

Chronique de la jurisprudence civile et administrative de la région Océan Indien

10. Droit administratif

Chronique dirigée par **Safia CAZET**, Maître de conférences en droit public

Avec la collaboration de

Didier BLANC, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Anjeele BEEGUN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Audrey DAMERON, Docteur en droit public de l'Université de La Réunion

Fleur DARGENT, Docteur en droit public de Aix-Marseille Université, ATER à l'Université de La Réunion

Olivier DESAULNAY, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Émilie GASTRIN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Justice MACARUELLA, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Victor MARGERIN, Doctorant en droit privé à l'Université de La Réunion

Rémi RADIGUET, Enseignant-chercheur à l'Université de Perpignan Via Domitia, Centre de droit économique et du développement (CDED), Membre associé de l'Institut Maurice Hauriou (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole

Josselin RIO, Doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

Tassadit YASSA, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

10.1. COLLECTIVITÉ TERRITORIALE

Communauté de commune — Contentieux électoral — Statut des conseillers communautaires — Remplacement de conseillers communautaires

Tribunal administratif de Mayotte, 26 mai 2016, *Mme Dj. S. et autres*, req. 1 600 264, 1 600 266, 1 600 272, 1 600 273, 1 600 294, 1 600 338 et 1 600 341.

Tribunal administratif de Mayotte, 26 mai 2016, *Préfet de Mayotte*, req. 1 600 293.

Didier Blanc, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Le traitement conjoint de ces deux jugements rendus par le Tribunal administratif de Mayotte démontre que la priorité accordée à l'intérêt juridique s'accorde mal parfois du respect de la chronologie.

Le premier jugement réunit deux contestations liées entre elles : celle sur l'élection des conseillers communautaires de la communauté de communes du Sud par le conseil municipal de Bandrélé ; celle de la présidente et des 6 vice-présidents de cette communauté de communes. Dans la mesure où la désignation du bureau repose sur la première élection litigieuse, dont les résultats ont lourdement pesé sur la désignation de l'exécutif local, elle est à son tour contestée.

Il convient donc d'examiner d'abord la matrice, à savoir la décision par le conseil municipal de Bandrélé de désigner deux de ses membres au sein du conseil communautaire en lieu et place de ceux ayant été valablement élus. Ces derniers, Mme Dj. S. et M. As., comptent assez naturellement au rang des plaignants, et reçoivent le renfort de l'autorité préfectorale en vertu du contrôle de légalité. Tous fondent leur action sur trois éléments : le maire n'est pas habilité à présenter au conseil municipal une nouvelle composition du conseil communautaire ; l'éviction méconnaît leur appartenance à ce conseil ; le vote a eu lieu à main levée.

Sur ce triple fondement, les deux élus évincés et le Préfet de Mayotte portent à titre principal une prétention : l'annulation de la délibération du 27 mars 2016 servant de support à la désignation des conseillers communautaires. Celle-ci est demandée au titre du recours en annulation et d'une protestation électorale enserrée dans de brefs délais aux termes de l'article R. 113 du Code électoral.

Les faits à l'origine de la décision du Tribunal administratif de Mayotte sont limpides. L'éviction des deux conseillers communautaires s'explique par leur soutien au candidat à la présidence de l'intercommunalité n'appartenant pas à leur commune tandis que leurs « remplaçants » ont permis l'élection à la tête de l'intercommunalité d'une adjointe au maire de la commune de Bandrélé. À l'heure où l'intelligence artificielle fait si l'on ose dire ses premiers pas dans les cabinets d'avocat, à n'en pas douter la solution aurait pu être robotiquement fixée ; elle n'aurait pas manqué de relever les défauts de la recevabilité de l'action préfectorale au regard des délais.

Il reste que face à des manœuvres aussi grossières le juge n'a pas à épuiser les ressources de la subtilité pour annuler la désignation des deux conseillers communautaires. Il lui suffit pour cela de s'appuyer en substance sur le statut des membres des conseils communautaires. Ils ne peuvent être remplacés discrétionnairement par le conseil municipal dont ils sont membres, quand bien même ils leur devraient leur élection au sein d'un EPCI créé par le Préfet. Les plaignants obtiennent ainsi satisfaction sans en revanche obtenir condamnation de la commune aux dépens et frais de justice.

Il s'ensuit que l'élection de la présidente et des 6 vice-présidents tombe d'elle-même reposant sur la composition viciée de son collège. Cette requête était portée par M. Md. Sh., augmentée de la circonstance selon laquelle la délibération litigieuse, non contente de procéder au remplacement des deux conseillers contenait également la convocation le 9 avril 2016 du conseil communautaire précisément pour procéder à l'élection de son exécutif et des vice-présidents. Si le Tribunal Administratif de Mayotte ne ressent pas le besoin de décider qu'il ne s'agit pas d'une attribution légalement détenue par le maire, le Conseil d'État ne va pas manquer de juger que « la réunion du conseil communautaire du 9 avril 2016 à 7 h 30 a été convoquée par une autorité incompétente »¹.

La limpidité de l'espèce et la violation flagrante du droit sont peut-être à l'origine de négligence des demandeurs – et du Tribunal administratif - ouvrant la voie à un appel formé devant le Conseil d'État. Joignant également les requêtes, l'annulation du jugement rendu par le TA est demandée en raison de manquements aux exigences procédurales (notification des protestations à leurs destinataires et délai de recours du déféré préfectoral). Face à la clarté des

¹ CE, 26 avril 2017, req. 40 114 ; ECLI:FR:CECHR:2017:401144.20170426.

irrégularités formelles et substantielles, le Palais royal annule tout à la fois le jugement rendu en premier ressort et l'ensemble des opérations électorales.

Vient comme un paradoxal surgen le second jugement du même jour, le 26 mai 2016, reposant sur la requête du Préfet, et centré exclusivement sur le respect du quorum concernant la première réunion du conseil communautaire. Paradoxal en ce sens qu'il constitue le point de départ de la séquence contentieuse : le défaut de quorum (15 présents sur 30) avéré lors de la réunion n'empêche pas le conseil communautaire de se doter d'un président et de 9 vice-présidents ; les deux absents issus de la commune de Bandrélé vont être remplacés... car le temps presse, le budget d'un EPCI doit être adopté impérativement avant le 15 avril¹.

À nouveau, sans que tremble sa plume aux vents de l'océan Indien, le Tribunal administratif annule d'un seul trait les opérations électorales et les délibérations sur lesquelles elles reposent, au seul motif que la règle du quorum n'a pas été atteinte.

À l'exclusion de la saisine du Conseil d'État, la saga juridictionnelle aurait pu être close, mais c'était sans compter sur une nouvelle requête enregistrée par le Tribunal administratif de Mayotte et débouchant sur un jugement du 30 septembre 2016 (req. 1 600 638 et 1 600 640). Alors même que l'annulation du tribunal administratif n'est pas définitive en raison de la saisine du Conseil d'État à l'égard du premier jugement du 26 mai et du défaut de son prononcé, le maire n'organise pas moins de nouvelles élections au conseil communautaire. La première impossibilité juridique d'élire un conseil toujours en fonction en vertu d'une décision non définitive à céder devant la possibilité matérielle de nouvelles élections ; espérons que la seconde (deuxième ?) rappelée par le Conseil d'État suffise². Quoi qu'il en soit, rien ne garantit qu'à l'avenir le chroniqueur n'ait pas à célébrer les retrouvailles de la communauté de communes du Sud avec le juge administratif.

¹ Article L. 1612-2 CGCT applicable en vertu de l'article L. 1612-20 CGCT.

² CE, 26 avril 2017, req. n° 403986 ; ECLI:FR:CECHR:2017:403986.20170426.

Ainsi deux absences au conseil communautaire de la communauté de communes du Sud sont à l'origine de trois arrêts du Tribunal Administratif de Mayotte et de deux du Conseil d'État ; quand le vide politique crée le trop-plein contentieux.

Au-delà de cette distrayante affaire émaillant la vie locale, une conclusion au registre dubitatif s'impose : la qualité de *primus inter pares* du maire ne lui permet pas d'échapper à l'évidence légale, au surplus répétée, laquelle peut parfois distraire les autorités déconcentrées de l'État et le juge administratif au moment d'exercer le contrôle de légalité ; sans que pour autant la vérité du Droit en souffre ?

10.3. CONTRATS ET COMMANDE PUBLIQUE

Délai raisonnable de recours – Référé précontractuel – Décision individuelle d'éviction – Sélection des candidatures – Principe de sécurité juridique – Droit au recours

Tribunal administratif de La Réunion, ord. 19 octobre 2016, *Société réunionnaise de bureautique*, n° 1601022.

Olivier DESAULNAY, professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Le « *droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?* » s'interrogeait en 1980 le Doyen Vedel dans un article resté célèbre¹. L'ordonnance rendue le 19 octobre 2016 par le Tribunal administratif de La Réunion, dans le cadre d'un référé précontractuel introduit par la Société réunionnaise de bureautique (SRB), invite à conclure que le droit administratif est voué à demeurer éternellement l'œuvre irréductible de son juge. Le juge administratif dionysien offre au regard une parfaite manifestation du phénomène jurisprudentiel : dans un premier temps, il convoque dans le contentieux précontractuel la règle relative au délai raisonnable de recours limité désormais à un an établie par voie prétorienne dans le cadre du recours en excès de pouvoir par le Conseil d'État la même année² pour, dans un second temps, interpréter celle-ci en vue de l'adapter aux particularités de l'office du juge du référé précontractuel en réduisant à trois mois ledit délai raisonnable.

¹ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, p.40 et s.

² CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, req. n° 387763.

Les faits de l'espèce étaient simples. Le CHU de La Réunion avait engagé une procédure de dialogue compétitif, sous l'empire du Code des marchés publics alors en vigueur, pour attribuer un marché de mise en place et de maintenance de solution d'impression. Cette procédure restreinte de passation nécessitait que le pouvoir adjudicateur effectue, d'abord, la sélection des candidatures avant d'opérer celle des offres reçues. Candidate à l'attribution du marché, la SRB a été évincée de la consultation au stade de la sélection des candidatures et dûment informée de cette décision le 18 avril 2016. Elle obtient rapidement, après réclamation, une confirmation de cette décision le 12 mai 2016. Puis, plus de quatre mois s'écoulent avant que la société dépose une requête en référé précontractuel le 19 septembre 2016. Cette dernière est rejetée comme tardive par le juge des référés au motif soulevé d'office que le délai raisonnable de saisine du juge ne peut, en matière de référé précontractuelle et conformément au principe de sécurité juridique, excéder un délai raisonnable de trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu pleinement connaissance de la décision d'éviction et alors même que le juge a été saisi avant la conclusion du contrat.

On ne trouve évidemment pas trace dans le Code de justice administrative (CJA) d'une telle règle de recevabilité limitant à trois mois le délai pour intenter un référé précontractuel contre une décision d'éviction d'un candidat. Au contraire, c'est une toute autre prescription qui s'en dégage : seule l'intervention de la signature du contrat est susceptible de rendre la requête tardive conformément à l'article L. 551-1 du CJA et l'interprétation constante établie par le Conseil d'État depuis son arrêt « *CCI de Tarbes* », ¹ et ce même si le délai de suspension de la signature n'a pas été respecté ². La solution du Tribunal administratif n'est cependant pas créée *ex nihilo*. Il s'agit de la transposition-adaptation au contentieux précontractuel de la règle, tirée de l'arrêt d'Assemblée précité *Czabaj* selon laquelle, au nom de la protection du principe de sécurité juridique, le requérant ne dispose plus que d'un délai raisonnable de un an pour saisir la juridiction administrative d'un recours contre une décision individuelle notifiée au destinataire, mais dont les délais et voies de recours ont été omis ³. Jusqu'à

¹ CE, 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304

² CE, 7 mars 2005, *Société GRANDJOUAN-SACO*, req. n° 270778.

³ Le Conseil d'État considère ainsi que « si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer le recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous

l'intervention de cet arrêt, il était admis, conformément à la lettre de l'article R. 421-5¹ du CJA que le recours contre une décision administrative, omettant la mention des délais et voies de recours, pouvait s'effectuer en tout temps devant la juridiction administrative compétente. C'est dire que la nouvelle règle, *contra legem*, opère un sérieux rééquilibrage des droits au profit de l'administration défaillante. Une solution qui tranche avec la politique jurisprudentielle libérale qui animait la Haute juridiction jusqu'à présent, bien plus soucieuse d'offrir une voie de droit effective aux destinataires des décisions administratives². Désormais, le Conseil d'État appréhende les effets de l'irrégularité de la notification, et notamment celle des voies et délais de recours, du point de vue du défendeur et non plus du requérant.

Toutefois, il paraît évident que l'ordonnance commentée ne s'en tient pas à la transposition mécanique de cette nouvelle règle au contentieux précontractuel. L'innovation jurisprudentielle par rapport à l'arrêt *Czabaj* est, en effet, double.

D'une part, l'effet de l'écoulement du délai raisonnable sur la recevabilité de la requête vaut désormais à l'égard d'une décision individuelle transmise à temps à un candidat et ne présentant aucun défaut d'information sur les voies et délais de recours contentieux. Il n'est donc plus question de réduire les effets négatifs d'une notification défectueuse sur l'allongement du délai de recours, mais, au contraire, d'une décision parfaitement régulière dont la contestation n'est pas perpétuelle.

D'autre part, le délai raisonnable est adapté aux particularités du contentieux précontractuel, passant de un an à trois mois. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre la mention des « *considérations d'urgence inhérentes à l'office du juge des référés* » qui implique, selon l'ordonnance, « *une définition particulière* » du délai raisonnable. En d'autres termes, la procédure du référé précontractuel

réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en eut connaissance ».

¹ CJA, art. R. 421-5 : « *les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision* ».

² L'administration ne pouvait se réfugier derrière l'absence de notification des voies et délais de recours pour retirer un acte au motif que celui-ci était toujours susceptible de recours (CE, Ass., 24 oct. 1997, *Mme de Laubier*, req. n° 123950, *Rec.*, p.371 ; *RFDA*, 1998, p. 527, concl. V. PÉCRESSE ; *AJDA*, 1998, p. 936, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD) ; l'erreur dans l'indication des voies et délais de recours profite au destinataire (le délai plus court n'est pas opposable au requérant : CE, 22 oct. 2010, *Thiver*, req. n° 339363, *Rec.*, T., p. 893 ; le délai plus long profite au requérant : CE, 8 janv. 1992, *Masses*, req. n° 113114, *Rec.*, T., p. 1204 ; l'erreur sur le point de départ du délai profite au requérant : CE, 29 mars 2000, *Gluck*, req. n° 204611, *Rec.*, T., p. 1150 ; le délai équivoque n'est pas opposable au requérant : CE, 4 déc. 2009, *Ministre de l'Immigration c. Hammou*, req. n° 324284, *Rec.*, T., p. 781 et 884 ; *AJDA*, 2010, p. 555, note P. CAILLE ; *JCP adm.*, 2010, n° 1, p. 32, note L. DOMINGO).

étant, par définition, bornée dans le temps par la conclusion du contrat, le juge exerce son office dans une temporalité bien plus contrainte que celle du juge de l'excès de pouvoir. C'est dire que la requête en référé précontractuelle n'est plus seulement enfermée dans un délai conditionné par la seule intervention de la signature du contrat à l'issue de la procédure de passation, elle se voit opposer, dans l'hypothèse précise de l'information des candidats évincés dans une procédure restreinte de passation¹, une irrecevabilité pour tardiveté lorsque celle-ci a été déposée au-delà d'un délai de trois mois alors que la procédure de passation est encore loin d'être achevée par la conclusion du contrat.

Cette adaptation à la matière contractuelle de la décision *Czabaj* est audacieuse et révèle un certain réalisme de la part du juge des référés dionysien.

Il est, en effet, dans l'intérêt de l'acheteur public de voir purger rapidement la phase de sélection des candidatures de ses vices par une information appropriée des candidats évincés, plutôt que de risquer l'anéantissement de toute sa consultation, une fois l'attributaire du contrat désigné, par un recours d'un candidat qui n'aurait appris que tardivement son éviction. Dans le même sens, il est préférable pour le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques soumissionnaires que la contestation d'une prétendue illégalité du rejet des candidatures intervienne le plus tôt possible afin de sécuriser le déroulement des étapes suivantes de la procédure de passation. C'est d'ailleurs probablement dans cet esprit qu'il faille comprendre les dispositions du I de l'article 29 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions et de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui indiquent dans des termes similaires que l'acheteur doit notifier sa décision à chaque candidat « *dès qu'[il] a fait son choix pour une candidature ou une offre* » (concessions) ou « *dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre* » (marchés). La réduction du délai de recours précontractuel lorsque le candidat a été dûment informé de son éviction par le pouvoir adjudicateur tend donc à renforcer l'exigence de transparence des procédures et le contrôle de légalité de la phase de sélection des candidatures en invitant l'acheteur public à s'exposer le plus tôt possible au regard des candidats évincés ainsi qu'à celui du juge. En effet, *a contrario*, dans l'hypothèse d'un défaut d'information du candidat évincé ou d'une information tardive, la procédure de consultation ne sera plus à l'abri de l'exercice tardif d'un référé

¹ La solution ne vaut que pour une procédure restreinte de passation. Il est peu probable, en effet, qu'à la suite d'une procédure ouverte, sélection des candidatures et sélection des offres étant jointes, ou, en tout état de cause, à la suite de la sélection de l'attributaire, le pouvoir adjudicateur laisse s'écouler plus de trois mois pour signer le contrat.

précontractuel. Mieux vaut prévenir que guérir, telle est la philosophie profonde du référé précontractuel. Et cette prévention doit intervenir le plus tôt possible afin de garantir la stabilité des situations contractuelles.

L'opérateur qui voit sa candidature rejetée à tout intérêt également à agir avec célérité dès qu'il a connaissance de son éviction, pour espérer que le juge du référé précontractuel, dont l'office est de contrôler les motifs de rejet des candidatures¹, censure son éviction et contraigne le pouvoir adjudicateur à réexaminer sa candidature et, le cas échéant, l'admette à présenter une offre puis participer au dialogue ou à la négociation. Sur ce point, en l'espèce, le délai de quatre mois laissé par la société SRB entre la décision d'éviction et le dépôt de sa requête en référé n'est pas une stratégie des plus opportunes. Certes, la société requérante n'était pas en infraction avec l'état du droit positif qui lui laissait une grande latitude pour choisir le moment du dépôt de sa requête tout au long de la procédure de passation et jusqu'à la date butoir de la conclusion du contrat. Toutefois, cette attitude ne va-t-elle pas à rebours de l'effet utile du référé précontractuel qui se dégage aujourd'hui de la jurisprudence administrative ? À lire l'ordonnance commentée, c'est ce que le juge du référé précontractuel reproche au requérant, dont il est souligné le « *comportement inapproprié au regard du principe de sécurité juridique* » : avoir attendu que la procédure de passation soit quasiment achevée pour le saisir d'un recours qui, de toute façon, et jurisprudence *Smirgeomes* oblige, ne pouvait le conduire qu'à contester les motifs de son éviction au stade des candidatures, sans l'autoriser à développer quelque autre moyen que ce soit, nécessairement inopérant faute d'avoir pu le léser. Dit autrement, l'effet utile qui s'attache et qui doit s'attacher à cette voie de recours justifiait que le requérant agisse rapidement, ne serait-ce que pour garder une chance d'être admis à participer au dialogue.

Le juge ne censure-t-il finalement pas une forme d'abus de droit, voire de manquement à l'obligation de loyauté ? Ce ne serait pas la première fois que le juge administratif considère que le principe de loyauté des relations contractuelles peut trouver à s'appliquer avant la conclusion du contrat². Même si l'ordonnance ne convoque pas explicitement ce principe, on peut sérieusement se demander ce que le requérant escomptait obtenir d'une saisine aussi tardive, alors qu'il avait eu

¹ Voir par exemple CE, 17 juin 2015, *Commune de Montpellier*, req. n° 388596.

² Voir par exemple au cas particulier d'un marché de conception-réalisation et du versement de la prime : CE, 23 octobre 2013, *Société Bernard Leclerc Architectes*, req. n° 362437.

toute latitude pour saisir le juge des référés si tôt son éviction connue le 18 avril 2016. Cette éviction l'avait d'ailleurs conduit à saisir dans un premier temps le pouvoir adjudicateur d'une « réclamation » à laquelle il lui avait été répondu assez rapidement, mais qui n'avait appelé de sa part aucune réaction immédiate.

La solution du tribunal, en s'inscrivant volontiers dans le sillon tracé par le précédent jurisprudentiel du Conseil d'État pour le creuser davantage, s'expose néanmoins aux critiques émises à l'égard de l'exercice illimité du pouvoir prétorien du juge.

Cette critique a été adressée à la décision *Czabaj* et grève tout autant celle des juges réunionnais. Si la considération suivant laquelle le juge est la « bouche de la loi » a sans doute quelque chose de suranné, l'audace sans cesse plus grande du Conseil d'État et, ici, d'un simple tribunal administratif devient inquiétante pour la sécurité juridique qu'elle entend pourtant garantir. Sans vouloir négliger l'intérêt du pouvoir d'interprétation du juge en cas d'obscurité, incohérence ou incomplétude du droit positif, force est de constater qu'en l'espèce le juge fait litière de tous les principes fondamentaux de notre État de droit en négligeant purement et simplement d'appliquer les lois et règlements codifiés, clairs et non équivoques. À cela s'ajoute que la nouvelle règle jurisprudentielle introduite par le tribunal est appliquée immédiatement au litige, impliquant sa rétroactivité là où le requérant avait pu nourrir une légitime certitude dans l'existence et la recevabilité d'une voie de droit ouverte par les textes¹.

Certes, un recours intenté 22 ans (cas de l'affaire *Czabaj*) après la notification de la décision individuelle faisant grief a de quoi laisser perplexe. Sans doute les hypothèses sont-elles nombreuses dans la matière contractuelle où l'excessive tardiveté d'un recours peut entraîner des conséquences passablement incompatibles avec l'intérêt général. De telles considérations ne doivent cependant pas occulter le fait qu'il est également d'intérêt général qu'un texte, qui fonde les requérants à exercer un recours dans une temporalité précise, ne soit pas sèchement neutralisé par la plume du juge. C'est bien du sacrifice de la sécurité juridique de l'administré, au profit de celle de l'administration, qu'il s'agit.

¹ Le Conseil d'État a, quant à lui, expressément rejeté la possibilité d'user de son pouvoir de moduler les effets dans le temps de sa règle jurisprudentielle dans l'arrêt *Czabaj* sans que les motifs puissent emporter une parfaite adhésion et alors même que l'énormité des conséquences de l'introduction d'un nouveau délai de recours de un an paraît évidente.

En outre, il pourrait être reproché à la solution des juges réunionnais son caractère potentiellement réversible au détriment direct de la légalité de la procédure de publicité et de mise en concurrence et des intérêts du candidat évincé. En effet, dans l'hypothèse où ce dernier, correctement informé de son éviction, n'agirait pas en temps utile, les illégalités susceptibles de grever la phase préalable de sélection des candidatures seraient couvertes par le simple écoulement du délai de trois mois. Situation qui pourrait donner lieu à l'ouverture d'un contentieux devant le juge de la validité du contrat par ce même requérant insuffisamment diligent. C'est sans doute pour éviter qu'une telle situation ne se présente que le juge fait le choix d'un délai encore suffisamment long (trois mois) et de réserver le cas de circonstances particulières qui restent à définir.

