressort des pièces du dossier que par la délibération n° AGER 001 attaquée, le conseil communautaire de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole a, d'une part, approuvé le choix du délégataire du service public de traitement des déchets par incinération, le contrat de délégation et ses annexes ainsi que la cession de la convention conclue le 21 mars 2005 avec le port autonome de Marseille au profit de la société dédiée que le groupement d'entreprises délégataires s'engageait à créer, d'autre part, autorisé le président de la communauté urbaine à signer le contrat de délégation et ses annexes, enfin, accepté la cession de créance consentie par le délégataire à un organisme de crédit-bail ; que si le projet de centre de traitement des déchets faisant l'objet de

la délégation de service public est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la qualité de vie et sur l'environnement dans le golfe de Fos-sur-Mer, le montage contractuel retenu, objet de la délibération attaquée, est par lui-même dépourvu de lien avec l'objet statutaire des associations requérantes ; que, par suite, aucune des deux associations ne justifie d'un intérêt suffisant pour demander l'annulation de la délibération n° AGER 001 ; qu'ainsi, leur demande est également irrecevable et doit être rejetée ;

10. Considérant, en revanche, qu'eu égard aux répercussions de cette délibération sur les finances de la communauté urbaine, MM. B...et D...justifient, en leur qualité de contribuables locaux, d'un intérêt pour demander l'annulation de la délibération n° AGER 001 du 19 février 2009 ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir opposée à leur demande par la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole ne peut qu'être écartée ;

En ce qui concerne les conclusions d'annulation :

11. Considérant qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; que le fait de prévoir de façon certaine de réaliser un tel aménagement impliquait que le bien concerné était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique ; qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui, n'ayant encore fait l'objet d'aucun aménagement, appartenaient antérieurement au domaine public en application de la règle énoncée ci-dessus, alors même qu'en l'absence de réalisation de l'aménagement prévu, elles ne rempliraient pas l'une des conditions fixées depuis le 1er juillet 2006 par l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques qui exige, pour qu'un bien affecté au service public constitue une dépendance du domaine public, que ce bien fasse déjà l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ;

12. Considérant par ailleurs que la condition d'affectation au service public est regardée comme remplie alors même que le service public en cause est géré par une collectivité publique différente de la collectivité publique qui est propriétaire ;

13. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le terrain sur lequel a été implantée l'unité de traitement des déchets ménagers et assimilés, qui appartenait au domaine privé du port autonome de Marseille, a été affecté au service public du traitement des déchets ménagers et assimilés par la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole, ainsi que le révèlent les stipulations de la convention qualifiée de bail à construction approuvée par une délibération du 9 juillet 2004 et conclue le 21 mars 2005, qui prévoient expressément que le preneur exercera exclusivement un ensemble d'activités industrielles liées aux traitements thermiques et biologiques des déchets ménagers et assimilés avec valorisation énergétique ; que, par suite, le terrain sur lequel a été édifée l'unité de traitement des déchets était entré dans le domaine public du port autonome de Marseille dès la conclusion de la convention, soit le 21 mars 2005, nonobstant la circonstance que le service public auquel il a été affecté est géré par la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole ;

14. Considérant que si la constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat suppose en principe la délivrance d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public,

aucune disposition ni aucun principe n'interdit que l'Etat et ses établissements publics puissent autoriser l'occupation d'une dépendance du domaine public en vertu d'une convention par laquelle l'une des parties s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain de l'autre partie et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée de la convention et qui, comme les autorisations d'occupation constitutives de droits réels, confère un droit réel immobilier, à condition toutefois que les clauses de la convention ainsi conclue respectent, ainsi que le prévoit l'article L. 34-5 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-11 du code général de la propriété des personnes publiques cité au point 4, les dispositions applicables aux autorisations d'occupation temporaires du domaine public de l'Etat constitutives de droits réels, qui s'imposent aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public ;

15. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la convention qualifiée de bail à construction conclue le 21 mars 2005, annexée à la délibération attaquée, a une durée de soixante-dix ans, qui n'excède pas la durée fixée par l'article L. 34-1 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques ; que, cependant, elle permet au preneur de consentir des servitudes passives indispensables à la réalisation des ouvrages, constructions et installations prévues par la convention, toute autre servitude ne pouvant être conférée qu'avec le consentement du port autonome, alors qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, aucune servitude ne pouvait être valablement instituée sur le domaine public ; que les stipulations de cette convention ne soumettent pas à l'agrément préalable de l'autorité compétente la cession des droits réels conférés par le contrat, ainsi que l'exige l'article L. 34-2 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-7 du code général de la propriété des personnes publiques, mais se bornent à prévoir la notification d'une telle cession à cette autorité ; qu'elles autorisent le titulaire à grever son droit à la convention, ainsi que les constructions, ouvrages et installations qu'il aura édifiés, de privilèges et d'hypothèques, sans prévoir, conformément à l'article L. 34-2 du code du domaine de l'Etat, repris à l'article L. 2122-8 du code général de la propriété des personnes publiques, que ces hypothèques pourront seulement servir à garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée ; qu'elles prévoient également que, pour le financement des ouvrages, le délégataire de service public, ou cessionnaire, pourra notamment faire appel à un crédit-bail, alors que l'article L. 34-7 du code du domaine de l'Etat, applicable à la date de la conclusion de la convention, interdit la conclusion de tels contrats pour la réalisation des ouvrages, constructions et installations affectés à un service public et aménagés à cet effet ou affectés directement à l'usage du public ainsi que des travaux exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt général ; qu'ainsi, cette convention, d'une part, ne comporte pas toutes les clauses requises par les dispositions du code du domaine de l'Etat et reprises par le code général de la propriété des personnes publiques, applicables aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat constitutives de droits réels et aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public de l'Etat, de nature à garantir l'utilisation du domaine public conformément à son affectation à l'utilité publique et, d'autre part, contient des clauses incompatibles avec le droit du domaine public avant sa modification par le code général de la propriété des personnes publiques ; qu'il suit de là que l'acte de cession de la convention conclue le 21 mars 2005 est illégal ;

16. Considérant que si la communauté urbaine fait valoir que le caractère définitif de la délibération du 9 juillet 2004 autorisant la signature de cette convention rend inopérant le

moyen tiré de l'illégalité de sa cession approuvée par la délibération du 19 février 2009 attaquée, l'illégalité d'un tel contrat, tirée de l'impossibilité d'accorder des droits réels au preneur sur le domaine public, peut être invoquée à tout moment de la procédure ; que la circonstance que plusieurs décisions de la juridiction administrative se seraient abstenues de juger le moyen fondé dans des litiges portant sur des actes distincts de ceux présentement en cause est sans incidence sur ce point ;

17. Considérant que la délibération attaquée approuve le contrat de délégation de service public et ses annexes, au nombre desquelles l'acte de cession de la convention du 21 mars 2005, dont les stipulations sont, ainsi qu'il a été dit au point 15, entachées d'illégalités, et la promesse de rétrocession de cette convention ; que ces trois contrats forment un ensemble indivisible avec les autres stipulations approuvées par la délibération attaquée ; que, par suite, sans préjudice de la possibilité pour les parties de décider de régulariser le contrat en mettant en conformité les stipulations de la convention conclue le 21 mars 2005 avec les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques aujourd'hui applicables ni de celle, pour le juge de l'exécution, s'il est saisi, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible sous réserve d'une telle régularisation, l'illégalité des stipulations de l'acte de cession de la convention entraîne l'annulation de la délibération attaquée dans l'ensemble de ses dispositions ;

18. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leur demande, que les requérants sont fondés à demander l'annulation de la délibération attaquée ;

Sur les conclusions d'appel relatives à la délibération n° AGER 002 :

19. Considérant, comme il a été dit au point 1, que par la délibération n° AGER 002 du 19 février 2009, le conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole a approuvé les orientations présentées au conseil communautaire sur l'évolution du projet de centre de traitement multi-filières de Fos-sur-Mer, a mandaté le président de la communauté urbaine pour mener les discussions et négociations permettant la mise en place du dispositif contractuel que le nouveau projet implique, a prolongé le délai accordé au délégataire, et a autorisé le président à signer l'avenant au contrat formalisant cette modification ; que cette délibération ne peut trouver application dès lors que la présente décision annule la délibération n° AGER 001 ; que la communauté urbaine n'est, par suite, pas fondée à se plaindre que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération n° AGER 002 ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

20. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : L'arrêt du 12 mars 2015 de la cour administrative d'appel de Marseille est annulé en tant qu'il annule la délibération n° AGER 001 du 19 février 2009 du conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole et rejette le surplus des conclusions d'appel de la communauté urbaine.

Article 2 : La délibération n° AGER 001 du 19 février 2009 du conseil de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole est annulée.

Article 3 : Les demandes présentées par la commune de Fos-sur-Mer, l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer et le collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône devant le tribunal administratif de Marseille sont rejetées.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête d'appel de la communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole est rejeté.

Article 5 : Les conclusions des parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole, à l'association de défense et de protection du littoral du golfe de Fos-sur-Mer, au collectif citoyen santé environnement de Port-Saint-Louis-du-Rhône, à M. C... B..., à M. A...D...et à la commune de Fos-sur-Mer.

---