Il est enfin permis de douter de la liberté prise par le juge réunionnais avec la règle jurisprudentielle établie par le Conseil d'État. La position de ce dernier n'est-elle pas franchement dénaturée en l'espèce par le Tribunal administratif? La limitation dans le temps des recours par l'exigence nouvelle d'un délai raisonnable de un an répond à une nécessité simple : borner plus strictement dans le temps un recours devenu perpétuel afin de garantir la sécurité juridique. Or, le référé précontractuel n'est pas indéfiniment ouvert comme l'est le recours en excès de pouvoir à l'encontre d'une décision individuelle à l'information défectueuse. Il faut insister sur le fait que, par définition, ce recours est arrêté précisément dans le temps par l'intervention de la signature du contrat qui oblige le juge à déclarer un non-lieu à statuer. Sur ce point, le juge réunionnais ne serait-il pas allé trop loin dans l'exercice de son pouvoir prétorien ? La question mérite d'être posée dans la mesure où, dans le même contexte, le Tribunal administratif de Paris¹ n'a pas retenu la même interprétation, considérant qu'un candidat évincé demeurerait libre d'ouvrir une action en référé précontractuel tout au long de la procédure de passation et jusqu'à son achèvement.

En somme, « point trop n'en faut ». L'avertissement vaut tout autant pour le requérant, bénéficiant parfois d'un délai déraisonnablement long de recours, que pour le juge lorsqu'il use de son pouvoir prétorien de manière illimitée. Or, à la faveur d'un pourvoi en cassation formé contre une ordonnance ultérieure du même tribunal², réitérant l'innovation jurisprudentielle commentée, le Conseil d'État a cru bon de rappeler implicitement cette maxime au juge des référés réunionnais en

¹ TA Paris, 21 avril 2017, *Société Extérieur Média France*, req. n° 1704976.

² TA de La Réunion, 10 mai 2017, *société ECI*, req. n° 1700293.

l'annulant pour erreur de droit¹. Reprenant ainsi la maîtrise du champ d'application de sa règle, la juridiction suprême s'attache à rappeler qu'il convient cette fois de s'en tenir à l'application scrupuleuse des textes législatifs et réglementaires. Ces derniers font du référé précontractuel un recours qui peut être exercé « à tout moment de la procédure » et ce jusqu'à « la signature du contrat » dans le but de « prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution ». Ni plus, ni moins, mais exactement.

10.5. DOMAINE PUBLIC

Construction irrégulière – Aucune régulation possible – Démolition – Mise en demeure – Pouvoir discrétionnaire du préfet

TA La Réunion, 31 mars 2016, *M. Th. c/Préfet de La Réunion*, req. n° 1500900

Audrey Dameron, Docteur en droit public de l'Université de La Réunion

Il est d'usage de dire que lorsqu'une construction est irrégulière, il est rare de parvenir à obtenir sa démolition, tant les conditions sont délicates à réunir. La présente affaire laisse penser que le requérant connaît cet usage. Il s'est toutefois confronté à une administration, au sens large du terme, particulièrement volontariste.

En l'espèce, M. Th. obtient, le 17 octobre 2006, un permis de construire un hangar agricole d'une surface de 205 m², en zone classée NC par le Plan d'Occupation des Sols (POS) applicable à l'époque sur la commune de l'Entre-Deux. Il demande ensuite un permis modificatif afin de créer un vide sanitaire de 67 m², qu'il obtient le 4 août 2008. Un agent assermenté a néanmoins constaté, le 3 mars 2009, que la construction s'étendait en réalité sur 433,50 m², en contradiction avec l'autorisation d'urbanisme et la vocation agricole de la parcelle.

Par un permis modificatif délivré le 30 avril 2009, il lui est autorisé une construction de 135 m² en vue d'une chambre froide.

¹ CE, 12 juillet 2017, *société ECI*, req. n° 410832.

Toutefois, un arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, rendu le 8 août 2013, confirme un jugement du tribunal correctionnel de Saint-Pierre du 26 juin 2012, et le condamne à démolir les constructions irrégulières dans un délai de 6 mois. Cette condamnation est désormais définitive puisque l'administré est même allé jusqu'en cassation, mais son pourvoi a été rejeté.

C'est alors que le préfet lui adresse, le 10 août 2015, une mise en demeure de démolition, sous peine d'exécution d'office et à ses frais. C'est ainsi que le juge administratif se trouve saisi de cette affaire : par le truchement de la mise en demeure préfectorale.

Après le moyen classique de légalité externe tenant à l'incompétence du sous-préfet de Saint-Pierre pour édicter la décision litigieuse, rapidement écarté puisque ce dernier disposait bien de la délégation du préfet, le juge administratif analyse la mise en demeure sur le fond.

Tout d'abord, la règle en matière de mise en demeure de l'administration de procéder à la démolition ou à la mise en conformité de la construction litigieuse ne constitue nullement une « obligation » puisque l'autorité administrative « *peut¹ faire procéder d'office à tous travaux nécessaires à l'exécution de la décision de justice* »². Pour ce faire, le juge rappelle qu'elle doit « *apprécier si la construction litigieuse est susceptible d'être régularisée en tenant compte de la nature et la gravité de l'infraction relevée par le juge pénal, des modalités de régularisation envisagées et des règles d'urbanisme applicables à la date à laquelle elle est amenée à prendre position* ».

Une décision définitive du juge judiciaire condamnant à la démolition n'engendre donc pas automatiquement une mise en demeure puisque l'administration peut encore apprécier les possibilités de régularisation.

En l'espèce, il s'avère que la construction litigieuse n'a pas été régularisée et qu'elle n'est pas régularisable.

Une construction non régularisée. Le requérant, à l'appui de ses allégations contre la mise en demeure, invoque un constat d'huissier, ayant eu lieu le 5 septembre 2015. Cependant, celui-ci relève que la construction ne

1 Souligné par nous.

2 Article L. 480-9 du code de l'urbanisme.

correspond toujours pas à un hangar agricole, mais davantage à une maison d'habitation ou à un local commercial, au vu des « *multiples ouvertures, des pièces avec boiseries et du carrelage au sol* ». La vocation agricole de la parcelle n'est donc toujours pas respectée.

Une construction non régularisable. Le dernier argument du requérant reposait sur le règlement de la zone agricole du nouveau Plan Local d'Urbanisme (PLU) de la commune de l'Entre-Deux, en vigueur depuis 2011, lequel admet les constructions à destination agrotouristique, dès lors que les activités engendrées constituent un prolongement de l'acte de production ou ont pour support l'exploitation, tels que les locaux de vente de produits de la ferme ou encore les locaux d'accueil et d'hébergement touristique ou de restauration.

Cet argument avait déjà été utilisé par le requérant devant la cour d'appel, mais cette dernière l'avait rejeté au motif qu'aucune preuve n'était apportée quant à la réalité d'une activité agricole ou d'une table d'hôte. L'inspiration du requérant, défenseur chevronné de la construction litigieuse, était alors citée par le juge civil et le juge administratif ne semble pas y résister non plus : « *le prévenu ayant d'ailleurs déclaré [qu'il était agriculteur-designer-antiquaire-entrepreneur et que rien ne l'empêchait de construire un hangar de luxe]* ».

En tout état de cause, la bonne foi, peut-être tardive, du requérant est prouvée par trois demandes de permis de régularisation. La première est refusée le 6 janvier 2015. La deuxième est manifestement classée sans suite le 13 novembre 2015 du fait de l'abandon du projet. Au jour de la décision, la dernière se trouve toujours en cours d'instruction, mais le juge considère que le projet ne présente de toute façon pas les caractéristiques d'un projet agricole ou agrotouristique, nécessaires à la régularisation au titre du nouveau PLU.

Par conséquent, la décision du préfet de La Réunion de mettre en demeure le requérant de procéder à la démolition de la construction, conformément à l'injonction du juge pénal, est légalement justifiée. La requête est donc rejetée.

Une administration volontariste. Bien que juridiquement justifiée, cette décision étonne par le caractère particulièrement volontariste de l'administration, que celle-ci soit municipale, préfectorale, ou juridictionnelle.

En effet, les services municipaux chargés de l'urbanisme ne disposent pas toujours de moyens nécessaires au récolement¹. En outre, le juge pénal jouit d'une liberté d'appréciation pour prononcer une mesure de démolition,² car il ne s'agit que d'une mesure à caractère réel destinée à faire cesser une situation illicite, non une sanction pénale pouvant être prononcée à titre principal³. Ainsi, comme l'auteur de ces lignes le remarquait lors d'un précédent numéro de la revue⁴, il peut être tenu compte de la situation du prévenu pour lui éviter la démolition : chômage, proximité avec des parents dépendants, voire même rupture d'égalité avec des voisins ayant eux aussi construit en méconnaissance des dispositions du code de l'urbanisme. Pour autant, si certains ont pu pointer du doigt l'inadaptation du droit pénal de l'urbanisme à son objet⁵ ou encore ses similitudes avec un « *recueil des erreurs législatives, réglementaires et parfois judiciaires à ne pas renouveler* »⁶, il faut reconnaître que toutes les décisions administratives et juridictionnelles en l'espèce s'accordent en vue de la démolition de la construction litigieuse, peut-être en raison d'une certaine lassitude des services municipaux de l'Entre-Deux.

Pour autant, la construction en cause n'est toujours pas démolie. L'administré étant particulièrement prêt à défendre son projet, il a interjeté appel. La cour administrative d'appel de Bordeaux devrait se prononcer sous peu.

1 L'auteur de ces lignes a pu en faire état au moment de la réforme des autorisations d'urbanisme : *Les communes et le nouveau régime des autorisations d'urbanisme*, Mémoire, 2009, Université de La Réunion, 69 p.

2 Voir notamment Cass. Crim., 14 février 1984, Bull. Crim., n°60 ; Cass. Crim., 9 avril 2002, n° 01-81142 ; Cass. Crim., 2 mai 2012, n° 11-85187 ; Cass. Crim., 21 octobre 2003, Bull. Crim., n°197 ; J.-H. ROBERT *Dr. pénal*, 2004, comm. 40.

3 Cass. Crim., 19 octobre 2004, *Dr. pénal*, 2000, comm. 8, obs. J.-H. ROBERT.

4 « De l'engagement classique de la responsabilité pénale à la sanction critiquable des infractions d'urbanisme », *RJOI* 2014, n° spécial, p. 64.

5 H. JACQUOT, J. PRIET, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 6^e éd., p. 920.

6 J.-H. ROBERT, *RSC*, 2000, p. 401.

Expropriation – Opération d’aménagement – Résorption de l’habitat insalubre – Membres personnellement intéressés – Concertation préalable – Bilan coût-avantage

TA La Réunion, 26 octobre 2016, *Époux F et autres c/Préfet de La Réunion*, req. n° 1400466-1400669-1400672-1400673

Audrey Dameron, docteur en droit public de l’Université de La Réunion

Plusieurs propriétaires des secteurs de « Butte citronnelle », « Pied des Roches » et « Ravine Sheunon », de la commune de L’Étang-Salé attaquent le projet d’aménagement et de résorption de l’habitat insalubre (RHI) pour lequel ils sont expropriés. Pour ce faire, et de façon classique dans le cadre d’une opération complexe comme celle-ci, leurs requêtes, déposées entre 2014 et 2016, sont dirigées à la fois contre l’arrêté de déclaration d’utilité publique (DUP), en date du 11 janvier 2010 et contre l’arrêté de cessibilité de leurs parcelles, en date du 13 janvier 2014.

Après avoir rapidement écarté les arguments opposés à la DUP, valablement publiée et affichée, pour forclusion ; le juge administratif étudie les moyens formés à l’encontre de l’arrêté de cessibilité, relatifs également, grâce à la gymnastique de l’exception de l’illégalité, à la DUP. Variés et nombreux, mais restant vains quatre de ces moyens retiennent l’attention.

Le rejet de la qualification de membres personnellement intéressés. La DUP est notamment fondée sur des délibérations du conseil municipal, du 21 août 2004 et du 27 août 2008, portant respectivement approbation de l’opération d’aménagement et de la RHI, ainsi que de la convention publique d’aménagement avec la SODEGIS d’une part, et approbation du dossier d’enquête préalable et autorisation de la SODEGIS à solliciter l’ouverture de l’enquête publique d’autre part.

Il est argué de la présence, à ce conseil municipal, de membres personnellement intéressés. En pareille hypothèse et en vertu de l’article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les délibérations sont illégales, lorsque deux conditions sont remplies : il faut un intérêt personnel, pas nécessairement financier et distinct des autres habitants de la commune, et il faut que le membre ait exercé une influence décisive sur la délibération.

La première hypothèse concerne une conseillère municipale et se fonde sur deux arguments : d’une part, elle possède des parcelles incluses dans le périmètre litigieux, d’autre part, elle fait l’objet d’une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pour prise illégale d’intérêt, au titre

de l'article 432-12 du Code pénal. Ces deux arguments sont rejetés comme insuffisants, notamment car elle n'a pas pris de part active aux débats ni aux travaux préparatoires¹.

La seconde hypothèse concerne le maire et un conseiller municipal, tous deux administrateurs de la SODEGIS, titulaire d'une convention publique d'aménagement pour réaliser l'opération. Néanmoins, cette circonstance n'a pas été jugée suffisante pour entacher la délibération d'illégalité. En effet, l'article L. 1524-5 alinéas 11 et 12 du CGCT prévoit que les élus locaux agissant en tant que mandataires de sociétés d'économie mixte (SEM) ne peuvent être regardés intéressés du seul fait de leurs fonctions, lorsqu'ils délibèrent sur une convention d'aménagement².

La jurisprudence traditionnelle exige en effet des éléments plus probants. En témoigne un arrêt rendu récemment par la cour administrative d'appel de Bordeaux³, à propos d'une délibération à laquelle avait siégé un conseiller municipal condamné pour prise illégale d'intérêt en raison de sa participation à l'administration et à la surveillance de la révision du plan local d'urbanisme (PLU), alors qu'un terrain lui appartenant a été l'une des rares parcelles à bénéficier d'un changement de zonage, sans motif d'intérêt général expliquant ce décroché peu justifié urbanistiquement. La délibération a donc été partiellement annulée.

L'obligation de procéder à une concertation préalable : un argument prometteur, mais rejeté. À ses articles L. 300-2 et R. 300-1, et dans leur version applicable à l'espèce, le code de l'urbanisme prévoit une procédure de concertation préalable pour « *toute opération d'aménagement réalisée par la commune ou pour son compte lorsque, par son importance ou sa nature, cette opération modifie de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique de la commune et qu'elle n'est pas située dans un secteur qui a déjà fait l'objet de cette [formalité à l'occasion du PLU ou d'une ZAC]* ». Pourtant, une liste limitative s'applique et s'éloigne allègrement de la notion d'aménagement urbain puisque ne sont visées que des opérations relevant davantage de l'aménagement du territoire, telles que les investissements ferroviaires,

¹Voir par exemple *a contrario* : CE, 17 février 1993, *Desmons*, req. n° 115600.

²CE, 10 décembre 2012, *Auclair c/Cne de Bagneux*, req. n° 354044 ; *AJDA*, 2013, p. 1059, note C. DEVES ; *BJCP*, 2013, p. 89, obs. P. TERNEYRE ; *JCPA*, 2013, n° 2014, note S. BRAMERET.

³CAA Bordeaux, 12 janvier 2017, *Association de défense des riverains, propriétaires et cultivateurs contre le projet d'implantation de la zone artisanale à la Motte-la Vallée et autres*, req. n° 14BX03698.

portuaires ou routiers. Cette restriction n'existe plus dans les mêmes termes aujourd'hui, mais demeure malgré tout.

Selon une vision défendue par l'auteur de ces lignes¹, l'opération en cause répond à la qualification d'aménagement urbain : il s'agit d'une opération de RHI, prévoyant des travaux immobiliers d'équipement et de construction, visant un projet urbain d'intérêt général portant sur l'habitat, et ce à l'échelle de quartiers, futurs lieux de vie grâce à l'offre nouvelle d'équipements publics et de services de proximité. Ainsi, cette seule qualification aurait dû suffire à imposer la procédure de concertation préalable, laquelle constitue un marqueur de l'aménagement urbain². Si ce n'est pas encore l'option choisie par le législateur, il s'en approche³. Il est donc permis de penser que cet argument prometteur devrait pouvoir aboutir à moyen terme.

Un bilan coût-avantage positif. Le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique représente le point d'ancrage du contrôle du bilan⁴. En l'espèce, il s'attache à trois points de la balance : le caractère d'intérêt général de l'opération, le caractère indispensable de l'expropriation pour réaliser l'opération et enfin, le caractère juste de l'indemnisation.

Tout d'abord, il est vérifié que l'opération présente bien un intérêt général. Ce contrôle est validé puisque l'opération s'attèle, dans une zone comprenant 77 logements insalubres, à remédier aux problèmes d'insalubrité, de circulation et de réseaux, en renforçant le maillage transversal et vertical des secteurs, en améliorant la desserte des quartiers, en créant 504 logements collectifs, 100 logements individuels, des équipements publics, ainsi que des services de proximité. L'intérêt n'est donc pas que financier au profit des élus et de l'aménageur.

Ensuite, il est vérifié s'il n'était pas possible de réaliser l'opération sans recourir à l'expropriation. Or, si les terrains communaux pouvaient accueillir des logements, l'opération vise précisément les parcelles insalubres et les zones de

¹A. DAMERON, *L'aménagement urbain - Contribution à la reconnaissance d'une notion juridique*, thèse La Réunion, 2015, L'Harmattan, Paris, 2017, 659 p.

²Voir la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement.

³Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre 1er du code de l'urbanisme.

⁴CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »*, req. n° 78825.

friche litigieuses. Les propriétés communales ne présentent donc pas de conditions équivalentes.

Enfin, il est vérifié que l'indemnisation des propriétaires expropriés ne soit pas vile. Les requérants arguaient de la première proposition amiable de la SODEGIS, plus généreuse que le montant de cession déterminé par le juge de l'expropriation. Cet argument est néanmoins écarté, car ce dernier n'est nullement tenu par les bonnes volontés pouvant émerger durant la phase amiable. C'est bien là le risque de refuser la phase amiable.

Par conséquent, les inconvénients allégués ne suffisent pas à retirer au projet son caractère d'utilité publique. Le bilan s'avère positif, la DUP n'est pas illégale.

Une notification suffisante de l'arrêté de cessibilité. L'arrêté de cessibilité est critiqué sur son caractère incomplet, notamment quant à sa notification.

Ainsi, la notification du dépôt du dossier d'enquête parcellaire par l'expropriant aux propriétaires concernés n'a été adressée qu'à un des époux F. alors que le bien en question est un bien acquis par la communauté. L'autre époux n'en a donc pas eu communication officielle. Cet argument est néanmoins écarté, car il n'est pas prouvé que les époux F. étaient séparés en fait ou en droit à la date de la décision attaquée. Madame F. a donc bien dû en être informée.

Ce raisonnement fait écho à celui adopté en contentieux de l'urbanisme. En effet, l'article R. 600-1 du code prévoit l'obligation, pour quiconque attaque une autorisation d'urbanisme, de notifier sa requête tant à l'autorité émettrice qu'à son (ou ses) bénéficiaire (s), sous peine de rendre sa requête irrecevable. Le juge interprète néanmoins souplesment cette règle rigide : une notification à une personne liée de droit au titulaire véritable de l'autorisation litigieuse satisfait à cette exigence. Il en est ainsi des époux : *« dès lors qu'il n'était pas contesté que M. et Mme X ne sont pas séparés de corps, la notification à M. X au domicile commun du couple d'une lettre qui aurait dû être adressée à sa conjointe satisfait aux exigences de cet article »*¹.

Autant de points de vulnérabilité en cas d'expropriation, pour peu d'annulations juridictionnelles.

¹CE, 7 août 2008, *Cne de Libourne*, req. n° 288966.

Droit des collectivités territoriales – droit administratif des biens – aliénation du domaine privé communal – retrait d’un acte individuel créateur de droits acquis – avis du service des domaines

Tribunal administratif de La Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

Romuald Sevagamy, Doctorant en droit public à l’Université de Montpellier

L’aliénation des biens appartenant au domaine privé communal peut inviter les acquéreurs à la patience. Le jugement rendu le 12 janvier 2017 par le Tribunal administratif de la Réunion l’illustre bien. En l’espèce, par une délibération du 30 juin 2007, le conseil municipal de la Possession avait approuvé la vente de terrains communaux au profit des époux S. et C. et de deux sociétés civiles immobilières. Le prix de cession précisé par cette délibération était déterminé sur la base de 50 euros le m² conformément à l’avis du service des domaines émis le 10 novembre 2006. Mais, nonobstant les multiples démarches des acquéreurs, la commune n’accomplit pas les diligences nécessaires pour que la vente soit entérinée.

Huit années plus tard, à la suite de sa séance du 24 juin 2015, le conseil municipal de la Possession prit plusieurs délibérations qui redéfinirent les conditions de vente des terrains en cause. Par une première délibération du 24 juin 2015, le conseil municipal décida d’« abroger »¹ sa délibération du 30 juin 2007 afin de modifier le prix de vente au m². En référence à un nouvel avis du service des domaines du 8 décembre 2014, le prix au m² fut fixé à 250 euros. Puis par cinq autres délibérations du 24 juin 2015, le conseil municipal proposa un nouveau prix de vente aux différents acquéreurs sur la base de cette nouvelle estimation du service des domaines. Les acquéreurs demandèrent ainsi l’annulation de ces délibérations du 24 juin 2015 au motif que celles-ci méconnaîtraient leurs droits acquis² résultant de la délibération du 30 juin 2007. Fort logiquement, le Tribunal administratif de la Réunion fit droit à leur demande.

¹ Par référence à l’« abrogation » de la délibération du 30 juin 2007 évoquée dans les délibérations du 24 juin 2015.

² Les droits acquis sont des « droits définitivement constitués et insusceptibles d’être remis en cause » (P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 10^e éd., 2015, p. 371.)

Sur la modification des conditions de la vente. Le juge administratif estime en l'espèce que le nouveau prix de vente constitue non pas « *une simple revalorisation de la base tarifaire arrêtée en 2007* »¹ comme le soutient la commune, mais bien « *une évaluation totalement nouvelle du prix de la cession* »². D'autant que ce quintuplement du prix de vente n'est justifié ni par la commune ni par le dernier avis du service des domaines. Par conséquent, les délibérations attaquées ont eu pour effet de modifier « *l'une des conditions et caractéristiques essentielles de la vente* »³, laquelle peut influencer de manière significative sur le consentement du cocontractant. Il est ainsi probable que certains requérants n'auraient pas accepté d'acquérir les terrains concernés à ce prix. Par ailleurs, bien que les délibérations attaquées évoquent une « *abrogation* » de la délibération du 30 juin 2007, le Tribunal administratif de La Réunion considéra à juste titre qu'il s'agissait d'un retrait. En effet, contrairement à l'abrogation qui ne vaut que pour l'avenir, le retrait est rétroactif, de sorte que l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé en tout ou en partie.

Sur le retrait de la décision individuelle créatrice de droits. Depuis la jurisprudence *Ternon*⁴, le retrait des actes individuels explicites créateurs de droit⁵, même illégaux, est enfermé dans un délai de 4 mois à compter de la date de la prise de la décision⁶. Aussi, le jugement du Tribunal administratif de La Réunion ne manque pas de rappeler la solution dégagée par cet arrêt de principe⁷. Mais préalablement à l'examen de la condition de délai, encore faut-il être en présence d'une décision individuelle créatrice de droits.

¹ TA de Saint Denis de La Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

² TA de Saint Denis de La Réunion, *idem*.

³ *Ibid.*

⁴ CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197018. Concl. SÉNERS, *RFDA* 2002, p. 77. Auparavant, le retrait d'un acte créateur de droit restait possible aussi longtemps que le juge avait la possibilité de l'annuler, et ce même indéfiniment (CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*).

⁵ Ne sont donc pas concernées les décisions implicites d'acceptation.

⁶ Sur la question du point de départ du délai, voir notamment CE, Sect. 21 décembre 2007, *Société Bretim*, req. n° 285515

⁷ Voir Cons. 5, TA de Saint Denis de la Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

En l'espèce, la qualification de la délibération du 30 juin 2007 en décision individuelle créatrice de droits acquis par le juge administratif ne soulevait pas de difficulté particulière. Non seulement la vente des terrains en cause avait été décidée par cette délibération, mais aucune intention de renonciation de la part des requérants n'avait pu également être mise en évidence. Partant, le constat de l'irrespect du délai de 4 mois fut tout aussi aisé à établir puisque le retrait de cette décision était intervenu presque huit années plus tard. Dès lors, si la jurisprudence *Ternon* peut dans certains cas, comme en l'espèce, être favorable aux administrés, elle n'en demeure pas moins controversée¹.

Question préjudicielle - Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction - Domaine privé de l'État - Compétence du juge judiciaire- Cession d'immeuble - Mayotte

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *Anli A. c/Conseil départemental de Mayotte*, req. n° 1400728

Tribunal des conflits, 6 juin 2016, *Anli A. c/Conseil départemental de Mayotte*, req. n° C4050.

Tassadit YASSA, Docteurante en droit public à l'Université de La Réunion

Il est des contentieux dont les subtilités de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels ne plaident pas en faveur du maintien de la dualité de juridiction. Le contentieux domanial est de ceux-là², comme en témoigne la décision du Tribunal des conflits du 6 juin 2016³ prise sur renvoi du jugement du Tribunal administratif de Mayotte du 21 janvier 2016 relative à la cession d'un bien immobilier de l'État.

En l'espèce, le grand-père du requérant a acquis un terrain de 10 hectares appartenant au domaine de privé de l'État via un contrat de vente régi par le

¹ Pour une critique positive voir notamment, chronique M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJDA*, 2001, p.1034. Pour une critique négative, voir notamment, Y. GAUDEMET, « Faut-il retirer l'arrêt *Ternon* ? », *AJDA*, 2002, p.738

² Y. LAIDIÉ, « Domaine/Patrimoine - Gestion du domaine privé et dualisme juridictionnel : pour une simplification des règles de compétence », *JCP A*, n° 25, 27 Juin 2016, 2180.

³ *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 216, obs. H. HOEPFFNER ; *JCP A* 2016, 2193, obs. H. de GAUDEMAR.

décret du 28 septembre 1926. Conformément aux dispositions du décret du 4 février 1911 alors en vigueur¹, il a tenté d'obtenir une immatriculation qui n'a pu aboutir. En effet, une opération de bornage a conclu en 1957 à l'appartenance du terrain à une réserve forestière appartenant à l'État.

Se prévalant de sa qualité d'héritier le requérant M. A a saisi le tribunal administratif aux fins de faire reconnaître son droit de propriété sur le terrain acheté par son grand-père en 1950 en faisant annuler la décision du conseil général de Mayotte ayant déclarée la vente caduque.

Une question de compétence jugée sérieuse ayant été soulevée devant le tribunal administratif, ce dernier a renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits qui s'est prononcé en faveur de la compétence du juge judiciaire.

Cette décision semble *a priori* conforme à la jurisprudence constante. En effet, comme le rappelle le Tribunal des conflits « *le contrat opérant la vente d'une parcelle du domaine privé d'une personne publique est, en principe, un contrat de droit privé qui relève de la compétence du juge judiciaire* ».

Elle est pourtant beaucoup plus surprenante qu'il n'y paraît si on se réfère à l'article L3231-1 du CGPPP² qui dispose que « *sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'État* ». – La présentation schématique « domaine privé – juge judiciaire/domaine public – juge administratif » se pare en effet d'une subtilité lorsque la personne publique propriétaire est l'État. Car si les actes de gestion du domaine privé relèvent bien du juge judiciaire, les actes de disposition relèvent quant à eux du juge administratif. Eu égard à cette disposition, il aurait donc fallu conclure à la compétence du juge administratif.

Néanmoins, le Tribunal des conflits en a jugé autrement en vertu de l'adage *lex specialis*. En effet, si par principe c'est le juge administratif qui est

¹ Désormais article 2509 et suivants du Code civil.

² Cette compétence dérogatoire est le résultat de l'interprétation extensive par le juge administratif de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui disposait que « *le conseil de préfecture prononcera : [...] sur le contentieux des domaines nationaux* ». Pour un historique détaillé des origines de cette compétence dérogatoire : N. TILLI, « Les ventes des immeubles relevant du domaine privé de l'État », *AJDA*, 2010, p.714 ; A. ERYGNOUX, « Que reste-t-il de la spécificité de l'État en matière domaniale après le code général de la propriété des personnes publiques », *Droit et ville*, n° 65, 2008, p. 160.

compétent en matière de cession de biens immobiliers appartenant à l'État, cette compétence s'efface si un texte spécial en dispose autrement.

Or constatant, que le décret du 28 septembre 1926, qui est toujours en vigueur¹, attribue compétence aux juridictions judiciaires pour tout litige relatif aux ventes et aux opérations d'immatriculation qu'il entend régler et dont relève le cas d'espèce, le Tribunal des conflits juge qu'il appartient « *aux juridictions judiciaires de connaître de tout litige relatif à cette vente et, en particulier, de la portée et de la régularité des opérations d'immatriculation dont elle a fait l'objet qui, tant sous l'empire du décret du 4 février 1911 que du Code civil, relèvent également par nature et par application de ces textes, de la juridiction judiciaire* ».

Convention d'occupation - Domaine privé – Non-renouvellement

Tribunal administratif de La Réunion, 24 août 2016, ord. réf., *Mme D. c. ONF*, req. n° 1600771

Justine MACARUELLA, Doctorante en droit pénal à l'Université de La Réunion

Investissant pleinement son office, le juge des référés du Tribunal administratif de La Réunion a admis l'extension du recours en contestation de la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles à une mesure de refus de renouvellement d'un contrat administratif.

Le juge fut saisi par la gérante d'un restaurant situé en plein cœur d'une forêt domaniale gérée par l'Office National des Forêts (ONF). La requérante bénéficiait depuis près de cinquante ans de conventions d'occupation temporaire du domaine privé, successives ou renouvelées, son établissement étant devenu au fil des années un véritable emblème local dans un environnement d'exception. La dernière convention arrivait à terme le 30 juin 2016 et prévoyait que tout renouvellement devait être sollicité expressément, à défaut de quoi l'occupant était réputé y avoir renoncé. La demande de renouvellement fut

¹ Ne suivant pas les conclusions du rapporteur public sur ce point, le Tribunal des conflits juge que le décret de 1926, qui relève du domaine de la loi tel que défini par l'article 34 de la constitution, n'a pu être abrogé par le décret du 12 octobre 1992. Il ne l'a pas non plus été par l'ordonnance n° 92-1129 du 22 octobre 2012.

adressée à l'ONF le 31 janvier 2015. S'ensuivirent des échanges avec la cocontractante sur les modalités de son renouvellement, cette dernière se voyant finalement notifier un refus pour motif d'intérêt général un mois avant l'expiration du terme de la convention. L'ONF invoquait en effet la mise en œuvre d'un projet d'intérêt général de grande ampleur en vue de la revalorisation du site.

L'occupante a alors intenté un recours en référé-suspension le 1^{er} juillet 2016 afin d'obtenir, outre la suspension de la décision de refus de renouvellement, la reprise des relations contractuelles.

Le juge des référés, appliquant la méthode classique en la matière¹, retint l'urgence en jugeant que le refus de renouvellement portait une atteinte grave et immédiate à la situation et aux intérêts, commerciaux et financiers, de la requérante, alors que l'ONF ne rapportait pas de manière suffisamment précise l'existence du projet d'intérêt général invoqué et l'incompatibilité du maintien dans les lieux qui en résulterait. L'absence d'éléments de nature à étayer la réalité du projet viciait également la motivation de la décision de refus de renouvellement. En somme, faute de motivation suffisante et de motif réel, le doute sérieux sur la légalité de la décision fut caractérisé.

La requérante obtint du juge la suspension de la décision de non-renouvellement et la reprise des relations contractuelles. La solution est doublement intéressante : la décision de refus de renouvellement ayant été appréhendée comme une mesure de résiliation du contrat, le juge a prononcé la reprise des relations contractuelles au-delà du terme de la convention.

Jurisprudence *Commune de Béziers II*. Dans sa décision *Commune de Béziers II*², le Conseil d'État consacrait en mars 2011 la possibilité pour une

¹ CJA, art. L. 521-1 : « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ; sur la condition d'urgence v. CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n° 228815, *AJDA*, 2001, n° 5, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Recueil Dalloz* 2002, n° 28, note R. VANDERMEEREN : « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ».

² CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304806, *AJDA*, 2011, n° 12, note A. LALLET ; *RDI* 2011, n° 5, note S. BRACONNIER ; *DA*, 2011, note F. MELLERAY et F. BRENET.

partie à un contrat administratif de saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux en contestation d'une mesure d'exécution de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. L'office du juge des référés était par là même déterminé, le recours au fond à l'issue duquel la règle fut consacrée ayant été accompagné d'un référé-suspension¹. Dès mai 2011, la Haute juridiction avait l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à une mesure de résiliation d'une convention d'occupation du domaine public². Les recours en contestation de la validité des mesures d'exécution du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles visent d'ailleurs de façon privilégiée les mesures de résiliation. De telles mesures peuvent en effet s'avérer particulièrement attentatoires à la situation du cocontractant, quel qu'il soit. Il n'en va pas différemment pour l'occupant du domaine public qui y exerce, comme en l'espèce, son activité économique. Si le juge use en l'espèce de règles jurisprudentielles classiques, leur application à une décision de refus de renouvellement d'un contrat administratif est en revanche singulière.

Application à une décision de refus de renouvellement : poursuite des relations contractuelles. Une mesure de résiliation d'un contrat implique qu'il soit mis fin aux relations contractuelles avant le terme initialement prévu. Dans cette hypothèse, la reprise des relations contractuelles vise à limiter pour le cocontractant les effets néfastes d'un retrait anticipé de la convention alors que le contrat aurait pu être exécuté jusqu'à son terme initial. En revanche, le refus de renouveler signifie qu'une fois la convention arrivée au terme prévu, de nouvelles relations contractuelles seront exclues. La possibilité de solliciter la reprise des relations contractuelles semble donc plus difficile à justifier ici, dans la mesure où il s'agirait non pas de faire *reprendre* les relations contractuelles conformément à un cadre contractuel initial, mais de *poursuivre* les relations contractuelles en dehors dudit cadre. En d'autres termes, l'administration pourrait être contrainte de contracter, y compris par le juge des référés. Une Cour administrative d'appel avait déjà admis, sur le principe, l'application de la jurisprudence *Commune de Béziers II* à une décision de refus de renouvellement d'une autorisation d'occupation du domaine public, mais avait considéré que

¹ Pour la première suspension en référé-suspension dans le cadre d'une demande de reprise des relations contractuelles : CE, 17 juin 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 388433, *JCPA* 2015, n° 26, note L. ERSTEIN ; *RFDA*, 2015, n° 5, note G. PELLISSIER.

² CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense (EPAD)*, req. n° 328525, *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 7, note P. SOLER-COUTEAUX ; *AJDA*, 2011, n° 20, note R. GRAND ; *RDI*, 2011, n° 9, note O. FRÉVOT.

« la poursuite ou la reprise des relations contractuelles était de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général »¹. En l'espèce, le juge des référés, en ordonnant la suspension de la décision de refus de renouvellement et la poursuite des relations contractuelles, a bel et bien contraint l'ONF à poursuivre l'exécution d'une convention d'occupation qui était pourtant arrivée à son terme. L'efficacité de la procédure de référé-suspension prend alors une envergure certaine, la requérante se voyant bien fondée à demeurer légalement sur les lieux jusqu'à l'issue de l'instance au fond.

Application à une décision de refus de renouvellement : autorisation d'occupation domaniale. La faculté de contraindre l'administration à contracter, quoique surprenante, peut néanmoins être comprise à l'aune du régime du renouvellement des conventions d'occupations du domaine public. S'il est constant que l'occupant n'ait aucun droit au maintien sur le domaine public, il n'en demeure pas moins que la personne publique gestionnaire du domaine doit examiner les demandes de renouvellement au regard des garanties présentées pour la meilleure utilisation du domaine² et ne peut rejeter une telle demande qu'en vertu d'un motif d'intérêt général³. Tel est précisément le raisonnement appliqué en creux par le juge des référés lorsqu'il relève en l'espèce, au titre de l'examen du doute sérieux sur la légalité de la décision, l'absence de réalité d'un motif d'intérêt général avec lequel le maintien dans les lieux de l'occupante serait incompatible⁴. Ces règles trouvent leur fondement dans le régime spécifique de la domanialité publique, animé par l'équilibre délicat entre valorisation du domaine public, intérêt général et intérêt des occupants privés. Elles ne retrouvent pas d'équivalent en matière de conventions d'occupation du domaine privé, quand bien même il s'agirait de contrats administratifs. En l'espèce pourtant, la convention d'occupation du

¹ CAA Bordeaux, 31 janvier 2012, *Commune de Rabastens de Bigorre*, req. n° 10BX02230, *Contrats et marchés publics*, 2012, n° 4, note J.-P. PIETRI.

² CE, 14 octobre 1991, *Hélie*, req. n° 95875.

³ CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, req. n° 395314; *AJDA*, 2017, n° 4, note J.-M. PASTOR; *Contrats et marchés publics*, 2017, n° 3, note G. ECKERT.

⁴ Considérant 4 : « l'ONF n'a pas été en mesure de justifier, dans le cadre de la présente instance, de l'existence d'un projet qui aurait été d'ores et déjà défini avec un minimum de précision et dont la finalité ou les modalités révéleraient l'incompatibilité du maintien dans les lieux de l'actuelle activité de restauration »; Considérant 5 : « le moyen tiré de l'insuffisance de la motivation (...) ainsi que le moyen tiré du caractère infondé, faute d'élément concret permettant de l'étayer, du motif de refus reposant sur la nécessaire valorisation et renaturation du site incluant la "mise en place d'un projet ambitieux avec la commune", sont de nature à créer un doute sérieux quant à la validité de l'acte de non-renouvellement ».

domaine forestier était une convention d'occupation du domaine privé¹, sans préjudice de sa nature administrative découlant de la présence de clauses exorbitantes du droit commun². La décision rendue s'inspire ainsi des règles applicables au contrôle des décisions de refus de renouvellement des autorisations d'occupation du domaine public. L'appréciation était permise par l'office du juge de la validité des mesures d'exécution du contrat administratif, la reprise des relations contractuelles ne pouvant être ordonnée que si « les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante » et « si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général »³. En l'espèce, il apparaît logique que la reprise des relations contractuelles ne portât pas atteinte à l'intérêt général, dès lors que le vice était précisément tiré de l'absence de réalité du motif d'intérêt général. En raison de la nature administrative de la convention d'occupation du domaine privé, le contrôle du refus de renouvellement tend à s'aligner, dans le cadre de ce contentieux spécifique, sur celui des refus de renouvellement des conventions d'occupation du domaine public. L'occasion fut donnée au Conseil d'État de se prononcer sur la question, sur pourvoi en cassation de l'ONF.

Approbation du Conseil d'État. Par une décision rendue le 29 mars 2017⁴, le Conseil d'État annulera l'ordonnance rendue par le juge des référés au motif que le recours, intenté après l'expiration de la convention, était devenu sans objet⁵. Les juges du Palais Royal vont toutefois préciser que « le juge du contrat était compétent pour connaître de la contestation par Mme D. de la

¹ CGPPP, art. L. 2212-1 : « Font également partie du domaine privé : 1° Les chemins ruraux ; 2° Les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier. ».

² Considérant 2.

³ CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *op. cit.* : « Considérant que, pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse » ; v. pour une application récente par le juge des référés : CE, 16 novembre 2016, *Commune d'Erstein*, req. n° 401321 ; *JCPA*, 2017, n° 4, note J. MARTIN et G. PELLISSIER ; *AJCT*, 2017, n° 4, note S. HUL.

⁴ CE, 29 mars 2017, *Office national des forêts*, req. n° 403257, *AJDA*, 2017, n° 13, note D. POUPEAU ; *AJCT*, 2017, n° 9, note G. LE CHATELIER ; *Contrats et marchés publics*, 2017, n° 6, note G. ECKERT.

⁵ CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *op. cit.* : « Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour apprécier la condition d'urgence (...) ».

validité du refus de l'Office national des Forêts de renouveler la convention »¹. Le contentieux de la validité des refus de renouvellement des contrats administratifs est donc désormais explicitement – et nouvellement – attribué au juge du contrat², le cocontractant de l'administration pouvant solliciter la suspension de ce refus et la reprise des relations contractuelles. Il reste cependant à déterminer dans quelle mesure le juge serait en mesure de faire droit à la *poursuite* des relations contractuelles au-delà du terme contractuel. Une telle demande pourrait en effet s'avérer sans objet si, même saisi en cours d'exécution contractuelle, le juge statuait à une date postérieure à l'expiration du terme de la convention. Par ailleurs, il est permis de douter que le juge puisse ordonner la poursuite des relations contractuelles si la convention en cause n'a pas prévu la possibilité d'un renouvellement³. Des précisions futures du Conseil d'État dépendra l'efficacité de la voie de recours ainsi ouverte aux cocontractants.

10.7. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

Promesse de CDI – agent public – CHU - non-respect – éviction illégale

Tribunal administratif de La Réunion, 30 novembre 2016, *M. P. c/CHU de La Réunion*, req. n° 1500153

Victor Margerin, Doctorant en droit privé à l'Université de La Réunion

La question de la précarité du travail, tant en droit privé qu'en droit de la fonction publique, n'est pas une nouveauté. Néanmoins, cette précarité peut également se manifester sous l'angle de l'avant-contrat. Nous souhaitons, en guise de prolégomènes, mettre en relief une certaine convergence jurisprudentielle à ce sujet entre les deux branches du droit des relations de travail, public et privé. Cela, avant de mettre en exergue l'interprétation factuellement compréhensible, mais juridiquement critiquable du présent jugement.

¹ *Ibid.*, considérant 2.

² Sur ce point, v. G. ECKERT, *op. cit.*

³ G. LE CHATELIER, *op. cit.*

La promesse d'embauche en droit du travail. – Tout d'abord, le droit du travail reconnaît pleinement la qualification d'une promesse d'embauche, mais semble encore sujet à quelques débats doctrinaux et jurisprudentiels. Comme le remarque le professeur Mouly, « *le problème est de savoir à partir de quel moment les négociations sont suffisamment avancées pour que leur accord puisse valoir contrat de travail* »¹. Le contrat de travail, bien que particulier par essence, se calque en effet sur les dispositions générales du droit des obligations du Code civil. Tout le débat se situe donc sur le fait de savoir si cette promesse doit être considérée comme unilatérale,² car émanant du seul employeur, ou bien synallagmatique et valant contrat³.

Les partisans de la seconde hypothèse, qui considèrent que la promesse d'embauche vaut contrat de travail, sont eux-mêmes scindés en deux camps. Les premiers s'appuient sur un courant jurisprudentiel considérant que le contrat ne peut être formé que lorsque les parties se sont entendues sur les éléments essentiels de ce dernier⁴. Pour les seconds, à l'inverse, le contrat serait formé dès lors que les parties se seraient entendues *a minima* sur l'emploi et la date d'entrée en fonction⁵.

À l'inverse, une récente jurisprudence vient raviver le débat doctrinal sur la promesse d'embauche en rejetant son caractère synallagmatique. C'est en effet ce qu'il ressort d'un récent arrêt⁶ de la Cour de cassation dans lequel les hauts magistrats retiennent qu'un salarié ayant accepté la promesse d'embauche en contrat à durée déterminée - *a posteriori* de la rupture de son contrat de travail à durée déterminée et dans un délai raisonnable – doit bénéficier de l'indemnité de précarité. Ainsi que le remarque le professeur Tourneaux, « *on*

¹ J. MOULY, « Promesse d'embauche et contrat de travail : quelle frontière ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 288.

² Art. 1124 c. civ.

³ À l'instar de l'art. 1589 c. civ. relatif à la promesse synallagmatique de vente.

⁴ Cass. Soc., 12 juillet 2006, n° 04-47.938, *Bull. Civ. V*, n° 244, *RDT* 2006. 311, obs. G. AUZERO ; Cass. Soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258, *Bull. Civ. V*, n° 138, *D.2014.1331* ; *ibid.* 2 015 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; *Dr. soc.*, 2014, p. 773, obs. J. MOULY ; *ibid.* 2015, p. 206, chron. S. TOURNAUX.

⁵ Cass. Soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.951, *Bull. Civ. V*, n° 296, *D.* 2011. 170 ; *RDT* 2011. 108, obs. G. AUZERO ; *JCP E* 2011. 1272, note G. FRANÇOIS ; *JCP S*, 2011, p. 1104, note C. PUIGELIER ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 97, p. 17, note D. HOUCIEFF ; Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-19.068, *Société Stade phocéén* : *Dr. Soc.*, 2016, p. 288.

⁶ Cass. Soc., 5 octobre 2016, n° 15-28.672, *A paraître au Bulletin* ; *Rev. Trav.*, 2016, p.700.

présentait de plus en plus distinctement que la Cour de cassation cherchait à revenir à une approche plus classique de la promesse de contrat [...]. C'est dans cette direction, de mieux en mieux banalisée, que la chambre sociale semble poursuivre son chemin dans une banale affaire relative au paiement d'une indemnité de fin de contrat de mission »¹.

L'éviction d'un agent public. – La principale difficulté en la matière vient du fait que se mêlent, en droit de la fonction publique, la situation des agents titulaires, recrutés *via* ou suite à l'obtention d'un concours, et celle des agents non titulaires, recrutés par contrat à durée déterminée ou indéterminée.

En l'espèce, le requérant était recruté en qualité de technicien supérieur et a fait l'objet de plusieurs contrats successifs, le dernier ayant été conclu pour la période du 01^{er} mai 2012 au 30 avril 2013. Le 19 avril 2013, le directeur du CHU refuse le renouvellement du contrat.

Ici, trois principes doivent être mis en exergue. Tout d'abord, tout emploi permanent a vocation, sauf dérogation légale, à être pourvu par des agents fonctionnaires titulaires². Il découle donc de ce premier point qu'aucun agent contractuel ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit à reconduction de son contrat³. Enfin, en raison du caractère de l'emploi occupé par l'agent contractuel et en contrepartie de ce qui précède, l'autorité compétente ne peut refuser le renouvellement du contrat de l'agent que pour des motifs de service⁴ ou en raison de ce que son comportement n'a pas donné satisfaction.

Au vu de ces principes, la décision du directeur du CHU semblait déjà illégale, ainsi que les juges administratifs l'avaient retenu dans un premier jugement retenant la responsabilité de l'administration hospitalière⁵.

¹ S. TOURNEAUX, « La promesse d'embauche vaut contrat de travail... si le salarié l'accepte ! », *Rev. Trav.*, 2016, p.700.

² Loi n° 23-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 3 ; CE, 30 juin 1989, *Assemblée permanente des chambres de commerce et d'industrie c/Mme Attias*, req. n° 85474.

³ CE, 10 juillet 2015, req. n° 374157, *M. A.B. c/Département de la Haute Corse : T. Lebon* ; CAA Bordeaux, 6 janvier 2014, req. n° 12BX02342 ; CE, 23 février 2009, *Moutterlos*, req. n° 304995 ; CE, 10 avril 1991, req. n° 77600 ; CE, 5 septembre 1990, req. n° 82837 ; CE, 23 janvier 1981, req. n° 17932.

⁴ CE, 21 juillet 1989, req. n° 58910.

⁵ TA La Réunion, 28 mai 2014, req. n° 1300838.

Néanmoins, dans la présente affaire, le requérant entend se prévaloir de l'illégalité de la décision d'éviction afin d'obtenir réparation des préjudices résultant de l'illégalité de la mesure, et notamment en raison de la promesse de recrutement que l'administration lui avait fait miroiter. C'est ce dernier point qui va tout particulièrement retenir notre attention.

La promesse de recrutement de l'agent public. – Le juge du plein contentieux, à la suite d'une instruction dûment diligentée, ne manque pas de retenir certains éléments venant corroborer les prétentions du requérant. À charge pour l'administration, il est en effet retenu que la direction du GHSR avait explicitement envisagé une possibilité de « stagiairisation » ou à tout le moins une renégociation de son contrat en vue d'une transformation en CDI.

Dès lors, soit l'agent se voyait nommer stagiaire en vue de sa titularisation dans la fonction publique hospitalière, soit il voyait changer la nature de son contrat. Dans les deux hypothèses retenues par la juridiction, il s'agit indéniablement d'une proposition d'un nouveau contrat, laquelle est regardée en jurisprudence comme étant une promesse d'engagement¹.

À l'appui de cette qualification factuelle en tant que promesse, le Tribunal de céans fait état de certaines circonstances particulières quant au recrutement du requérant. À ce titre, il est établi que le centre hospitalier lui assurait un accompagnement pour l'obtention d'un master à l'Université, et que le requérant participait activement à la réorganisation complète du service de restauration. Quelles autres garanties de la bonne foi de l'administration aurait-il bien pu obtenir ?

Ces éléments fondent ainsi un faisceau d'indices concordant à la reconnaissance, par le juge, d'une promesse d'embauche. Partant, l'illégalité de l'éviction du requérant, ainsi que le non-respect par l'administration de sa propre promesse, cause à celui-ci un préjudice qu'il convient de réparer².

¹ CAA Versailles, 10 novembre 2005, req. n° 04VE00895 ; v. également E. AUBIN, « Les conséquences juridiques des promesses non tenues faites aux agents contractuels de droit public », *AJDA*, 2006, p. 158.

² CAA Versailles, 05 juillet 2012, req. n° 10VE02451, *M. Shaker c/Commune de Livry-Gargan* : *AJFP*, 2013, p. 47 ; TA Cergy-Pontoise, 05 décembre 2011, req. n° 0901468, *M. Laroze c/Commune d'Argenteuil* : *AJFP*, 2012, p. 334 ; TA Amiens, 4 décembre 2007, req. n° 0603044, *Mme Coudeville c/Ville de Soissons* : *AJFP*, 2008, p. 97.

Néanmoins, cette reconnaissance d'une promesse d'engagement n'est pas sans susciter quelques interrogations au vu de l'état du droit privé sur la question.

Les éléments matériels de la promesse d'engagement. – Alors que le débat sur la promesse d'embauche se situe, en droit privé, au niveau de son caractère unilatéral ou synallagmatique, force est de constater que la sémantique est toute autre en droit public.

En effet, il ne ressort à aucun moment du présent jugement, une quelconque matérialisation de la promesse d'engagement. Cette dernière est interprétée en ce sens, comme nous l'avons souligné précédemment, en raison de la seule appréciation des faits et du faisceau d'indices dégagé par l'instruction du juge. Les seuls éléments susceptibles d'être considérés comme actes administratifs à part entière sont les échanges entretenus entre l'agent et la direction, au titre desquels celle-ci envisage la « stagiairisation » ou le recrutement en CDI.

Qu'en est-il alors des mentions minimales de l'emploi et de la date de prise de fonction, telles qu'entendues par la Haute juridiction judiciaire ? Serait-ce à dire que la promesse faite à l'agent contractuel public serait soumise à un régime dérogatoire aux principes mêmes du droit des obligations ?

Dans plusieurs espèces¹ où les juges administratifs retiennent le non-respect par l'administration de sa promesse d'engagement, ceux-ci font explicitement référence non seulement à la qualification du poste, à la date de prise de fonctions, ainsi qu'à la rémunération. Bien qu'ayant trait à la fonction publique territoriale, ces décisions juridictionnelles nous semblent, à la lecture combinée de l'article 4 du décret² n° 91-155 du 6 février 1991 et de l'article 3 du décret³ n° 88-145 du 15 février 1988, incontestablement transposables à la fonction publique hospitalière.

¹ *Ibid.* 13.

² Décret n° 91-155 du 6 février 1991, relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

³ Décret n° 88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.

Lesdites dispositions prévoient substantiellement que les agents contractuels sont recrutés par écrit, et que le contrat précise sa date d'effet, sa durée, le poste occupé, la catégorie hiérarchique, et les modalités de rémunération. Partant, un écrit de l'administration reprenant les éléments essentiels, tels que la qualification du poste, la date de prise des fonctions ainsi que la rémunération, pourrait valablement emporter qualification en contrat de droit public. En ce sens que la promesse d'engagement vaudrait elle-même contrat, au formalisme minimal certes, mais contrat tout de même.

Le Tribunal administratif de La Réunion viendrait-il considérer par ce jugement que la promesse d'engagement émise par l'administration, en dehors de tout formalisme et même d'écrit, vaudrait contrat de droit public ?

Cette considération, qui apparaît incontestablement *contra legem*, peut toutefois s'entendre, en opportunité, face à des abus caractérisés d'une administration peu regardante à sa gestion des ressources humaines... mais elle ne saurait en aucun cas être justifiée en droit.

Harcèlement moral vertical – suspension des fonctions de l'agent suspecté de harcèlement moral – retrait des indemnités de l'agent suspecté de harcèlement moral

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *M. Ch.*, req. n° 1400425.

Émilie GASTRIN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

L'insaisissable harcèlement moral dans la fonction publique

Si l'on observe encore une sorte de désaveu vis-à-vis du harcèlement moral dans la fonction publique¹, les conflits de plus en plus nombreux portés auprès du juge commencent à former un véritable vivier de ressources en quête de l'insaisissable notion. Le contentieux d'outre-mer n'y échappe pas². Et le jugement sur le point d'être commenté s'ajoute à cette liste.

¹ V. *Infra*. II, sous-titre *Le harcèlement moral, entre reconnaissance et méconnaissance*

² Au sein de la Revue Juridique de l'Océan Indien de l'an passé, note sous TA de Saint-Denis, 5 mars 2015, *M. M.-K. S.*, req. n° 1300845, *RJOI*, n° 23, 2016, p. 125-128, note A. BEEGUN; «Protection fonctionnelle des agents publics : admission de la

Soupçonné de faute grave constitutive d'un harcèlement moral envers sa supérieure hiérarchique, M. Ch., technicien de l'environnement à l'Agence des aires marines protégées de Mayotte, s'est vu tout d'abord suspendu de ses fonctions et, ensuite, privé de ses indemnités. Contestant ces mesures auprès du tribunal administratif, ce même tribunal considéra que rien n'attestait que les faits reprochés à M. Ch. à l'égard de sa supérieure hiérarchique étaient constitutifs d'un harcèlement moral, ni n'avaient un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension à son encontre.

Cette affaire, dans la manière dont elle a pris forme, contient une originalité. Si les conflits ayant trait au harcèlement moral ont fini par habituer les plus intéressés à voir dans le rôle de l'harceleur présumé, le supérieur hiérarchique, et dans le rôle de la victime, l'agent subordonné, ici le schéma est inversé¹. Par ailleurs, si l'on note des procès au cours desquels la victime présumée du harcèlement forme le recours, en l'espèce c'est l'harceleur initialement suspecté, M. Ch., qui se trouve être le demandeur en instance². Cette affaire révèle également une difficulté. On constate un manque de précisions factuelles, ne permettant au lecteur ni de mieux appréhender les éléments constitutifs d'un harcèlement moral ni de consentir finalement au jugement du tribunal³.

Les lignes qui suivent porteront dans un premier temps sur l'approche qu'a fait le tribunal administratif de la suspicion de harcèlement moral pesant sur M. Ch. (I) et dans un second temps sur les diverses approches que l'on tend à faire de la notion (II).

présomption de harcèlement moral par le juge de l'excès de pouvoir », note sous TA de Saint-Denis, 26 mars 2015, *M. Ohanian*, req. n° 1301014, 1 301 381, *ibidem*, p. 129-132, note J. MACARUELLA ; À connaître également la tenue de la conférence-débat, « L'action du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations et le harcèlement moral dans l'emploi privé et la fonction publique, en métropole et à La Réunion : évolutions juridiques et enjeux locaux », le 6 juillet 2017, Université de La Réunion.

¹ Pour une autre illustration jurisprudentielle d'un harcèlement moral vertical inversé, se référer à CAA de Paris, 7 avril 2016, *La poste*, req. n°14PAO2307, *AJFP*, 2016, p. 293.

² Ce cas de figure ne semble pas avoir été véritablement envisagé dans le cadre de la charge de la preuve. L'arrêt de principe en matière de charge de la preuve n'envisage que l'hypothèse où d'une part, le requérant est la victime présumée du harcèlement, en principe l'agent subordonné, et d'autre part le supérieur hiérarchique, harceleur présumé, est le défendeur censé démontrer que ses agissements se justifient par des considérations étrangères à tout harcèlement (CE, 11 juillet 2011, *Montaut*, req. n° 321225).

³ Le présent jugement ne fait quasiment pas état des faits exacts reprochés au requérant.

I.-L'absence de faits constitutifs d'un harcèlement moral

En l'espèce, le tribunal dénoua le conflit en deux temps : en rejetant les faits constitutifs de harcèlement moral et en jugeant, en toute conséquence, infondée la décision de suspension du requérant.

Un rejet express de faits constitutifs de harcèlement moral. Dans le cadre d'un conflit portant sur le harcèlement moral, la tâche du juge consiste en la détermination premièrement d'agissements répétés de la part du requérant, deuxièmement d'une dégradation des conditions de travail de sa supérieure hiérarchique, et troisièmement de l'atteinte aux droits et à la dignité de sa supérieure hiérarchique, altérant sa santé ou susceptibles de compromettre son avenir professionnel¹. Bien que cela ne soit pas exposé dans le jugement, on suppose que le juge s'est livré à une appréciation des argumentations de chaque partie en vue de la détermination de faits constitutifs de harcèlement moral². Mais ce qui semble surtout avoir retenu son attention, c'est le dossier de la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, autorité alors compétente pour connaître, à ce moment-là et en ce domaine-là, des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées contre le requérant. Suite à l'analyse de ce dossier, il conclut qu'aucun fait reproché au technicien n'était constitutif d'un harcèlement moral³.

De ce jugement, l'on regrettera deux choses : la quasi-absence des évènements ayant donné naissance au litige et le retour écrit très incomplet de la question fondamentale de ce conflit, l'existence ou non de faits constitutifs d'un harcèlement moral.

Tout d'abord, cette affaire laisse un goût d'inachevé en ce qu'il place le lecteur face à un conflit dénué de faits. Il apparaît de manière évidente que des tensions aient entaché les relations professionnelles entre M. Ch. et sa supérieure

¹ V. l'article 6 ter *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983 p. 2174 ; Loi juillet n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* du 18 janvier 2002, p. 1008.

² CE, 11 juillet 2011, *Montaut*, *précit.*

³ On peut lire au troisième considérant du jugement ce qui suit : « (...), il ressort des pièces du dossier que la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, autorité compétente à l'égard des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des membres du corps technicien de l'environnement, a estimé que les fautes que l'agence entendait imputer à M. Ch., et notamment les faits de harcèlement moral sur sa supérieure hiérarchique, n'étaient pas constituées (...) ».

hiérarchique. Sans cela, il n'y aurait pas eu de conflit. Pourtant, le juge n'indique pas les raisons de la détérioration de leurs rapports, pas plus qu'il ne les décrit. Par conséquent, *quid* des agissements qu'aurait commis le requérant à l'encontre de sa supérieure hiérarchique ? Peut-être le tribunal a-t-il voulu, par prudence, ne pas relever les faits existants, en connaissance de toute la difficulté qu'il y a à appréhender les faits constitutifs d'un harcèlement moral et des avis divergents quant à leur appréciation. Si telle fut son intention, cette démarche ne paraît pas forcément audacieuse en ce qu'elle laisse libre cours à l'imagination du lecteur quant à la fiabilité du jugement.

Ensuite, la notion de harcèlement moral n'est quasiment pas expliquée ni justifiée alors qu'il s'agit de la notion phare de l'affaire. De plus, le lecteur tardera à voir apparaître la notion de harcèlement moral pour ne la voir citée qu'une seule fois au milieu du troisième considérant. Par ailleurs, des textes figurant au visa du jugement, aucun d'entre eux ne vise expressément la notion de harcèlement moral. Certes, la loi du 13 juillet 1983 y est inscrite. Mais le juge ne s'en sert pas pour détecter une quelconque trace de harcèlement. Il se sert plutôt de l'article 30 de la loi pour traiter la question de la suspension du fonctionnaire¹.

Dans la forme comme dans le fond de ce jugement, tout se passe comme si le juge exprime une sorte de désaveu quant à la caractérisation du harcèlement moral.

Le caractère disproportionné de la suspension du requérant de ses fonctions. Dans un second temps, le tribunal jugea de manière beaucoup plus complète l'illégalité la décision de suspension qu'avait prise le directeur de l'Agence à l'encontre du requérant, M. Ch. Selon le juge, les faits reprochés à M. Ch. ne présentent pas « *un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension conservatoire* »².

¹ « (...) au vu du dossier soumis au tribunal, les faits pris en compte par l'auteur de la décision (...) ne peuvent être regardés comme présentant, à cette date, un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension conservatoire à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 » (considérant n° 3 du jugement). L'on précisera que c'est la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JORF* du 18 janvier 2002 p. 1008) qui a introduit la notion de harcèlement moral dans le statut de la fonction publique et intégré la notion au sein du code du travail, du code pénal ainsi que dans la loi du 13 juillet 1983.

² Au considérant 3 du jugement, « (...) il n'apparaît pas que le dossier au vu duquel le ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie a pris position ait été différent, s'agissant des éléments permettant de se prononcer sur la matérialité des

Que soit prononcée l'illégalité de la décision de suspension du requérant n'étonne guère. Pour commencer, dans une pure logique d'analyse, une fois le harcèlement non décelé, les décisions prises sur ce fondement deviennent infondées à leur tour. Ensuite, l'usage qu'a fait le directeur de l'agence de la mesure de suspension de M. Ch. fut en incohérence avec les finalités même de la mesure. La suspension de type conservatoire consiste en sa mise à l'écart d'un fonctionnaire qui aurait commis une faute grave, le temps qu'un jugement ou une sanction soit prononcé à son encontre¹. La suspension n'est en rien d'une mesure disciplinaire et elle ne préjuge pas de la sanction qui sera finalement appliquée. Il s'agit d'une mesure de précaution, prise dans l'intérêt du service². De plus, si une mesure de suspension est décidée à l'encontre d'un agent public, ce dernier conserve le bénéfice de son traitement, de ses indemnités. Ce principe ici est en adéquation avec le caractère non disciplinaire de la décision de suspension³. Or, l'on constate que l'administration décida d'assortir la décision de suspension du retrait des indemnités de M. Ch.⁴. Cette démarche de l'administration employeuse de M. Ch. n'est pas sans soulever de sérieux doutes quant à ses motivations véritables et quant au caractère disciplinaire de la décision de suspension⁵.

*faits reprochés, de celui sur la base duquel l'Agence des aires marines protégées avait estimé devoir prendre la mesure de suspension conservatoire (...); qu'au vu du dossier soumis au tribunal, les faits pris en compte par l'auteur de la décision (...) ne peuvent être regardés comme présentant, à cette date, un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension conservatoire à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 » ; Pour les conditions de vraisemblance et de gravité, v. CE, 10 déc. 2014, *Maixent c/Université de Poitiers*, req. n° 363202, *AJFP*, 2015, p. 85 et s., note FORTIER ; CE, ord. réf., 5 nov. 2012, *Maixent c/Université de Poitiers*, req. n° 363203.*

¹ Conformément à l'article 43 du décret du 17 janvier 1986 ; V° Suspension et discipline, in *Statuts et catégories d'agents*, Le portail de la fonction publique, 22 novembre 2016, [En ligne] <https://www.fonction-publique.gouv.fr>

² CE, ass., 29 avr. 1994, *Colombani*, Lebon 209, concl. FRATACCI ; *AJDA* 1994, p. 376, chron. MAUGUE et TOUVET ; CE, sect., 8 avr. 1994, *Gabolde*, req. n°145780 et 146921, *RFDA*, 1994, p. 465, concl. FRATACCI ; CE, 29 janvier 1988, req. n° 58152 ; CE, 7 novembre 1986, req. n° 59373, Lebon, 1986 ; « Théorie générale de la suspension dans la fonction publique », *RDP*, 1928, p. 735, note G. JEZE.

³ CE, 29 janvier 1988, req. n° 58152.

⁴ Dans le premier considérant, le tribunal écrivit à propos du requérant que « l'intéressé a saisi le tribunal (...) pour demander l'annulation de cette décision et le prononcé de diverses injonctions, concernant notamment la restitution des indemnités dont le bénéfice lui avait été retiré en conséquence de la mesure de suspension (...) ».

⁵ *Infra*. II.

II-La difficile caractérisation de la notion de harcèlement moral

Appréhender le harcèlement moral n'est pas simple. Susceptible de servir de prétexte pour voir engager la responsabilité d'un collègue dont on ne pourrait congédier par d'autres moyens, ou encore arme de résistance face aux prérogatives pourtant légitimes de l'administration, le phénomène peut également se confondre avec d'autres situations¹, occultant ainsi les intentions de l'harceleur présumé et de la victime présumée. Le présent jugement illustre certaines de ces difficultés.

Harcèlement moral vs sanction déguisée. La doctrine a déjà rappelé que peut se cacher derrière la poursuite de faits constitutifs de harcèlement moral, une intention de nuire l'agent public que l'on tend à suspecter d'harceleur².

N'y avait-il, en l'espèce, aucun élément laissant penser à des agissements constitutifs d'un harcèlement moral réel ? Ou s'agissait-il d'un prétexte servant à sanctionner M. Ch. à cause de tensions avec sa supérieure hiérarchique ? Le tribunal n'apporte aucun élément sur la question et se contente de conclure en l'absence de trace de harcèlement moral. Quoi qu'il en soit, l'absence des faits dans ce conflit ne peut que laisser le lecteur imaginer en ce sens – ou pas – les intentions de la victime présumée et du directeur de l'agence.

Le harcèlement moral, entre reconnaissance et méconnaissance. Ce jugement est révélateur de tout le trouble existant autour de la notion de harcèlement moral.

D'un côté, on assiste à une évolution juridique en matière de reconnaissance du harcèlement moral. Partant de l'existence d'un véritable statut juridique reconnu aux victimes de harcèlement au sein de la fonction publique, les droits de ces victimes se sont renforcés avec la mise en place du dispositif de protection fonctionnelle³ et d'une procédure de référé-liberté¹. Les obligations

¹ Parmi ces situations, l'on citera les tensions avec des collègues, l'insuffisance managériale, les contraintes nées des relations de subordination, la souffrance au travail...

² A. PUPPO, « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP*, 2002, p. 36 et s. ; Pour une illustration jurisprudentielle de faits mettant l'accent sur la confusion entre « sanctions déguisées » et « harcèlement moral », v. B. HECKEL, « Harcèlement à l'eau : un moyen pas très moral », *AJFP*, 2004, p. 18 et s.

³ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2 ; CAA de Nancy, 2 août 2007, *Commune de Hoenheim*, req. n° 06NC01324 ; CE, 12 mars 2010, req. n° 308974, *Commune de Hoenheim*, Lebon T. p. 821 ; *AJFP*, 2010, p. 255, concl. E. GEFFRAY ; *AJDA*, 2010, p. 526 ; *AJDA*, 2010, p. 1138,

de l'administration se sont, quant à elles, renforcées en la reconnaissance d'une responsabilité en cas d'inaction de sa part². À titre d'équilibre, le Conseil d'État a fini par reconnaître le partage des responsabilités en cas de contribution de l'agent victime à la dégradation de ses conditions de travail³. En l'espèce, on observe une administration désireuse de faire reconnaître l'existence d'une situation de harcèlement moral à l'encontre de l'un de ses agents publics. Le présent conflit révèle cette part de la reconnaissance du harcèlement moral à travers les démarches parfois excessives du directeur de l'agence. On ne saura toutefois jamais ce qui a animé une telle attitude de la part de l'administration : excès de zèle dans la quête d'un harcèlement moral ? Crainte de voir sa responsabilité engagée du fait de son inaction⁴ ?

D'un autre côté, on assiste à un déni du phénomène, comme si le harcèlement moral serait encore tabou au sein de la fonction publique.

Plusieurs raisons à cela. Premièrement, l'existence du harcèlement moral semble, aux yeux de beaucoup, encore surprenante dans la fonction publique, secteur censé véhiculer des valeurs telles que la neutralité ou encore la lutte contre les discriminations. De ce fait, le phénomène placerait son procédurier, sa victime en principe, dans une situation délicate aux yeux de ses supérieurs hiérarchiques et de ses collègues⁵.

chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI ; *JCP Adm.*, 2010, p. 2154, note D. JEAN-PIERRE ; CE, 8 mars 2010, req. n° 335543, inédit au Lebon ; CE, 4 avril 2011, req. n° 334402, inédit au Lebon.

¹ Depuis une décision de 2014, l'agent public harcelé peut lancer la procédure de référé-liberté. Il s'agit d'une mesure d'extrême urgence dans laquelle le juge statue en 48 heures sur des faits constitutifs de harcèlement moral (CE, juge des référés, 19 juin 2014, *Commune du Castellet*, req. n° 381061).

² TA de Cergy-Pontoise, 11 février 2016, *Mme C.*, req. n° 1402702 ; « Responsabilité de l'administration du fait du harcèlement sexuel et moral exercé par ses agents : quand le juge tape du poing sur la table », note sous CAA de Versailles 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, *AJFP*, 2015, p. 352 ; « Harcèlement moral et responsabilité de l'employeur : menacer de sanctions les auteurs des faits n'est pas une cause exonératoire », note sous CAA de Lyon 8 juillet 2014, *AJFP* 2015, p. 39 ; « Harcèlement moral dans la fonction publique et responsabilité de l'administration », concl. sur CAA de Marseille, 4 avril 2014, *M. et Mme Rieux*, req. n° 11MA1684, *RFDA*, 2014, p. 973, note I. HOGEDÉZ.

³ CE, 24 novembre 2006, *Mme A.*, req. n° 256313

⁴ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2 ; TA de Cergy-Pontoise, 11 février 2016, *Mme C.*, req. n° 1402702 ; CE, sect. 20 mai 2016, *Hôpitaux civils de Colmar*, req. n° 37571.

⁵ Le harcèlement moral dans la fonction publique, du fait du lien entre l'agent et le service public, est un phénomène extrêmement tabou. Au-delà du statut, l'idée même de poursuivre un État bienfaiteur était impensable pour les agents il y a encore une dizaine d'années et le lourd devoir d'obéissance avait créé des usages professionnels ancrés dans une dimension de « l'indiscutable », le dialogue social étant peu ouvert. Les obligations teintant les rapports agents/administration sont empreintes de notions fortes comme

Deuxièmement, la preuve du harcèlement moral reste difficile à rapporter. Certains l'ont écrit : « *Invoquer le harcèlement est une chose, démontrer son effectivité en est une autre* »¹. Sans doute, cette difficulté se justifie-t-elle parce que la notion même est au carrefour d'autres notions, la rendant ainsi difficile d'accès. Par exemple, il n'est pas rare que la notion se confonde avec certaines formes de management qualifiées d'autoritarisme. En effet, il peut arriver que certaines méthodes de management soient qualifiées de tellement brutales et inadéquates que leur auteur soit démis de ses fonctions sans pour autant que les actes commis soient constitutifs de harcèlement moral. Certes, ces méthodes peuvent déboucher sur des tensions entre personnes d'un même service à l'instar du harcèlement moral. Pour autant, ces actes sont animés, non par une intention de nuire à l'agent, mais par des considérations liées au bon fonctionnement du service public².

In fine, à défaut d'en apprendre davantage aux plus curieux sur la caractérisation du harcèlement moral, ce jugement a au moins le mérite d'éclairer les plus courageux sur les ambiguïtés de la fameuse notion.

Fonction publique territoriale – suspension – fonctionnaire – poursuites pénales – partie civile – annulation.

Tribunal administratif de La Réunion, 3 mars 2016, *M. D. c/ Commune de Saint André*, req. n° 1400071

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

C'est ici un point particulier du droit de la fonction publique qui intéresse le Tribunal administratif de La Réunion. Préalable à une procédure disciplinaire pour faute grave, et pouvant éventuellement être concomitante à la mise en

l'autorité hiérarchique, l'intérêt supérieur du service, quelle que soit la compétence individuelle. La loi du silence y est souvent constatée, peu importe que le harcèlement moral provienne d'un supérieur hiérarchique ou de collègues de travail.

¹ E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux du déroulement de carrière », *in* Répertoire de contentieux administratif, § n° 77, avril 2017.

² V. en ce sens, CAA de Marseille, 22 février 2015, *Boulangier*, req. n° 03MA1229 ; TA de Marseille, 21 octobre 2005, *Perru Poupon*, req. n° 020852 ; CAA de Douai, 26 avril 2005, *Hassam*, req. n° 02DA00284.

mouvement de l'action publique, la mesure de suspension de l'agent public fait montre de certaines particularités.

En l'espèce, le requérant, ingénieur principal de la fonction publique territoriale, a été suspendu de ses fonctions à titre conservatoire par une décision du maire de la commune de Saint André en date du 10 décembre 2012. Ladite suspension est justifiée par la collectivité par la lettre de dénonciation envoyée par un administré et imputant au requérant des faits de chantage, à la suite de laquelle le maire de la commune décide de déposer plainte près le procureur de la République.

Il ne transparaît pas du présent jugement, et ce à aucun moment, une quelconque saisine de la commission de discipline – pourtant obligatoire dès le prononcé de la décision de suspension¹, mais dont le non-respect ne rend pas la mesure illégale pour autant².

Néanmoins, il ressort que par un arrêté du 5 avril 2013 le maire de la commune décide, en l'absence de toute mise en œuvre de l'action publique par le procureur de la République, de reconduire cette suspension. Le Tribunal administratif, saisi quant à la contestation de la première mesure de suspension et de sa reconduction, estime alors - dans un précédent jugement devenu définitif³ - que si la suspension prononcée en 2012 était justifiée, l'arrêté du 5 avril 2013 devait quant à lui être annulé. Les magistrats motivent leur décision en retenant que ledit arrêté a été pris à la suite d'une première suspension de quatre mois. À ce titre, il ressort qu'en l'absence⁴ de prise de sanction disciplinaire ou de poursuites pénales de l'agent durant ce délai de quatre mois, ce dernier doit être – de plein droit – rétabli dans ses fonctions.

Par un nouvel arrêté, en date du 25 novembre 2013 et prenant effet au 13 novembre 2013, date à laquelle le maire de la commune de Saint André se

¹ Art. 30 de la loi du 13 juillet 1983.

² CAA Paris, 27 mai 1999, req. n° 97PA03167, *M. L. c/ministre de l'Intérieur*.

³ TA Réunion, 20 mars 2014, *M. Dalleau c/. Commune de Saint André*.

⁴ Loi n° 83-634, dite loi « Le Pors », du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

constitue partie civile¹ pour les mêmes faits, une mesure de suspension de l'agent est prise, toujours sur le fondement des faits de chantage.

Se fondant sur le même article 30 de la loi « Le Pors » que lors de son jugement précédent, le Tribunal administratif de La Réunion accueille les prétentions du requérant et annule l'arrêté litigieux du 25 novembre 2013.

Bien que non mentionné, le caractère rétroactif dudit acte administratif n'aura certainement échappé aux magistrats. Il conviendra d'apprécier que ces derniers aient également pu avancer ce moyen pour trancher le litige dans le sens de l'annulation².

Ce jugement, à la frontière du droit administratif et du droit pénal, fait de ce sujet transverse l'occasion idéale pour mettre en exergue la particularité de la procédure de suspension de l'agent public lorsque ce dernier fait l'objet de poursuites pénales.

Suspension du fonctionnaire. - Il est en premier lieu nécessaire de rappeler que la mesure de suspension n'est pas une sanction disciplinaire, mais une mesure conservatoire³, faisant grief à l'agent à qui elle est notifiée. Ainsi que l'exposait⁴ feu monsieur le professeur Chapus, « *une mesure non pas disciplinaire, mais d'urgence destinée, dans l'intérêt du service, à interdire à titre provisoire l'exercice de ses fonctions à un agent public auquel une faute grave est reprochée, de façon que sa présence ne risque pas de troubler le fonctionnement du service* ».

¹ Art. 85 Code de procédure pénale : « *Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42. Toutefois, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à la condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même les poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat [...]* ».

² CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »* : *Lebon* p. 289 ; CE, Sect. 25 mars 1983, *Conseil de la Région parisienne des experts comptables et comptables agréés* : *Lebon* p. 137 ; CE, Sect. 30 septembre 1988, *Ville de Nemours c/. Mme M.*, req. n° 85099 : *Lebon* p. 320.

³ CE, ass., 13 juillet 1966, *FEN, Synd. général de l'éducation nationale* : *Lebon* 1966, p. 497 ; *RDP*, 1966, p. 1152, concl. J. RIGAUD ; *RDP*, 1967, p. 152, note M. WALINE.

⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. II, 2001, n° 404.

Ce pouvoir de la collectivité, que l'on pourrait qualifier de « préventif », pourrait indéniablement être source d'un certain arbitraire, raison pour laquelle le législateur est venu encadrer son exercice en le soumettant à une faute grave ainsi qu'à un délai strict tel que vient nous le rappeler le présent jugement.

Faute grave. – L'article 30 de la loi « Le Pors » précise d'emblée que la suspension de l'agent peut être prononcée « [e] *n cas de faute grave* ». Le texte n'est cependant pas explicite puisqu'il ne détermine pas si la faute grave doit être avérée ou simplement supputée. Le Conseil d'État, saisi de cette interprétation quelque temps avant la loi de 1983 avait déjà explicité que les faits commis par l'agent et dont la gravité lui est reprochée « *doivent présenter un caractère de vraisemblance suffisant* »¹. Il s'en déduit nécessairement que les faits à l'origine de la suspension de l'agent doivent être suffisamment établis, que les présomptions doivent être suffisamment sérieuses², pour que l'administration décide de prononcer la suspension³.

L'intérêt de la mesure de suspension est ainsi « *d'éviter le scandale ou la gêne que peut causer la présence effective dans un emploi public d'un agent soupçonné de faute grave et de faciliter l'exercice de poursuites qui doivent être incessamment entreprises à son encontre* »⁴.

La faute grave peut ainsi résulter de la violation par l'agent des obligations qu'il tient de sa fonction à l'instar d'un manquement à son devoir de réserve⁵ ou son refus d'appliquer les instructions de son supérieur⁶. Elle peut de même être justifiée par la commission – ou du moins sa forte présomption – par

¹ CE, 2 mars 1979, req. n° 11336, *Commune d'Asnières-sur-Oise* ; CE, 11 juin 1997, req. n° 142167, *M. Benjamin X*.

² TA Melun, 04 novembre 2003, n° 002728-5, *M. B.* ; CAA Lyon, 4 novembre 2003, req. n° 00LY01194, *ministre de l'Intérieur c/Cerdan* ; CAA Lyon, 2 octobre 2001, req. no 97LY00165, *Commune de Billom* ; CAA Lyon, 19 juin 2001, req. n° 99LY02140, *ministre de l'Éducation nationale c/O* ; CE 26 juin 1987, req. n° 75569, *M. Max X*.

³ CE 5 mars 2008, req. no 312719, *M. Bruno A*.

⁴ V. concl. RIGAUD, sur CE Ass., 13 juillet 1966, *Fédération de l'Éducation nationale, Lebon 497* ; *AJDA*, 1967, p. 51.

⁵ CE 22 novembre 2004, req. n° 244515, *ministre de l'Éducation nationale c/M. A*.

⁶ CAA Paris, 12 février 2008, req. n° 06PA03202, *M. Thierry X*.

l'agent, d'une infraction pénale : actes de violence entre agents¹, mise en danger délibérée de la vie d'autrui²...

Ainsi, il serait légitime pour une collectivité de procéder à la suspension un agent si des faits de chantage lui étaient imputables et que les pièces rapportées présentaient une certaine vraisemblance. Toutefois, plusieurs difficultés se manifestent dans l'hypothèse d'une suspension de l'agent en raison de poursuites pénales... ou de leur absence comme tel est le cas en l'espèce.

Délai. – Dans la présente affaire, le Tribunal administratif de La Réunion renvoie à un précédent jugement faisant état de la validité de la suspension prononcée à l'encontre du requérant. Ainsi qu'il l'a été évoqué, la commune – en la personne du maire – a estimé qu'il existait des présomptions sérieuses quant à la commission du délit de chantage³ par son agent. Ces présomptions ont fait l'objet d'un dépôt de plainte par le maire, lequel n'a pas été suivi d'une mise en œuvre de l'action publique par le procureur de la République, rendant *de jure* illégale la reconduction de la suspension.

Cette illégalité est alors prononcée sur le fondement de l'article 30⁴ de la loi « Le Pors », précité, prévoit explicitement que la situation du fonctionnaire suspendu « *doit être définitivement réglée dans le délai de quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, aucune décision n'a été prise par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire, l'intéressé, sauf s'il est l'objet de poursuites pénales, est rétabli dans ses fonctions [...]* ».

Poursuites pénales. - Le raisonnement du juge administratif pourrait alors se comprendre eu égard à l'absence de déclenchement de l'action publique.

Néanmoins, le second et présent jugement doit connaître de la légalité d'une nouvelle suspension de l'agent, mais cette fois-ci en raison de la

¹ CAA Bordeaux, 7 avril 2009, req. n° 07BX01914, *Région Martinique* ; CE 9 déc. 1970, *Commune de Neuilly-Plaisance*, Lebon 738.

² CAA Lyon, 25 janvier 1999, req. n° 95LY02280, *Commune de Ramatuelle*.

³ Art. 312-10 c. pén. : « *Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

⁴ Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, art. 26- I-2°.

constitution avec partie civile de la mairie de Saint André. Les magistrats administratifs accueillent la demande d'annulation du requérant en ce que, bien que mettant en mouvement l'action publique, la constitution de partie civile ne saurait justifier une nouvelle suspension au sens de l'article 30 de la loi « Le Pors ».

Il convient alors de remarquer toute la subtilité du raisonnement livré par le juge administratif.

En effet, à l'inverse de la plainte simple, la plainte avec constitution de partie civile produit les mêmes effets qu'un réquisitoire du procureur de la République¹, et met en mouvement l'action publique par la saisine directe du juge d'instruction². Indéniablement, il ne saurait être contesté que le requérant fait l'objet – à la date de l'arrêté du 25 novembre litigieux – de poursuites pénales. Les juges d'appel de Bordeaux³ ont ainsi souverainement apprécié qu'une administration puisse à bon droit prolonger la suspension en raison d'une plainte avec constitution de partie civile.

Toutefois, l'interprétation stricte du texte visé par le présent jugement, ainsi que la nouvelle rédaction de ce paragraphe de l'article 30 tel qu'issu de la loi du 20 avril 2016, vise l'hypothèse d'une prolongation de la mesure de suspension en raison de poursuites pénales. Ainsi que le reprennent les magistrats de l'espèce, il est bien question d'une prolongation et non de nouvelles poursuites.

Dès lors, aux yeux du juge, il importe peu que les poursuites pénales soient effectives ou non, puisqu'elles ne visent pas à prolonger une mesure encore en cours d'exécution, mais uniquement à justifier un nouvel arrêté pris en considération des mêmes faits.

Si l'ancienne rédaction de l'article 30 pouvait être interprétée comme étant de nature à empêcher toute nouvelle suspension de l'agent poursuivi pénalement, il faut se féliciter du nouvel arsenal juridique mis à disposition de la

¹ Jurisprudence constante ; voir à ce titre notes sous art. 1^{er} Code de procédure pénale.

² Cass. Crim., 17 janvier 1983 : *Bull. Crim.* n°1 ; *JCP* 1984. II. 20 232, note JEANDIDIER ; Cass. Crim. 4 janvier 1990 : *Bull. Crim.* n°7.

³ CAA Bordeaux, 08 juillet 2008, req. n° 06BX00316, *M. José Manuel X.*

collectivité. La nouvelle rédaction dudit article offre en effet à l'administration de nouveaux moyens pour écarter l'agent « dans l'intérêt du service », tout en lui offrant une garantie satisfaisante de ses droits.

Protection fonctionnelle – refus – motif d'intérêt général – inaction

Tribunal administratif de La Réunion, 3 mars 2016, *M. V. c./ SDIS Réunion*, req. n°1301202.

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

Le pouvoir de direction de tout cadre dirigeant – évoluant dans le secteur public ou privé – se définit traditionnellement par un pouvoir de contrôle et de sanction. Néanmoins, l'art du management ne saurait se satisfaire d'une définition juridique, autant que la gestion des ressources humaines ne saurait se défaire de cette qualification d'« humaine ».

Qu'il soit salarié ou agent public, chaque travailleur est une pierre de l'édifice entrepreneurial, dont la taille et le polissage incombent aux seuls dirigeants.

Par le présent jugement, le Tribunal administratif de la Réunion a ainsi entendu rappeler à l'organe exécutif des Services D'Incendies et de Secours, la teneur et la portée de ses obligations.

Le requérant, exerçant en tant que directeur du SDIS Réunion, a été victime de diffamations par voie de presse¹, lesquelles insinuaient de graves manquements à son devoir de probité. La condamnation pénale de l'organe de presse est intervenue par un jugement du tribunal correctionnel de Saint Denis en date du 15 avril 2014, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 7 mai 2015.

Dès le début de cette affaire, l'agent s'estimant victime de diffamation sollicite de son administration la protection fonctionnelle pour la prise en charge de ses frais de justice. En l'absence de réponse, le requérant entame donc seul les procédures afin de faire cesser les atteintes. Parallèlement, la présidente de

¹ Éditorial du Journal de l'Ile de la Réunion, 21 novembre 2012.

l'organe exécutif du SDIS rejette alors sa demande au titre « d'un prétendu motif d'intérêt général » eu égard à « l'insuffisance des chances de succès de l'action en justice entreprise », ainsi qu'au fait que d'autres plaintes, dans d'autres mises en cause, ont été prises en charge au titre de cette protection, mais n'ont pas prospéré devant la justice pénale. À la suite de la condamnation en voie d'appel de l'organe de presse pour diffamation, la collectivité a accueilli la demande du requérant par lettre en date du 27 juillet 2015, soit plus de deux ans après les faits. Néanmoins, cette reconnaissance est restée lettre morte, car n'ayant reçu aucune effectivité par la suite.

Le requérant s'estime ainsi lésé et décide de porter l'affaire près la juridiction administrative afin de faire reconnaître le caractère fautif de l'inaction de l'administration dans la mise en œuvre de sa protection fonctionnelle. Cette demande est favorablement accueillie par la juridiction de céans, qui retient non seulement le caractère légitime de l'annulation de la décision implicite de rejet adressée à son encontre le 2 juillet 2013, mais également la condamnation du SDIS au remboursement de ses frais de justice et à des dommages et intérêts.

Les faits de la présente espèce permettent ainsi de revenir sur les caractères de la protection fonctionnelle. Cette dernière est-elle ainsi innée pour les agents publics ou répond-elle à des considérations de faits et de droit particulières ?

Le présent jugement emporte deux particularités dans le cadre général du contentieux de la protection fonctionnelle (I). En effet, bien qu'il ne permette aucunement de douter de l'illégalité du refus *a priori* du contentieux (II), il s'attarde également sur l'absence d'effectivité de cette reconnaissance *a posteriori* (III).

La protection fonctionnelle de l'agent public : un devoir de la collectivité

Ainsi qu'en fait état le tribunal de céans, l'article 11, alinéa 3, de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dispose que « *la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires¹ contre les*

¹ À noter que la protection fonctionnelle n'est plus réservée qu'aux seuls agents titulaires et contractuels (CE, Ass., 16 octobre 1970, *Époux Martin*, JCP 1971. II . 16 577 concl. BRAIBANT, et extension par la loi n° 96-1093 du 16 décembre

menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes, à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté ».

La particularité de cette protection est établie lorsqu'il s'agit de diffamation, condamnée par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Cette dernière la définit comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* ».

Comme le remarque monsieur Frédéric Colin¹, il n'appartient pas, en principe, ni à l'administration ni au juge administratif, de sanctionner directement une action diffamatoire. « *Mais celle-ci est susceptible de développer différents aspects spécifiques en droit de la fonction publique* ». En effet, il découle du texte même de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, que la collectivité est tenue non seulement² de protéger l'agent, mais également de lui assurer réparation de son préjudice.

Pour ce faire, deux conditions doivent ainsi être réunies : la qualité d'agent public – qui a été exposée *supra* et qui appréciée de manière assez large par le juge administratif – et le lien avec l'exercice d'une fonction publique.

Ce lien avec l'exercice – et donc pas nécessairement pendant l'exercice – est apprécié en considération du fait que l'agent soit « *visé en tant que tel en raison de sa qualité, de ses activités ou de son comportement [...]* »³. La Haute juridiction administrative retient de manière générale que « *les menaces ou attaques peuvent trouver leur cause tant dans les fonctions actuelles que dans*

1996), mais également aux collaborateurs occasionnels du service public (CE, 13 janvier 2017, *M. A.B.*, req. n° 386799, *Lebon* ; *AJDA*, 2017, p. 80 ; *ibid.* 1075 ; *AJFP*, 2017, p.174).

¹ F. COLIN, « La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2016, p.1219.

² CE 16 décembre 1977, *Vincent, Lebon* 507, *AJDA*, 1978, p. 577, concl. DENOIX DE SAINT MARC ; *RDP*, 1979, p. 914 ; CE Sect., 18 mars 1994, *M. Gérard Rimasson, Lebon* 147 ; *AJDA*, 1994, p. 408, chron. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET, p. 374 ; *D.* 1994. *IR.* 93 ; *Dr. adm.* 1994, n° 251 ; *JCP* 1994. *IV.* 1360 ; *LPA* 1994, no 75, p. 31 ; *RFDA* 1994. 634 ; *RDP*, 1995, p. 1387 ; CE 21 février 1996, *M. de Maillard, Lebon* 48 ; *Dr. adm.* 1996, n° 162, obs. D. PIVETEAU ; *JCP* 1996. *IV.* 1104 ; *RFDA*, 1996, p. 404.

³ G. BRAIBANT, conclusions sur CE, Ass., 16 octobre 1970, *Époux Martin, JCP* 1971. *II.* 16577.

les fonctions antérieures de l'agent »¹. Le lien avec les fonctions a ainsi été retenu pour des allégations et appréciations diffamatoires à l'égard du comportement d'un secrétaire général de préfecture dans l'exercice de ses fonctions².

En l'espèce, les conditions de qualité d'agent public du requérant – par son grade d'officier supérieur directeur du SDIS - et d'atteinte en lien avec les fonctions – par le manquement imputé à son devoir de probité – sont pleinement remplies. Restait à savoir si l'administration pouvait refuser d'accorder au requérant le bénéfice de la protection fonctionnelle par le biais d'un motif d'intérêt général.

L'illégalité du rejet de la demande de protection fonctionnelle

Il ressort de l'arrêt *Teitgen*, précité, que l'administration peut valablement refuser de faire droit à la demande de protection fonctionnelle d'un de ses agents pour des raisons d'intérêt général. Un tel motif a, par exemple, été retenu pour refuser ladite protection à un agent entretenant avec sa hiérarchie et ses collègues, des relations de travail gravement et durablement conflictuelles³.

Dans un arrêt plus récent, le Conseil d'État a rappelé⁴ qu'il ne saurait être dérogé à cette protection que dans un but d'intérêt général, et a précisé que « *si cette obligation peut avoir pour objet, non seulement de faire cesser les attaques auxquelles le fonctionnaire ou l'agent public est exposé, mais aussi de lui assurer une réparation adéquate des torts qu'il a subis, laquelle peut notamment consister à assister, le cas échéant, l'agent concerné dans les poursuites judiciaires qu'il entreprend pour se défendre, il appartient dans chaque cas à la collectivité publique d'apprécier, sous le contrôle du juge et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de la*

¹ CE, Ass., 14 févr. 1975, *Teitgen, Lebon* 111 ; *RDP*, 1975, p.1460 ; *D.* 1976, p.175, note LINDON ; *JCP*, 1976. II. 18 315, note Y. PITTARD et J. ROSSINYOL.

² *Ibid.* 6.

³ CE, 26 juillet 2011, *Mirmiran*, req. n° 336114, *JCP Adm.*, 2011, Actu. 565 ; voir également CE, 20 avril 2011, *Bertrand*, req. n° 332255, *AJDA*, 2011, p. 1441, note Ph. LAGRANGE ; *JCP Adm.* 2011. Actu. 324, obs. J.-G. SORBARA, et 2012, n° 2001, chron. D. SEBAN et M. HÉNON ; *RFDA*, 2011, p. 638.

⁴ CE, 31 mars 2010, *Ville de Paris*, req. n° 318710, *Lebon* 91, *AJDA*, 2010, p. 704 ; *JCP Adm.* 2010. Actu. 291 ; *RFDA*, 2010, p. 647 ; *RLCT* 2010, n° 59, p. obs. E. GLASER.

question posée au juge et du caractère éventuellement manifestement dépourvu de chances de succès des poursuites entreprises, les modalités appropriées à l'objectif poursuivi ».

Deux enseignements majeurs peuvent être tirés de ces arrêts.

Tout d'abord, l'obligation pour la collectivité de faire cesser les attaques auxquelles l'agent est exposé et de lui assurer la réparation de ses préjudices. À cet égard et dans notre espèce, il appartenait à la plus haute « instance »¹ du SDIS d'assurer cette protection par tous les moyens nécessaires et visant à faire cesser la diffamation publique par voie de presse.

Cependant, et dans un second temps, il convient de noter qu'il appartient à la collectivité d'apprécier les modalités appropriées à l'objectif poursuivi. Cette considération des mesures à prendre – c'est-à-dire de protection et/ou de réparation – doivent ainsi s'apprécier au regard des circonstances de l'espèce, « notamment de la question posée au juge et du caractère éventuellement manifestement dépourvu de chances de succès des poursuites entreprises ». Ce caractère n'est donc qu'un volant d'ajustement aux mains de la collectivité pour déterminer si elle doit procéder à la protection et/ou à la réparation du préjudice de l'agent public au titre de la protection fonctionnelle. Il n'est en aucun cas un motif d'intérêt général sur lequel la collectivité peut se fonder pour refuser à l'agent la protection qui lui est due.

Dès lors, la décision de rejet de la collectivité se fondant sur une telle appréciation doit être regardée comme dépourvue de tout motif d'intérêt général et être annulée². Ce que retient le Tribunal.

En outre, l'illégalité du rejet par la collectivité de la demande du requérant est d'autant moins contestable que cette dernière lui en octroie le bénéfice à la suite de la condamnation en appel de l'organe de presse. En s'abstenant néanmoins de toute mesure effective par la suite.

¹ CE, 18 octobre 1989, *Ville de Saint-Maur-des-Fossés c/M. Cagnon*, RFDA, 1991, p.136 ; CE 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim*, req. n° 308974, AJDA, 2010, p. 526, obs. M.-C. de MONTECLER ; JCP Adm., 2010. Actu. 262 ; Dr. adm., 2010, comm. 79 ; BJCL 2010. 208, concl. E. GEFFRAY ; RLCT, 2010, n° 59, p. 21, obs. E. GLASER.

² *Ibid.* 4 ; CE, 28 mai 2003, *Mme Marie-Françoise X.*, n° 245069.

La préjudiciable inaction de la collectivité

Il est surprenant de voir ces deux pans du contentieux de la protection fonctionnelle réunis en un même jugement tant ils sont opposés.

En effet, si l'absence d'un motif d'intérêt général est en soi condamnable, l'inaction de la collectivité ayant accordé le bénéfice de la protection à son agent l'est tout autant. Tout autant si ce n'est plus au regard du préjudice moral qui peut en résulter pour cet agent. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la gravité d'un tel préjudice à propos d'un tract mettant en cause la probité d'un universitaire¹.

À ce titre, le requérant demandait notamment à obtenir la prise en charge des frais afférents aux poursuites engagées, ainsi que l'octroi de dommages et intérêts pour la réparation du préjudice moral – conjointement à la réparation obtenue pour la diffamation elle-même².

Reconnaissant la faute du SDIS dans l'inaction de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle de son directeur, le Tribunal administratif de la Réunion a ainsi prononcé la prise en charge de ses frais de justice, déduction faite des frais afférents à l'article 475-1 du code de procédure pénale, antérieurs et actuels, un pourvoi en cassation étant encore en cours au moment des faits.

Pour reprendre les termes de monsieur Frédéric Colin, qui a su, habilement, mettre des mots sur les maux, « *la diffamation à l'encontre d'un agent [...], peut constituer un moyen efficace de discréditer l'agent en question, mais aussi, au-delà, l'administration à laquelle il appartient. La vigilance des différents employeurs publics doit donc être de mise en la matière, pour garantir une réponse cohérente et globale* »³.

S'en remettre au juge, pour de tels faits, en dit souvent suffisamment sur le management et la considération accordée par le manager à ses équipes.

¹ CE 14 décembre 2007, *Juan*, req. n° 307950, *Lebon* T. 873, *AJDA*, 2007, p. 2409, obs. M.-C. MONTECLER ; *AJFP*, 2008, p. 136, concl. C. LANDAIS, note R. FONTIER.

² « *Au cas de faute dans l'exercice de l'obligation de protection, l'indemnité allouée tend à la réparation globale de la totalité des préjudices subis* » : CE, 02 avril 1971, *Commune de Condé-sur-Escaut*, *Lebon* 275 ; *AJDA*, 1971, p. 425 ; *RDP*, 1971, p. 1351.

³ F. COLIN, « La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2016, p. 1219.

Fonction publique territoriale – révocation – annulation – procédure disciplinaire – délai – proportionnalité - réparation

Tribunal administratif de Mayotte, 28 novembre 2016, *M. H. c/Conseil Départemental de Mayotte*, req. n° 1500697

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

« *Il faut toujours protester contre l'injustice et la bêtise, gueuler, écumer et écraser quand on le peut* »¹. Voilà exactement ce qu'il convient de faire à la lecture du présent jugement.

Par un arrêté en date du 13 octobre 2014, le président de ladite collectivité notifie, à un fonctionnaire de son administration, une mesure de suspension. Par un autre arrêté en date du 27 novembre 2015, pris en considération du premier, il est alors notifié au même agent titulaire la volonté de lui infliger la sanction de la révocation² à compter du 1^{er} janvier 2016, ce que ce dernier entend contester devant la juridiction de céans.

Procédure disciplinaire et délai raisonnable. - De prime abord, une suspension de plus d'un an menant à une révocation laisse croire à une faute d'une gravité sans nom, quoique l'on puisse légitimement s'interroger sur le délai écoulé entre la mesure et la sanction³. Ce délai, qui serait considéré en droit privé comme manifestement disproportionné et suffisant, *a minima*, à obtenir la requalification du licenciement⁴, n'est toutefois pas enfermé en droit public où l'imprescriptibilité est le principe⁵.

¹ Gustave FLAUBERT ; Lettre à George Sand, le 5 septembre 1873.

² Cessation définitive des fonctions d'un fonctionnaire : CE, 9 octobre 1992, req. n° 96359, *Ville de Marseille*.

³ Rappelons à ce titre qu'à l'instar de la mise à pied conservatoire en droit du travail, la suspension de l'agent public ne constitue pas une sanction et doit être justifiée par la faute grave reprochée à l'agent : CE, ass., 13 juillet 1966, *FEN, Synd. général de l'éducation nationale* : *Lebon* 1966, p. 497 ; *RDP*, 1966, p. 1152, concl. J. RIGAUD ; *RDP*, 1967, p. 152, note M. WALINE ; Cass. Soc. 08 novembre 1978 : *Bull. Civ.* V, n° 745 ; *D.* 1979. *IR* 230, obs. PÉLISSIER ; Cass. Soc. 26 novembre 1987, n° 85-40.637 : *Dr. Soc.* 1989, p. 287, note RAY.

⁴ Cass. Soc. 30 octobre 2013 : *Daloz Actualité*, 27 novembre 2013, obs. FRAISSE ; *RDT*, 2014, p. 47, obs. VARIN ; Cass. Soc. 18 février 1998, n° 96-40.219.

⁵ CE, 31 mai 1989, req. n° 70096, *Tronchet* : *JurisData* n° 1989-043203 ; *Dr. adm.* 1989, comm. 399 ; CE, 14 juin 1991, req. n° 86294, *Aliquot* : *JurisData* n° 1991-045246 ; *AJDA*, 1991, p. 575, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ.

Plus globalement concernant ce délai, il convient également de remarquer que la faute imputable à l'agent, objet de la présente procédure disciplinaire, découle de sa condamnation pénale en 2010 pour un usage illicite de cannabis l'année antérieure. Eu égard au principe d'imprescriptibilité de l'action disciplinaire susvisée – qui froisserait n'importe quel lecteur travailliste – le moyen tiré de la longueur du délai écoulé ne saurait être utilement invoqué¹.

Néanmoins, force est de constater que le juge administratif fait montre depuis un certain temps d'une souplesse dans l'appréciation de ce délai. La Cour administrative d'appel de Marseille² a ainsi retenu que « *si aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire, ni même ne fait obligation à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire d'engager une telle procédure, il appartient cependant à cette autorité, sauf à méconnaître un principe général du droit disciplinaire de respecter un délai raisonnable entre le moment où elle a connaissance des faits commis par son agent, susceptibles de donner lieu à sanction disciplinaire, et le moment où elle décide de lui infliger une telle sanction ; [...]* ».

En retenant l'ancienneté des faits invoqués à l'appui de la sanction, il ne fait aucun doute que les juges du Tribunal administratif de Mayotte renvoient directement – quoiqu'implicitement - à ce caractère raisonnable et à la jurisprudence de la CAA de Marseille susvisée.

Proportionnalité de la sanction. - Au-delà de la question du délai, se pose naturellement la problématique de la proportionnalité de la sanction. En effet, dans la présente espèce, les magistrats administratifs ne manquent pas de soulever d'emblée le caractère disproportionné de cette dernière et de prononcer l'annulation de la décision administrative « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens invoqués* ».

Cette promptitude à soulever la disproportion doit être à notre sens déduite de la nature du contrôle opéré par le juge à cette fin. Si celui-ci jouit d'un pouvoir normal pour contrôler l'existence et la qualification de la faute

¹ CE, 7 févr. 2001, req. n° 210574, *Thomas* : *JurisData* n° 2001-062028 ; *Lebon* 2001, tables, p. 838.

² CAA Marseille, 13 décembre 2011, req. n° 09MA03062, P. : *JurisData* n° 2011-030808 ; *JCP A* 2012, *act.* 166 ; *AJDA*, 2012, p. 837, note G. PEISER.

disciplinaire¹, il se limite toutefois à l'erreur manifeste d'appréciation quant au degré de la sanction². A notamment été considérée comme erreur manifeste d'appréciation l'exclusion prononcée pour une durée de 6 mois en raison de l'ignorance d'instructions procédant de l'autorité territoriale, la prise de congés sans autorisation, ainsi que l'utilisation d'un véhicule de l'Administration à des fins personnelles³. De même quant à la rétrogradation d'un agent ayant manqué de respect à la personne du maire en le qualifiant de « Roi Soleil »⁴. Au regard des affaires susvisées, la gravité de la faute du requérant dans notre espèce serait-elle caractérisée ? Rien n'est moins sûr.

Il convient cependant de souligner ici que la faute invoquée par l'administration à l'appui de la sanction de l'agent résulte, ni plus ni moins, d'une condamnation pénale. Sans revenir sur l'invocation « tardive » de ladite condamnation par la collectivité à l'appui de la sanction, n'y aurait-il pas lieu de considérer que l'administration soit tenue par la portée du jugement répressif ? Il en est ainsi notamment lorsque l'agent a été sanctionné *a priori* d'une condamnation – ou d'une relaxe – au pénal, la collectivité devant en tirer par la suite toutes les conséquences de droit⁵. La Haute Juridiction administrative retient qu'il en est de même lorsque la sanction administrative est prononcée *a posteriori* du jugement pénal⁶, non seulement pour apprécier l'existence de la faute disciplinaire, mais également sa gravité.

Ce sont donc sur ces considérations que le juge administratif de Mayotte retient qu'eu égard à l'infraction pénale – matériellement établie et reconnue quoique soutienne le requérant – et à la « faible » condamnation prononcée par

¹ CAA Nancy, 20 octobre 2005, req. n° 04NC00473, *Commune de Maizières-lès-Metz*.

² CE, 9 juin 1978, *Lebon* : *Lebon* 1978, p. 245, concl. B. GENEVOIS.

³ CAA Marseille, 18 janvier 2011, req. n° 10MA03422, *SIVOM Littoral des Maures c/D*.

⁴ CE, 26 novembre 2010, req. n° 315468, *Mireille A.* : *JurisData* n° 2010-022740 ; voir également : CAA Lyon, 28 décembre 2001, req. n° 98LY01259, *Commune d'Aix-les-Bains* : *JurisData* n° 2001-175720 ; CAA Bordeaux, 13 octobre 1997, req. n° 96BX01701, *Commune de Reignac-de-Blaye* : *JurisData* n° 1997-049964 ; CE, 30 avril 1997, req. n° 146658, *C* : *JurisData* n° 1997-050267 ; *Dr. adm.* 1997, comm. 249.

⁵ CE, 21 septembre 2011, req. n° 349222, *Ministre de la Défense et Anciens combattants* : *JurisData* n° 2011-019452 ; *JCP A* 2011, act. 636.

⁶ CE, 27 juillet 2009, req. n° 313588, *Ministre de l'Éducation nationale c/Boulonnois* : *JurisData* n° 2009-006551.

le juge répressif, le prononcé d'une révocation – sanction la plus importante du droit de la fonction publique – est une erreur manifeste d'appréciation.

Droits de la défense. - Il est étonnant toutefois de constater que le présent jugement n'a été rendu qu'à la seule analyse d'un moyen de fond, alors même que le requérant invoquait le non-respect par la collectivité de la procédure disciplinaire, et, partant, de la violation des droits de la défense.

Bien que titulaire de l'opportunité des poursuites, l'autorité investie du pouvoir de nomination doit respecter une procédure disciplinaire stricte sous peine de nullité de celle-ci. Ainsi convient-il de saisir le conseil de discipline, seule autorité investie du pouvoir disciplinaire, par un rapport d'enquête précisant les faits reprochés à l'agent ainsi que leurs circonstances¹.

Élément substantiel par nature, la communication du dossier de l'agent est l'essence même du respect des droits de la défense² et ne saurait souffrir aucune exception sans vicier la procédure et encourir l'annulation³.

Ce droit à communication est d'ailleurs reconnu même en dehors de toute procédure disciplinaire. En ce sens, l'article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose en son troisième alinéa que « *tout fonctionnaire a accès à son dossier individuel dans les conditions définies par la loi* ». La Commission d'Accès aux Documents Administratifs⁴ expose de manière claire et constante que « *chaque dossier administratif d'un agent, quels que soient les documents qui le composent, lui est communicable de plein droit* ». La Cour administrative d'appel de Paris⁵ rappelle également que « *le dossier du fonctionnaire doit comporter toutes les pièces intéressant la situation administrative de l'intéressé, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité* ».

¹ CAA Marseille, 20 avril 2010, req. n° 08MA01299, *OPDHLM Mistral Habitat* ; voir également S. BOLLE « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique », *RFDA*, 2001, p. 421.

² Article 4 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989.

³ CE, 21 juin 1996, req. n° 140775, *Commune de Buchères* : *JurisData* n° 1996-050957 ; *Lebon* 1996, p. 235.

⁴ CADA, avis, n° 2008064, n° 20080189, n° 20080615.

⁵ CAA Paris, 2 avril 2014, req. n° 11PA05306 ; CE, 2 avril 2015, req. n° 370242 : *AJFP*, 2016, p. 42 ; voir en matière contentieuse : CE, 14 février 1992, req. n° 91324, *Commune de La Garde* : *JurisData* n° 1992-041339 ; CAA Paris, 31 mars 1998, n° 96PA03491, *Synd. CGT communaux Poissy* : *JurisData* n° 1998-042162.

Pareillement, il est curieux de ne pas trouver de développement quant à l'exigence de motivation de la décision administrative¹.

Bien qu'il ne soit pas question d'en déduire une quelconque hiérarchisation des griefs, il nous paraît troublant de s'interroger et de rendre une décision de justice fondée uniquement sur la disproportion d'une sanction, tout en passant sous silence la violation de droits constitutionnellement reconnus et garantis – à l'instar du respect des droits de la défense² dans la présente espèce.

Toutefois, cette distinction pourrait se comprendre au regard des conséquences, pour l'agent, découlant de l'annulation de l'acte administratif attaqué.

Réparation et réintégration. – Le dispositif du présent jugement est lui aussi surprenant – décidément - en ce qu'il ne prévoit que l'annulation de l'arrêté portant radiation, à compter du 1^{er} janvier 2016.

Le fait que la réintégration de l'agent ne soit pas expressément prévue n'emporte que peu de conséquences. En effet, il est acquis en jurisprudence que « *lorsque la sanction disciplinaire est annulée, la collectivité doit en effacer les conséquences et procéder à la réintégration de l'agent et à une reconstitution de carrière* »³. Celles-ci sont donc de droit et ne sauraient souffrir aucune contestation.

Néanmoins, il n'est à aucun moment question de la réparation du préjudice subi par l'agent, du fait de l'illégalité de la sanction prononcée, ainsi que de sa suspension de plus d'un an – qui bien que n'ayant pas le caractère

¹ Loi n° 79-587, 11 juillet 1979 modifiée, relative à la motivation des actes administratifs, codifiée aux articles L211-1 et s. du Code des relations entre le public et l'administration ; CE, 28 mai 1965, req. n° 58411, *Riffault : Lebon* 1965, p. 315 ; *Rev. adm.* 1965, p. 590, concl. N. QUESTIAUX ; CAA Nancy, 19 octobre 2006, req. n° 05NC01074, *Commune de Mont-Saint-Martin*.

² Cons. Const. Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006 : *Rec.* 50 ; *LPA* 5 avril 2006, note SCHOETTL ; *AJ* 2006. 1961, note GESLOT ; *LPA* 13 avril 2006, note MATHIEU ; *RDP*, 2006, p.769, note CAMBY.

³ CE, 17 mars 1961, *Ducout c/Commune de Mont-Dore : Lebon* 1961, p. 189. – O. SIMON, « Les obligations de l'autorité administrative après annulation de l'éviction de l'agent public », *AJFP* 1999, n° 3, p. 7. ; E. DELACOUR, « Les conséquences de l'annulation par le juge administratif d'une mesure d'éviction d'un fonctionnaire », *Gaz. cnes* 17 juillet 2002, p. 58.

d'une sanction disciplinaire¹, devrait, en raison de son caractère accessoire, *a minima* ouvrir droit à réparation. La responsabilité de l'administration est inéluctablement engagée en raison de la faute² tirée de l'illégalité de la sanction infligée à son agent³.

Il convient de souligner que pour déterminer le montant de la réparation à accorder à l'agent du fait de sa révocation illégale, le juge administratif tient compte de ce que l'annulation soit prononcée sur le fond ou sur un simple vice de procédure⁴. Le Conseil d'État expose toutefois que « *si l'intervention d'une décision illégale peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État, elle ne saurait donner lieu à réparation, si, dans le cadre d'une procédure régulière, la même décision aurait pu légalement être prise* »⁵.

En dépit de cette « aspiration » à réparation du préjudice subi par le fonctionnaire, celle-ci n'est pas pour autant due de droit. Il appartient en effet au salarié victime d'établir un lien de causalité direct entre le dommage subi et la faute de l'administration⁶. Chose qui, visiblement, n'a pas été fournie par le requérant dans la présente espèce... au même titre, plausiblement, qu'une demande préalable⁷ d'indemnisation à la collectivité.

Mise à la retraite d'office. - Absence de proposition de reclassement

Tribunal administratif de La Réunion, 17 mars 2016, *Mme V.*, n° 1100202

¹ *Ibid.* 3.

² CE, Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt* : *Lebon* 1973, p. 77.

³ CAA Bordeaux, 19 octobre 1995, *Commune du Mans* : *AJDA*, 1996, p. 193.

⁴ CE, 18 juin 1986, req. n° 49813, *Krier* : *JurisData* n° 1986-042140 ; *Lebon* 1986, p. 166 ; CE, 7 février 1990, req. n° 88668, *Commune de Beaucaire* ; CAA Nantes, 26 avril 2002, req. n° 99NT02915, *Michèle X.*

⁵ CE, 7 juin 2010, req. n° 312909, *B.* : *JurisData* n° 2010-008798.

⁶ CE, 9 février 2011, req. n° 332627, *D.* : *JurisData* n° 2011-332627 ; *JCP A* 2011, 2198, note J. MOREAU.

⁷ Art. R 421-1 CJA.

Si un fonctionnaire est victime d'un accident en dehors du cadre de son service, l'empêchant de poursuivre sa fonction professionnelle, il doit, dans la mesure du possible, et à sa demande, se voir proposer un reclassement par l'administration avant que puisse être envisagée une autre mesure telle que la mise à la retraite d'office.

Le 11 mai 2006, une fonctionnaire du Trésor est victime d'un grave accident de la circulation, l'empêchant de poursuivre son activité professionnelle. Elle a été placée en congé de maladie ordinaire jusqu'au 10 mai 2007 puis en disponibilité d'office, une fois ses droits à congé épuisés. Le comité médical départemental a, le 6 mai 2010, retenu son « *inaptitude totale et définitive aux fonctions exercées, sans possibilité de reclassement* ». En outre, la commission de réforme a émis un avis favorable à la mise en retraite d'office pour invalidité non imputable au service alors même que l'intéressée a demandé à reprendre le travail à compter du 23 août 2010. Le directeur général des finances publiques a décidé, par un arrêté du 31 décembre 2010, de la mise à la retraite d'office de la requérante à compter du 11 mai 2010.

Selon un rapport d'expertise produit le 14 août 2014 à la demande du tribunal, les graves séquelles de la plaignante ont évolué très favorablement depuis 2006, au point d'être aujourd'hui quasi inexistantes, le déficit de ses capacités physiologiques n'étant déjà plus en 2010 que de 15 %, compte tenu de l'amélioration constante de son état de santé depuis son accident. La requérante souffrait également de troubles dépressifs en 2010 qui avaient donné lieu à l'application d'un taux d'invalidité de 10 % lors de l'expertise psychiatrique mise en œuvre dans le cadre de la procédure de mise à la retraite pour invalidité. Or, le rapport d'expertise de 2014, s'il évoque un « *trouble de personnalité de type sensitif* », note l'absence de « *stress post-traumatique caractérisé au sens psychiatrique* » et d'un « *registre de personnalité paranoïaque constituée* ». En outre, le jour de l'expertise, l'intéressée ne présentait « *aucun trouble dépressif ni anxieux* ». Il ne résulte pas des éléments du rapport d'expertise présenté le 14 août 2014 que la dépression dont la requérante souffrait en 2010 représente un taux supérieur à 10 % ni que l'invalidité puisse être considérée comme définitive, notamment au vu de l'évolution favorable de la pathologie. Le tribunal relève que si l'éventualité d'une récurrence dépressive n'est pas exclue par le rapport d'expertise, elle concerne l'hypothèse d'un reclassement dans son ancien service.

Le tribunal conclut que c'est à tort que le directeur général des finances publiques a décidé par arrêté du 31 décembre 2010, de la mise à la retraite

d'office de la requérante pour invalidité permanente et définitive. Il annule l'acte et enjoint à l'autorité administrative de procéder à la réintégration de la requérante.

La décision du directeur général des finances publiques n'était guère surprenante. En effet, il s'en est remis, en 2010, à l'avis du comité médical départemental et à celui de la commission de réforme, deux organismes qui n'ont officiellement aucun pouvoir décisionnel, mais dont l'avis est, en pratique, très souvent suivi. Bien que l'administration, comme c'est toujours le cas en matière d'avis simple, ne puisse se sentir en situation de compétence liée lorsqu'elle prend sa décision, sous peine d'annulation de celle-ci, elle s'en remet souvent au sens de l'avis. Le caractère laconique des avis rendus, et la composition de ces organismes, notamment la commission de réforme, n'incitent pas les autorités compétentes à s'en écarter, guidées par la volonté de « *garantir la légalité de leurs décisions et de se prémunir de tout risque en termes de responsabilité, et ce, alors même que les enjeux, notamment financiers, ne sont pas moindres pour la collectivité comme pour l'agent* »¹.

Toutefois, en l'espèce, c'est le caractère potentiellement évolutif de la pathologie de la requérante, face à celui, nécessairement définitif, de la décision de mise à la retraite d'office qui pose question. Les règles en la matière imposent un certain nombre de garde-fous afin de préserver le fonctionnaire de l'arbitraire. Si l'article L. 29 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que « *le fonctionnaire civil qui se trouve dans l'incapacité permanente de continuer ses fonctions en raison d'une invalidité ne résultant pas du service et qui n'a pu être reclassé dans un autre corps en application de l'article 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée peut être radié des cadres par anticipation soit sur sa demande, soit d'office (...)* », les dispositions combinées de l'article 63 de la loi du 11 janvier 1984, et les articles 1^{er} et 2 du décret du 30 novembre 1984 établissent les règles relatives à la procédure de reclassement. Il en résulte, selon le tribunal administratif, reprenant une formule désormais classique en la matière que « *lorsqu'un fonctionnaire est reconnu, par suite de l'altération de son état physique, inapte à l'exercice de ses fonctions, il incombe à l'administration de rechercher si le poste occupé par ce fonctionnaire ne peut être adapté à son état physique ou à défaut, de lui proposer une affectation dans un autre emploi de son grade compatible avec son état de santé ; que si le poste*

¹ N. KACZMARCZYK, « L'avis de la commission de réforme : quelle latitude pour la collectivité ? », *AJCT*, 2015, p. 523.

ne peut être adapté ou si l'agent ne peut être affecté dans un autre emploi de son grade, il incombe à l'administration de l'inviter à présenter une demande de reclassement dans un emploi d'un autre corps ; que ces dispositions, en subordonnant le reclassement à la présentation d'une demande par l'intéressé, ont pour objet d'interdire à l'employeur d'imposer un reclassement, qui ne correspondrait pas à la demande formulée par le salarié, mais ne le dispensent pas de l'obligation de chercher à reclasser celui-ci». Ces dispositions sont particulièrement protectrices dans la mesure où la mise à la retraite d'office ne peut intervenir sans que des solutions de reclassement aient été proposées - et non imposées - au fonctionnaire, qui doit tout de même en faire la demande.

Cette solution textuelle avait été retenue de longue date par la Haute juridiction administrative qui a considéré, dès 1965, que l'administration a l'obligation de chercher à reclasser un fonctionnaire reconnu comme inapte à poursuivre l'exercice de sa fonction avant de prendre une mesure de disponibilité d'office ou de retraite pour invalidité¹. Par la suite, le Conseil d'État a érigé en principe général du droit d'obligation de l'employeur de chercher à reclasser un salarié définitivement inapte à occuper son emploi², bien que ce principe, plus général, ne constitue pas une garantie supplémentaire par rapport aux solutions déjà admises par les textes et la jurisprudence concernant les fonctionnaires des trois corps.

En l'espèce, il est patent que le directeur général des finances publiques a pris une décision en se fondant uniquement sur les avis rendus par la commission de réforme et le comité médical départemental, sans chercher une solution de reclassement, alors que l'intéressée avait demandé à reprendre le travail dès le 23 août 2010 et que son état s'était déjà sensiblement amélioré depuis l'accident de la circulation dont elle avait été victime en 2006 et poursuivait son évolution dans un sens favorable. L'annulation était donc logique, induisant la réintégration de la requérante.

Le juge administratif se trouve, dans ce type de cas, en position de combattre la tentation du non-reclassement qui étreint parfois l'administration, permettant à travers la mise à la retraite d'office, de recruter un agent en pleine

¹ CE, 17 février 1965, *Ministre de l'Intérieur c/Faucet*, req. n° 61666, Leb. p. 115. Voir également TA Châlons-sur-Marne, 7 juin 1994, *Renve*, req. n° 93-1541.

² CE, 5^e et 7^e sous-sect., 2 octobre 2002, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Meurthe-et-Moselle*, req. n° 227868.

santé et de laisser au contribuable le soin de payer la pension pour un agent mis au rencard¹.

Lanceur d’alerte - fonctionnaire -accident de service

Tribunal administratif de La Réunion, 5 décembre 2016, *Mme Cl. c/CHU de La Réunion*, req. n° 1400727, 1 500 633, 1 600 473

Fleur Dargent, Docteur en droit public, Aix-Marseille Université, ATER à l’Université de La Réunion

Lorsqu’un fonctionnaire alerte son employeur sur les dysfonctionnements affectant son service, il doit bénéficier d’une protection contre d’éventuelles mesures discriminatoires.

En l’espèce, la requérante exerçait les fonctions de dosimétriste² au service de radiothérapie-curiethérapie du pôle cancérologie du groupe hospitalier sud Réunion. Constatant de graves dysfonctionnements de nature à affecter gravement la sécurité des patients dans son service, elle a, depuis l’année 2010, alerté oralement son employeur, puis par écrit les 19 décembre 2012 et 25 février 2013, en relatant ces dysfonctionnements dans le détail.

Toutefois, le 2 décembre 2013, elle a subi un choc traumatique, constaté par son médecin traitant, lorsqu’elle a été informée de sa mutation d’office dans un autre service. Le 29 janvier et 21 mai 2014, le directeur général du CHU l’a placée en congé de maladie ordinaire à demi-traitement à compter du 1^{er} décembre 2013, refusant, par une décision du 20 octobre 2015, de reconnaître l’imputabilité au service de l’accident du 2 décembre 2013 et de ses suites.

La requérante demande au tribunal d’annuler les décisions du 29 janvier 2014, du 21 mai 2014 et du 20 octobre 2015 et de condamner l’hôpital à lui verser une indemnité de 350 452 euros pour le préjudice subi du fait de l’illégalité des décisions et en conséquence des fautes commises par

¹ R. FONTIER, « Droit et pratique du reclassement pour maladie ou handicap », *AJFP*, 2008, p. 246.

² Le métier de dosimétriste consiste à « préparer et planifier les traitements par radiations ionisantes en lien avec le physicien médical et le médecin prescripteur, mettre en œuvre les outils permettant le calcul des doses reçues par le patient et de protéger les tissus sains. Source : <http://infos.emploipublic.fr/a-la-une/voulez-vous-devenir-dosimetriste/>.

l'établissement en refusant de lui accorder la protection statutaire qui lui est due, notamment en sa qualité de lanceur d'alerte.

Le tribunal, citant l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 qui a trait notamment à l'indemnisation du fonctionnaire victime d'un accident de service, reprend la formule classique en la matière : « *Considérant qu'un accident survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par un fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal présente, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant cet avènement, le caractère d'un accident de service* ».

Si l'accident s'est bien produit sur le lieu et dans le temps du service, hypothèse qui pose le moins de difficulté pour reconnaître la qualification d'accident de service, reste à déterminer s'il est bien imputable à l'administration. En l'espèce, il est survenu lorsque la requérante a été informée de sa mutation, le médecin chargé d'émettre un avis médical sur la brutale dégradation de son état de santé a estimé le 9 octobre 2014 qu'elle avait présenté une réaction émotionnelle adaptative en lien avec un évènement administratif dans un contexte de conflit ancien, tandis que la commission de réforme, chargée de l'examen de l'affaire le 24 septembre 2015, n'a pu dégager de majorité pour ou contre la reconnaissance de l'imputabilité au service. Enfin, l'examen du dossier ne révèle pas de circonstances particulières ni de fautes personnelles de l'agent susceptibles de détacher cet accident du service. C'est donc à tort que la requérante a été placée en congé de maladie ordinaire à demi-traitement, le CHU devra donc la placer à compter du 2 décembre 2013 en situation de congé maladie à plein traitement inhérent au régime des accidents de service et donc, lui verser des rappels de traitement.

L'imputabilité au service d'un accident tel qu'il est survenu en l'espèce n'est pas, en soi, originale, dans la mesure où a pu être regardée comme non détachable du service la crise d'angoisse d'un fonctionnaire, survenue sur son lieu de travail, dans un contexte de relations conflictuelles avec sa hiérarchie¹. En revanche, lorsqu'aucun lien ne peut être établi entre l'accident et le service,

¹ TA Paris, 22 mai 2014, req. n° 1015847, confirmé par CAA Paris, 31 décembre 2015, *Société Orange*, req. n° 14PA03160.

le Conseil d'État a pu se montrer plus sévère, notamment dans le cas d'un malaise cardiaque survenu pourtant sur le temps et le lieu de travail¹.

Le tribunal administratif se penche ensuite sur la demande indemnitaire de la requérante. Celle-ci a alerté, depuis 2010, de manière régulière ses supérieurs hiérarchiques des dysfonctionnements majeurs affectant son service et de nature à porter gravement atteinte à la sécurité des patients. Sans réponse à des lettres adressées les 19 décembre 2012 et 25 février 2013, elle a informé l'agence régionale de santé Océan indien le 29 mars 2013, celle-ci décidant de mener des investigations supplémentaires les 23 et 24 avril 2013, mettant en évidence des insuffisances en termes d'organisation et de fonctionnement. Ces insuffisances ont conduit l'agence à suspendre, dès le 27 mai, l'ensemble des activités de radiothérapie externe, de curiethérapie et de scanographie de l'établissement pendant plusieurs mois, jusqu'à ce qu'elles aient cessé.

Or, la requérante a subi, postérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 1351-1 du code de la santé publique (relatives aux lanceurs d'alerte), des mesures discriminatoires, prenant la forme notamment de mentions négatives au titre de son évaluation professionnelle de l'année 2013 alors que jusque-là, elle n'avait reçu que des mentions élogieuses. En outre, elle a été invitée à rejoindre sa nouvelle affectation dès le 3 décembre 2013, lors de son retour d'un arrêt de travail, sans avoir été mise à même de discuter du bien-fondé de la mesure d'évincement de ses fonctions de dosimétriste, cette mesure n'étant pas justifiée par l'intérêt du service. Enfin, ayant été victime d'un accident le 3 décembre, la requérante a été confrontée au refus répété de son employeur de lui accorder le bénéfice du régime d'accidents de service, en méconnaissance de la protection dont elle aurait dû bénéficier en tant que lanceur d'alerte.

Si les faits de harcèlement moral et de méconnaissance du droit de retrait invoqués ne sont pas assez caractérisés en l'espèce, la faute commise par le CHU en méconnaissance de l'article L. 1351-1 du code de la santé publique est, par elle-même, de nature à engager la responsabilité de l'établissement.

La requérante bénéficiera donc de rappels de traitement. En revanche, il n'est pas établi qu'elle ait subi un préjudice de carrière ni que puisse être imputé

¹ CE, 30 décembre 2002, *Olivier*, req. n° 220909.

au CHU un préjudice matériel du fait de la reconversion professionnelle qu'elle a estimé devoir entreprendre.

Le préjudice moral est reconnu, dans la mesure où la requérante a subi des mesures discriminatoires portant atteinte aux droits qu'elle tient de sa qualité de lanceur d'alerte et où le CHU a nié son droit à bénéficier du régime des accidents de service. Une somme de 20 000 euros lui sera donc allouée par le CHU.

Le statut de lanceur d'alerte, reconnu à la requérante dans cette affaire, a connu plusieurs évolutions ces dernières années. Si le droit français semble s'être montré, pendant longtemps, réticent à accorder une protection aux individus dénonçant des faits ou des agissements illicites, il se caractérisait, en outre, par une fragmentation ayant pour résultat une grande complexité quant à l'identification des textes applicables et de la protection accordée. La requérante étant employée dans la fonction publique hospitalière, c'est l'article L. 1351-1 du code de la santé publique, résultant de la loi du 16 avril 2013 qui avait vocation à lui accorder une protection contre toute mesure discriminatoire prise à son encontre en conséquence de la dénonciation des dysfonctionnements qu'elle avait constatés dans son service. Aux termes de cet article, « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives* ». En sus d'un éclatement des dispositions relatives aux lanceurs d'alerte selon le corps concerné, la matière pâtissait d'une absence de définition claire de la notion de lanceur d'alerte. Selon l'association Transparency internationale, il s'agit du « *geste d'un individu, témoin d'un acte illégal, illicite ou dangereux pour autrui, touchant à l'intérêt général, et qui décide d'alerter les instances ayant le pouvoir d'y mettre fin* »¹. C'est finalement la toute récente

¹ Définition de l'association Transparency international France. Voir L. BENAICHE, « le droit de l'alerte en France », *les tribunes de la santé* 2014/4, (n° 45), p. 79-98, spéc. p. 79. Le Conseil de l'Europe le définit comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé ».

loi du 9 décembre 2016, dite Sapin II¹ qui est venue, en abrogeant l'article précité du code de la santé publique², définir clairement le lanceur d'alerte comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* »³. Le sujet demeurant sensible, gageons que le contentieux des lanceurs d'alerte connaîtra un avenir fructueux.

Droit des collectivités territoriales – droit de la fonction publique – protection fonctionnelle du maire – responsabilité pénale du maire – faute personnelle

Tribunal administratif de la Réunion, 31 mars 2016, *M. R. c/Commune de Petite-Île*, req. n° 1500445

Romuald Sevagamy, Doctorant en droit public à l'Université de Montpellier

Mis en lumière dans un rapport officiel de 1999⁴, le phénomène de la pénalisation de la vie publique n'a cessé de croître au cours de ces trois dernières décennies. Or, à la différence des fonctionnaires⁵, aucun texte ne reconnaissait aux élus locaux le bénéfice de la protection fonctionnelle. Bien que le juge administratif comblât en partie cette lacune par la reconnaissance d'un

¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

² Article 15 de la loi du 9 décembre 2016 préc.

³ Article 6 de la loi du 9 décembre 2016 préc.

⁴ J. MASSOT, (dir.) *La responsabilité pénale des décideurs publics : rapport au Garde des Sceaux*, 16 déc. 1999, Doc. fr., coll. « Rapports officiels ». Pour des statistiques récentes sur les condamnations des élus locaux, voir Observatoire SMACL, *Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, Rapport annuel 2015.

⁵ Conformément à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

principe général du droit¹, la protection des élus locaux « souffrait alors d'une double carence »². En effet, « elle leur était reconnue uniquement par quelques jurisprudences isolées et ne visait pas les procédures pénales qui pouvaient les incriminer, qu'ils soient victimes ou coupables »³.

Remédiant à cet état du droit insatisfaisant, la loi dite « Fauchon » du 10 juillet 2000⁴ imposa aux collectivités territoriales de protéger leurs élus poursuivis pénalement à raison de faits non détachables de l'exercice de leurs fonctions⁵. Parce qu'elle permet notamment la prise en charge des frais de justice relatifs aux poursuites pénales visant l'élu, la protection fonctionnelle représente ainsi un enjeu financier indéniable. Aussi, le refus d'accorder cette protection fait régulièrement l'objet de contentieux, tel le jugement du 31 mars 2016 rendu par le Tribunal administratif de la Réunion.

En l'espèce, le maire de la commune de Petite-Île avait été visé en 2013 par une plainte de deux agents communaux pour des faits de harcèlement moral. Le conseil municipal, par une délibération du 29 juin 2013, décida d'accorder au maire le bénéfice de la protection fonctionnelle. Celle-ci permit le financement par le budget de la commune, des frais de justice engagés pour assurer la défense de l'élu. Puis, le jugement du 23 janvier 2014 rendu par le tribunal correctionnel de Saint-Pierre déclara le maire coupable de harcèlement moral et le condamna en outre à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à 5000 euros d'amende. Cette condamnation fut enfin confirmée en appel le 18 décembre 2014 par un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis, laquelle aggrava la peine d'emprisonnement en la portant à 10 mois.

¹ CE 5 mai 1971, n° 79494, *Gillet*, Lebon p. 324. Le juge consacre un principe général du droit en vertu duquel la commune a l'obligation de couvrir le maire des condamnations civiles prononcées contre lui sous réserve qu'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions ne lui soit pas imputable.

² B. NURET, « Protection fonctionnelle des élus locaux et protection statutaire des agents : spécificités et convergences », *RFDA*, 2013, p. 271

³ B. NURET, *idem*.

⁴ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Le Code général des collectivités territoriales (CGCT) consacre ainsi la protection fonctionnelle des élus locaux aux articles : L. 2123-34 (concernant le maire), L. 3123-28 (concernant le président du Département), L. 4135-28 (concernant le président de Région).

⁵ La protection fonctionnelle des élus locaux fut ensuite complétée par les lois n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité et n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

Le conseil municipal, par une délibération du 18 février 2015, refusa alors d'accorder au maire, réélu en mars 2014, la protection fonctionnelle en vue de couvrir les frais de justice liés à la procédure d'appel et au pourvoi en cassation. Se posait alors la question de savoir si le conseil municipal pouvait légitimement refuser de renouveler le bénéfice de la protection fonctionnelle au maire. Le Tribunal administratif de la Réunion y répondit positivement en deux temps.

D'une part, il estime que la protection fonctionnelle accordée au maire par la délibération du 29 juin 2013 du conseil municipal ne visait explicitement que la procédure de première instance. En conséquence, le maire ne pouvait donc pas être implicitement protégé pour les autres procédures judiciaires. Ce faisant, *« le conseil municipal de Petite-Île n'a pas retiré une décision individuelle créatrice de droits, mais a statué sur la nouvelle demande de protection fonctionnelle qui lui était soumise »*¹. D'autre part, le juge administratif confirme la légalité de la délibération du 18 février 2015 au regard de l'article L. 2123-34 du CGCT, car les faits de harcèlement moral commis par le maire constituaient une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions.

Sur le champ d'application de la protection fonctionnelle. Le Tribunal administratif de La Réunion a logiquement limité la protection fonctionnelle à la procédure de première instance². En effet, la protection d'un élu local devrait être décidée compte tenu des circonstances de faits et de droit les plus récentes. Dès lors, la première délibération du conseil municipal de Petite-Île aurait été contestable si la protection fonctionnelle avait été accordée au maire pour l'ensemble des procédures pénales sans que ses condamnations en première instance et en appel ne soient prises en compte.

Sur la qualification de la faute. Dans la mesure où elle conditionne directement le bénéfice de la protection fonctionnelle, la qualification de la faute s'avère déterminante. C'est pourquoi, dans un arrêt rendu le 30 décembre 2015, le Conseil d'État a pris le soin de préciser la notion de faute personnelle dans le cadre de l'octroi de la protection fonctionnelle à un élu local. Cette faute peut

¹ Cons. 3, TA de Saint Denis de la Réunion, 31 mars 2016, *M. R c/Commune de Petite-Île*, req. n° 1500445

² Sur ce point, la position du Tribunal administratif de la Réunion s'aligne sur une jurisprudence constante en ce qui concerne les fonctionnaires et les agents publics. Voir par exemple, CAA de Paris, 3 février 2015, *M. D c/Commune de Souppes sur Loing*, req. n° 14PA01512 : *« il ne résulte d'aucun texte, ni principe général du droit, que la décision d'accorder la protection fonctionnelle soit créatrices de droit pour l'ensemble des procédures pénales, notamment les procédures d'appel et de cassation, concernant un fonctionnaire ou un agent public »*

être constituée par trois types de faits. Sont concernés, les faits révélant « *des préoccupations d'ordre privé* »¹, ceux procédant « *d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques* »,² mais aussi les faits d'une particulière gravité « *eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis* »³. Étant précisé que le juge administratif n'est lié ni par la qualification de la faute retenue par le juge pénal ni par le caractère intentionnel des faits en cause.

En l'espèce, la qualification de la faute par le Tribunal administratif de la Réunion aurait gagné à être explicitée. Certes, le harcèlement moral peut difficilement s'analyser en une faute qui ne serait pas détachable de l'exercice des fonctions de maire, telle une négligence dans l'application de certaines règles. Toutefois, outre les motifs des condamnations rendues en première instance et en appel, le jugement ne fait mention des autres éléments pris en compte pour qualifier la faute. Surtout, à la lumière de la nouvelle grille de lecture posée par le Conseil d'État, il serait souhaitable que le juge précise le type de faits à l'origine de la faute personnelle afin de clarifier au mieux cette notion-clé. D'autant qu'en raison du coût de la protection fonctionnelle pour les finances locales, le juge administratif se révèle ainsi être l'« *ultime garant de l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics* »⁴.

Licenciement – agent contractuel – emploi fonctionnel - perte de confiance – discrimination

Tribunal administratif de La Réunion, 17 mars 2016, *M. R. c/ CIREST*, req. n° 1400644.

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

¹ CE, 30 décembre 2015, *M. B c/Commune de Roquebrune-sur-Argens*, req. n° 391800. M. YAZI-ROMA, « *Les obstacles manifestes à la protection fonctionnelle de l'élu pénalement mis en cause* », *AJCT*, 2016, p. 163.

² CE, 30 décembre 2015, *idem*.

³ *Ibid.*

⁴ J.-B CHEVALIER, « *Le point sur... la protection fonctionnelle des élus locaux* », *AJCT*, 2016, p. 566.

À la lecture du présent jugement, il ne saurait décidément être contesté que la gestion publique des ressources humaines diffère de sa consœur privée.

S'il apparaît que la perte de confiance peut, en droit de la fonction publique, justifier l'éviction d'un agent contractuel occupant un emploi fonctionnel¹, le droit du travail apprécie quant à lui plus strictement cette dernière. Malgré la prédominance de l'*intuitu personae* dans le contrat de travail², la Haute Juridiction judiciaire retient, de jurisprudence constante, que « *la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement* »³.

Néanmoins, la jurisprudence judiciaire met en relief certaines hypothèses où la révocation d'un salarié pourra être justifiée par une telle perte de confiance. Pour autant, il ne saurait être question de licenciement, mais bien, dans la grande majorité des cas, d'une révocation d'un mandat social⁴.

La comparaison ainsi établie dans la rupture de la relation de travail pour perte de confiance mettrait-elle à jour une analogie entre le mandat social exercé par un salarié et le poste fonctionnel occupé par l'agent contractuel ? Au risque de surprendre, nous pensons que oui et c'est ce que nous entendons démontrer ci-après.

L'intuitu personae et l'emploi fonctionnel. – Les dispositions statutaires de la fonction publique territoriale, à l'instar des autres, prévoient explicitement qu'un emploi permanent doit en principe être pourvu par un fonctionnaire titulaire⁵. Néanmoins, il apparaît également que les postes de directeur général des services, de directeur général adjoint des services, de directeur général des

¹ Art. 53, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

² Voir V. MARGERIN, « La reprise des contrats de travail sous le prisme des marchés publics », Thèse droit privé, Université de La Réunion, 2016.

³ Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341 P : D. 2002, p. 921, obs. GARDIN ; RJS, 2001, p. 689, n° 999 ; JS Lamy 2001, n° 84-2 ; Cass. Soc. 13 janvier 2004, n° 01-47.178 P : RJS 2004. 277, n° 392.

⁴ J.-Ph. DOM, « La perte de confiance dans le salarié de la société mère justifie sa révocation en tant que directeur général de la filiale », note sous Cass. Com. 12 juin 2007, *Bel c/Sté CEBTP : Rev. Sociétés* 2008, p. 124.

⁵ Art. 41, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

services techniques, et de directeur général de certains établissements publics, peuvent être pourvus par recrutement direct¹. Le même texte prévoit cependant que l'accès contractuel à ces emplois n'entraîne pas titularisation. Par essence, ces postes nécessitent des liens directs, de confiance, avec le représentant du pouvoir exécutif de la collectivité. C'est à l'interrogation de ce qu'il devait advenir de ce contrat à l'occasion du changement de représentant de l'organe exécutif que le Tribunal de céans s'est intéressé.

En l'espèce, le requérant avait été nommé directeur général des services de la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) - établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 80 000 habitants – pour une durée de cinq ans, le 17 octobre 2011.

Par une décision du 29 avril 2014, le président de l'EPCI prononce le licenciement du requérant au motif d'une rupture du lien de confiance. Monsieur R. est alors près le Tribunal administratif aux fins de voir déclarer illégale la décision de licenciement prise à son encontre, sans pour autant en demander l'annulation, ainsi que de voir réparer son préjudice.

Erreur manifeste d'appréciation ou discrimination ? – La juridiction administrative rappelle justement dans le présent jugement la portée de l'arrêt *Broulhet*², à savoir que « *le fait pour le directeur général des services de s'être trouvé placé dans une situation ne lui permettant plus de disposer, de la part de l'autorité territoriale, de la confiance nécessaire au bon accomplissement de ses missions peut légalement justifier qu'il soit, pour ce motif, déchargé de ses fonctions* ».

Toutefois, comme toute décision administrative individuelle défavorable, la décision de licenciement du directeur général des services doit nécessairement être motivée³. À ce titre, la juridiction souligne « *qu'il appartient au juge de contrôler notamment si l'appréciation portée par la collectivité territoriale sur le comportement de l'intéressé n'est pas entachée d'une erreur manifeste* ».

¹ Art. 47, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

² CE, 7 janvier 2004, req. n° 250616, *Lebon* ; *AJFP*, 2004. 161 ; *AJDA*, 2004, p. 825, note E. AUBIN.

³ Art. L211-2 et s. code des relations entre le public et l'administration.

Il ressort de l’instruction menée par le juge administratif que « *cette mesure d’éviction est intervenue dans le contexte du changement de présidence de la CIREST consécutif aux élections communales et communautaires de mars 2014 [...]* ». Le licenciement n’est donc intervenu qu’en raison de l’opposition politique entre le nouveau président et le requérant, directeur général des services recruté par le précédent président.

À ce titre, il convient de souligner que la Cour administrative d’appel de Paris a récemment jugé¹, dans le cadre d’un emploi fonctionnel, que le changement de majorité dans la collectivité n’induit pas à lui seul la perte de confiance.

Bien qu’il ne puisse être contesté qu’une collectivité, un EPCI ou tout autre organe ou satellite de l’État sont nécessairement composés de manière fluctuante au gré des vents politiques, le juge du plein contentieux fait ici, à notre sens, montre d’une certaine souplesse en ne retenant que l’erreur manifeste d’appréciation. Qui plus est au vu des éléments ressortant de sa propre instruction.

L’appréciation variable de la perte de confiance. – Dans l’arrêt de la CAA de Paris citée auparavant, le juge administratif retient en substance qu’un agent contractuel occupant un emploi fonctionnel ne peut être évincé de son poste pour la seule raison qu’il occupait ce poste dans la précédente administration. Si l’attachement politique de cet agent à la précédente mandature était tel qu’il accablerait la nouvelle tendance politique - et sachant en outre que son contrat ne lui donne aucun droit à titularisation - il ne fait nul doute que ce dernier démissionnerait eu égard au caractère *intuitu personae* de son contrat.

L’enseignement de l’arrêt de la Cour administrative d’appel de Paris est en cela riche de sens. Les juges retiennent en effet que « *cependant, la Polynésie française se borne à invoquer ce changement de gouvernement sans faire état du moindre élément de nature à établir qu’il était susceptible, pour le nouveau gouvernement, d’entraîner une perte de confiance en M.A [le requérant], alors que ce dernier soutient, sans que cette affirmation soit contredite [...], qu’il était prêt à conduire la politique du gouvernement sans aucune difficulté [...]* ».

¹ CAA Paris, 23 juin 2016, req. n° 14PA03843 : *AJFP*, 2017, p.12.

Il convient de souligner que cette possibilité est également reconnue en droit du travail par le biais de l'insertion d'une clause de conscience¹, également applicable à l'occasion d'un mandat social².

L'*intuitu personae* est caractérisée, dans l'un et l'autre cas, en droit privé comme en droit public, par la relation du contractant avec son employeur. Si ce dernier change, la nature du poste offre alors au premier la possibilité de quitter son emploi. Et toute la nuance est là puisqu'il ne s'agit que d'une possibilité et non d'une obligation.

Partant, il convient à notre sens d'élargir au droit de la fonction publique la jurisprudence selon laquelle la perte de confiance ne saurait suffire à elle seule à justifier le licenciement d'un salarié – ou d'un agent public, fût-il en charge d'un emploi fonctionnel.

Il découle donc que le licenciement d'un agent public contractuel en raison de sa seule appartenance à la précédente mandature doit être regardé comme discriminatoire.

Licenciement et convictions politiques. – Afin de parfaire notre démonstration, il convient à notre sens de reprendre les conclusions de madame Pascale Fombeur, rapporteur public dans l'affaire *Casanovas*³. Dans ses écritures, Madame Fombeur ne manque pas de revenir sur le devoir de recherche du juge dans de pareilles espèces.

Était ainsi contestée « *l'erreur de droit qu'aurait commise le juge des référés en considérant qu'une décision mettant fin aux fonctions d'un agent public n'est pas par elle-même, et, quels qu'en soient les motifs, de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale* ». À ce titre, madame le rapporteur public retient que « *nous croyons effectivement que vous ne pouvez vous limiter à l'examen de l'objet apparent d'une mesure, mais que vous devez rechercher*

¹ Cass. Soc., 26 janvier 2011 : *Dalloz actualité*, 21 février 2011, obs. PERRIN ; *D.*, 2011, p. 453 ; *ibid.* 2012, p. 901, obs. LOKIEC et PORTA ; *Dr. soc.*, 2011, p. 465, obs. MAZEAUD ; *RDT*, 2011, p. 175, obs. J. PÉLISSIER ; Cass. Soc. 10 avril 2013 : *Dalloz actualité*, 14 mai 2013, obs. SIRO ; *D.*, 2013. Actu 1009 ; *RDT*, 2013, p. 401, obs. TOURNAUX ; *JS Lamy*, 2013, n° 344-3, obs. HAUTEFORT ; *JCP S*, 2013, p.1302, obs. DUMONT.

² Cass. Soc., 08 juillet 2009, n° 08-41.589.

³ P. FOMBEUR, conclusions sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, n° 229163 : *Lebon* 107 ; *RFDA*, 2001, p. 399, concl. FOMBEUR ; *AJDA*, 2001, p. 971, note LEGRAND et JANICOT.

sa portée réelle, laquelle peut être relevée par ses motifs. [...]. Or si le licenciement d'un agent public a pour conséquence directe de priver cet agent de son emploi, il peut également porter atteinte à une liberté fondamentale ».

Lesdites conclusions ont été partagées par le Conseil d'État, mais n'ont pas conduit à la reconnaissance de la violation d'une liberté fondamentale du requérant, agent public licencié en raison de son inaptitude.

À l'inverse, le licenciement d'un agent public prononcé quelques jours après les élections en raison de son appartenance à un mouvement politique différent de celui des nouveaux élus a été reconnu comme étant discriminatoire et attentatoire à une liberté fondamentale¹ – à savoir la liberté de conscience et d'opinions².

En définitive, bien qu'ayant effectivement abouti à la condamnation de l'EPCI, le présent jugement rendu par le Tribunal administratif de la Réunion fait, à notre sens, fi de toute autre considération qu'il lui appartenait pourtant de qualifier.

10.9. RESPONSABILITÉ

Responsabilité. – Faute simple - Activité fiscale. – Préjudice matériel

Tribunal administratif de La Réunion 17 mars 2016, *M. et Mme P. c/ État*, req. n° 1201110

Rémi Radiguet, Enseignant-chercheur à l'Université de Perpignan Via Domitia

*« Il y a deux choses inadmissibles sur terre : la mort - et les impôts.
Mais j'aurais dû citer en premier les impôts ».*
Sacha Guitry

Quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir sur le bien-fondé de l'imposition, se délester d'une partie de sa fortune pour participer à la solidarité

¹ CE, 08 juillet 1991, *Amato*, req. n° 80145 : *Lebon T.* 1022.

² Art. 10 DDHC.

nationale a un goût des plus amers quand la somme prélevée est le fruit d'une erreur de l'administration fiscale.

En l'espèce, M et Mme P, associés exclusifs de la SARL SBTP ont acquis une maison d'habitation relevant du patrimoine de leur société. L'administration fiscale a remis en cause le prix de cession en considérant qu'il s'agissait d'un acte anormal de gestion. En conséquence elle a assujéti la SARL SBTP à un rappel d'impôts sur les sociétés et M. et Mme P à des rappels d'impôts sur le revenu fondés sur la remise en cause du prix d'acquisition de la villa. Saisi par les époux P, le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a considéré par un jugement du 26 mars 2015 devenu définitif que l'administration avait à tort considéré que la cession de la villa était constitutive d'un acte anormal de gestion. Fort de ce jugement, les époux P ont demandé au Tribunal administratif de condamner l'État à leur verser la somme de 300 000 euros en réparation des préjudices matériels et moraux que leur a causé le comportement fautif de l'administration fiscale. Le juge administratif fait droit à la demande des époux P en reconnaissant la responsabilité de l'administration et en accordant la somme totale de 800 euros.

Cette décision est une application de la décision Krupa¹ dans laquelle la Haute juridiction administrative consacrait l'abandon de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en raison d'opérations se rattachant à l'établissement ou au recouvrement de l'impôt. À cet égard, le juge administratif reprend *in extenso* le considérant de principe dégagé par le Conseil d'État et selon lequel « *une faute commise par l'administration lors de l'exécution d'opérations se rattachant aux procédures d'établissement et de recouvrement d'impôt est de nature à engager la responsabilité de l'administration à l'égard du contribuable si elle lui a directement causé un préjudice ; qu'un tel préjudice, qui ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt, peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration et, le cas échéant, des troubles dans ses conditions d'existence dont le contribuable justifie ; que le préjudice invoqué ne trouve pas sa cause directe et certaine dans la faute de l'administration si celle-ci établit soit qu'elle aurait pris la même décision d'imposition si elle avait respecté les formalités prescrites ou fait reposer son appréciation sur des éléments qu'elle avait omis de prendre*

¹ CE, 21 mars 2011, *Monsieur Krupa*, req. n° 306225, *RFDA*, 2011, concl. C. LEGRAS, *AJDA*, 2011, p. 1278, note F. BARQUE ; *RFDA*, 2011, p. 340.

en compte, soit qu'une autre base légale que celle initialement retenue justifie l'imposition ; qu'enfin l'administration peut invoquer le fait du contribuable ou, s'il n'est pas le contribuable, du demandeur d'indemnité comme cause d'atténuation ou d'exonération de sa responsabilité ». Il en fait ensuite application au cas d'espèce.

La reconnaissance de la faute simple peut se déduire de l'illégalité d'un acte dont le jugement du 26 mars 2015 atteste. Il s'agit d'ailleurs du seul fait fautif retenu par le tribunal administratif. D'une part, les faits évoqués relatifs à *« la tentative de chantage dont ils furent victime en 2007 »* ne sont pas imputables à un agent de l'administration et d'autre part, *« il n'est pas établi que les actes émis par l'administration en 2011 et 2012 eu vue du recouvrement des sommes [...] aient été édictés dans des circonstances de nature à révéler un acharnement administratif des services de l'État »*. Il n'y a donc pas de faute de service, mais cette absence de reconnaissance est indifférente à la résolution du litige dès lors que l'illégalité est considérée comme fautive et suffit à engager la responsabilité de l'administration.

La faute étant reconnue, encore faut-il remplir les conditions générales de responsabilité que sont l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité direct entre l'illégalité reconnue par le juge administratif et ledit préjudice pour obtenir indemnisation. Or, en matière de responsabilité pour faute des services fiscaux, le juge administratif exige que *« le préjudice ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt »*, mais *« peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration »*, ce qui sous-entend que le requérant devra faire la démonstration de l'existence d'un préjudice matériel.

À ce titre, les requérants évoquent le préjudice matériel constitué par les garanties qu'ils ont dû constituer et par l'avis à tiers détenteur adressé à leur banque, mais ils sont rejetés par le juge administratif au motif que les requérants *« n'apportent aucun élément permettant d'apprécier l'incidence concrète de la constitution de garantie et de l'avis à tiers détenteur sur leurs capacités financières »*. La formule interroge, car *« les capacités financières »* des requérants sont distinctes de l'existence du préjudice matériel et si l'avis à tiers détenteur a généré des frais pour les requérants, ceux-ci devraient être pris en compte pour l'indemnisation au titre des frais occasionnés par les procédures de recouvrement, ce que de toute évidence les requérants ne démontrent pas.

Plus étonnant est la prise en compte par le juge administratif du préjudice matériel occasionné par les frais d'avocat, car il existe un dispositif spécifique d'indemnisation des frais irrépétibles prévus par l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En l'espèce le juge administratif accorde une indemnisation à hauteur de 6 000 euros pour les frais d'avocat engagés en

prenant soin de ne pas inclure « ceux déjà pris en compte » au titre du premier jugement tout en accordant en sus, 1 500 euros au titre des frais irrépétibles.

Cette articulation entre préjudice matériel et frais irrépétibles a de quoi surprendre et on est en droit de s'interroger sur le fait de savoir pourquoi le juge administratif n'a pas mobilisé entièrement le dispositif prévu par l'article L. 761-1 du code de justice administrative. D'autant plus que le jugement encourt la censure si l'on s'en tient à un arrêt du Conseil d'État du 16 avril 2012 qui prévoit que les frais de justice exposés en conséquence directe d'une faute de l'administration peuvent être indemnisés seulement s'ils ne l'ont pas été en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative¹.

La réponse est probablement à rechercher dans le fait qu'en l'absence de préjudice matériel reconnu, il lui était impossible d'engager la responsabilité administrative de l'État et donc d'indemniser de quelque manière les époux P. Le juge administratif aurait-il donc fait preuve d'une certaine mansuétude à l'égard de requérants maladroits qui ont fait les frais d'une administration particulièrement capricieuse ? On peut le penser au vu notamment de la reconnaissance du préjudice moral dans cette affaire dont le montant accordé est de 2 000 euros.

En affirmant dans son considérant de principe que « le préjudice peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration et, le cas échéant, des troubles dans ses conditions d'existence dont le contribuable justifie », le Conseil d'État ouvre l'indemnisation à des préjudices autres que matériels dès lors que le requérant démontre que la décision a causé des troubles dans ses conditions d'existence. Aussi, la Cour administrative d'appel de Nancy a pu dans un arrêt du 2 juin 2016 ne retenir que le préjudice moral causé à l'intéressé du seul fait de l'émission d'un avis à tiers détenteur et attribuer une indemnité globale de 3 000 euros². Le tribunal administratif de La Réunion aurait pu donc se fonder uniquement sur ce préjudice moral pour octroyer une indemnité tout en ne risquant pas la censure pour l'indemnisation d'un préjudice matériel pouvant l'être par la voie des frais irrépétibles. Or et si selon A. Oxenstiern « l'avocat purge la bourse, le médecin le corps et le confesseur la conscience », il ne revient pas au juge administratif d'alléger la

¹ CE 16 avril 2012, *Mme A*, req. n° 311308, *AJDA*, 2012, p. 852.

² CAA Nancy, 2 juin 2016, *M. F... A*, req. n° 15NC00810.

conscience de l'administration en rétablissant partiellement la bourse des administrés qui en sont les victimes.

Responsabilité pour faute de l'État – Police administrative – Attaque de requin – Faute de la victime – Exonération totale de responsabilité de l'État

Tribunal administratif de La Réunion, 12 mai 2016, *Consorts B.*, n° 1400880.

Olivier DESAULNAY, professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Entre juin 2011 et juillet 2013, sur l'île de la Réunion, ont eu lieu pas moins de onze attaques de requin parmi lesquelles figure celle dont a été victime, le 5 août 2012, M. F. B., alors qu'il pratiquait le surf sur le spot dit de la gauche de Saint Leu. Grièvement blessé, il a intenté devant le Tribunal administratif de Saint Denis une action en responsabilité pour faute de l'État du fait de la carence supposée de l'autorité préfectorale dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative. Cette requête en réparation est rejetée sur le fond, le juge ayant considéré que le dommage était imputable à la seule imprudence du demandeur sans qu'il soit nécessaire « *de prendre position sur le caractère suffisant ou non, à la date de l'accident, des mesures qui avaient été prises par le maire de Saint Leu et le préfet de La Réunion en vue de limiter le risque requin* ».

L'action en réparation s'inscrit dans les circonstances particulières et tragiques d'une recrudescence des attaques de requin sur l'île qui touchent autant les pratiquants d'activités de glisse que de simples baigneurs aux abords directs du rivage. Il n'était donc pas totalement illégitime de considérer que les autorités publiques en charge de la préservation de la sécurité publique dans les zones balnéaires pourraient avoir manqué à leur obligation légalement établie d'agir face à ce « *risque requin* » désormais avéré, prévisible et pressant.

Le jugement rappelle d'ailleurs, en préalable, la teneur des pouvoirs de police de chacune des autorités compétentes. Le maire, en vertu des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), doit déterminer les mesures adaptées pour assurer sur le territoire de sa commune la sécurité des usagers des lieux de baignades et d'activités nautiques sportives ou de loisir tel que le surf. Le préfet se doit également d'agir à un double titre : d'une part, en vertu de l'article L. 2215-1 CGCT pour prendre des mesures excédant le territoire d'une commune ou en cas de carence de l'autorité municipale, et, d'autre part, en vertu des pouvoirs donnés au préfet par le décret du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion. Le jugement poursuit en faisant référence aux divers arrêtés municipaux et

préfectoraux qui s'attachaient à classer le lieu de l'attaque comme une zone dangereuse de baignade et de pratique de sports nautiques « aux risques et périls » des pratiquants et ne bénéficiant d'aucune surveillance spécifique. Le juge note la présence sur le spot de panneaux informant les usagers sans toutefois faire mention, à cette époque, du risque spécifique d'attaque de requin.

Indépendamment de la spécificité des faits, il n'était donc question ici que de l'obligation pour l'autorité de police compétente de prendre des mesures adaptées dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, les mesures apparaissent comme indispensables pour faire cesser ce péril grave. La carence, dans ce contexte, apparaît comme l'insuffisance dans l'organisation des services publics, de leurs moyens matériels et humains constituant alors une violation d'une obligation juridique d'agir dans le cadre d'une compétence liée. En somme, la carence dans l'exercice des pouvoirs de police constitue une illégalité et, *a fortiori*, une faute simple de nature à engager la responsabilité de l'État¹.

Le requérant pouvait nourrir quelques espoirs en s'appuyant sur l'ordonnance de référé liberté rendue en appel par le Conseil d'État² un après les faits et qui épinglait justement la carence des autorités publiques dans la gestion du risque requin. La Haute juridiction avait ainsi ordonné au préfet que la population soit plus largement informée des mesures d'interdiction de baignades et d'activités nautiques et des risques encourus en ne les respectant pas, par le biais notamment de signalisations adaptées. L'information autour du risque requin et des différentes mesures d'interdiction de baignade et de pratique de sports nautiques par les arrêtés municipaux et préfectoraux était donc jugée insuffisante au moment de la survenance du dommage du requérant. Il n'y avait donc qu'un pas à franchir pour considérer que l'insuffisance de la signalisation du risque d'attaque de requin sur les lieux de l'accident, constitutive d'une carence fautive de l'autorité préfectorale compétente, sans être évidemment la cause directe et certaine du dommage, avait néanmoins pu contribuer à sa réalisation en ne l'empêchant pas.

¹ Par un arrêt du 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, le Conseil d'État a fait basculer dans le régime de la faute simple la carence fautive du maire qui ne prend pas, sur la base des dispositions de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales les mesures nécessaires pour faire cesser un trouble à l'ordre public. Confirmer par CE, avis sect. travaux publics, 29 juillet 2008, req. n° 381725. La solution vaut tout autant pour l'autorité préfectorale. V. F. MELLERAY, « Une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'Administration en matière de police administrative », *DA* 2009, comm. 109.

² CE, ord. 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint Leu*, req. n° 370902.

Toutefois, cet enchaînement est précisément repoussé par le jugement, la demande d'indemnisation ne pouvant pas prospérer en raison de la faute de la victime.

Il est, en effet, établi par une jurisprudence constante qu'en matière de responsabilité administrative délictuelle la faute de la victime est une cause d'exonération totale ou partielle de la responsabilité de la puissance publique. Les agissements de la victime peuvent dans certains cas rompre le lien de causalité entre le fait fautif et le dommage encouru. De sorte qu'il revient toujours au juge, saisi d'une demande en réparation, d'analyser précisément les circonstances de fait afin d'établir la part respective de responsabilité. Le juge appréciera notamment la nature et l'intensité du risque auquel s'expose le demandeur de par son activité, sa situation personnelle et sa connaissance acquise du risque au moment des faits.

C'est donc à une appréciation circonstancielle du risque que se livre le juge administratif, permettant de dégager le moment à partir duquel le risque devient anormal parce qu'il révèle un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes. Cette normalité se caractérise par un aspect objectif, qui est le risque encouru lors de la pratique d'activités sportives, qui intrinsèquement, exposent le pratiquant aux éléments naturels et à la survenance de certains événements. Ce premier aspect se conjugue ensuite avec un aspect plus subjectif, qui tient dans l'avertissement de la personne pratiquante de l'activité en cause. Autrement dit, était-elle en capacité de connaître les risques encourus de par son expérience et sa connaissance du milieu ? Partant, en dehors de cette situation caractérisée, le risque est anormal, comme ce fût le cas pour les attaques de simples baigneurs à proximité immédiate du rivage et qui avait conduit le juge des référés à ordonner en urgence en 2013 des mesures d'information plus précises. C'est bien la conjugaison d'une activité jugée à faible risque (la baignade à proximité du rivage) avec une connaissance réduite du milieu marin (un simple baigneur), qui avait permis au juge dionysien puis au Conseil d'État de caractériser l'urgence à intervenir face à un risque devenu inacceptable.

La distinction est donc clairement posée : d'un côté, l'activité sportive nautique comprenant une part élevée d'aléas auxquels s'expose volontiers le pratiquant expérimenté et, de l'autre, l'activité de baignade comprenant une part plus faible d'aléas et une connaissance acquise des dangers plus réduite. Seule la seconde situation, pour laquelle la survenance d'une attaque de requin est plus inacceptable, est susceptible d'ouvrir droit à réparation comme elle a pu justifier, en 2013, l'injonction de mesures matérielles d'information plus accrues et plus précises sur le risque requin de la part des pouvoirs publics.

Le jugement ne révèle pas autre chose en rappelant que la victime « *était un surfeur expérimenté et connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint*

Leu » de sorte qu'il « n'ignorait pas qu'en ce lieu, la baignade et la pratique du surf étaient, en application des mesures de police prises par le maire et par le préfet, des activités soumises à restriction et ne pouvant s'exercer qu'aux risques et périls des pratiquants », puis en insistant sur la « connaissance du risque auquel (le requérant) s'exposait en pratiquant le surf en ce lieu et, plus encore, en prolongeant sa pratique à une heure avancée de la journée ». Autrement dit, le juge considère, dans les circonstances de l'espèce, que le risque encouru est normal et prévisible pour un pratiquant expérimenté du surf qui s'y expose volontairement lorsqu'il brave l'interdit réglementaire matérialisé par des panneaux explicites. C'est ainsi que le juge peut, sèchement, mais fort logiquement, conclure au rejet de la demande en réparation, le requérant étant le seul et unique véritable responsable de son dommage.

Responsabilité pour faute – carence fautive – illégalité fautive – négligence - faute de la victime

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *Société Transport Posthume de Mayotte*, req. n°1400686.

Tribunal administratif de Mayotte, 22 décembre 2016, *M. L. A.*, req. n°1500009.

Tassadit YASSA, doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Il est loin le temps où l'on considérait que l'État ne pouvait mal faire. Aujourd'hui le principe de responsabilité de l'État est unanimement admis et les régimes de responsabilité se sont multipliés. Au travers de deux jugements du tribunal administratif de Mayotte, l'occasion nous est donnée de revenir sur certains éléments du régime de responsabilité pour faute.

Dans la première espèce datée du 21 janvier 2016, il est question d'une société de pompes funèbres, la société Transport Posthume de Mayotte (TPM). Cette dernière a vu son activité concurrencée de 2008 à 2013 par la société Transport de Corps Mahorais (TCM) à qui ont été délivrées, par le Préfet, des habilitations portant sur l'activité de transport de corps avant et après mise en bière. L'illégalité de ces habilitations a été reconnue par une ordonnance du TA, mais également par le préfet lui-même auteur de l'acte. En effet, le gérant de la société TCM ne satisfait pas aux conditions fixées par la réglementation en matière de pompes funèbres. La société TPM a donc recherché la responsabilité de l'État, sur deux fondements.

D'une part, elle a cherché à faire engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'illégalité des habilitations délivrées à TCM. En effet la preuve

de l'illégalité de l'acte emporte automatiquement celle de l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité administrative¹. Cette responsabilité a été reconnue, le préjudice étant certain² et le lien de causalité direct³.

D'autre part la société TPM a tenté d'engager la responsabilité de l'État pour carence. Le service extérieur des pompes funèbres relève de la compétence des communes⁴ même si le préfet est compétent pour délivrer les autorisations de créations de chambres funèbres⁵. En cas de carence le préfet a obligation de se substituer⁶ aux communes. Le requérant reproche donc au préfet de ne pas avoir usé de cette compétence et d'avoir à ce titre engagé sa responsabilité. Sans surprise ce moyen est rejeté par le tribunal administratif. En effet le pouvoir de substitution d'action du préfet n'engage que rarement la responsabilité de l'État, car l'engagement de cette dernière nécessite la preuve d'une faute lourde.⁷

Dans la seconde espèce datée du 22 décembre 2016, les requérants ont recherché la responsabilité de l'État suite au décès de leur mère, Mme S. A.. Cette dernière, ressortissante comorienne, s'est embarquée sur un *kwassa* afin de faire la traversée d'Anjouan à Mayotte en 2011. Après un voyage éprouvant de 3 jours, elle est arrivée le 29 mars au matin à Mayotte où elle a été prise en charge avec les autres rescapés par la gendarmerie et le PC-AEM puis retenue dans les locaux de la gendarmerie à Pamandzi où elle est décédée.

Un arrêt du 4 février 2014 a conclu au rejet de la responsabilité pénale des professionnels ayant participé à l'interception, au transport et à la surveillance

¹ CAA Marseille, 7 févr. 2011, *Martini*, req. n° 08MA049442, *RFDA*, 2011, p. 581, concl. DELIANCOURT.

² CAA Bordeaux, 30 nov. 2006, req. n° 03BX00156, *AJDA*, 2007, p.215.

³ CAA Bordeaux, 3 juill. 2003, *Cne de Saint-Denis-de-la-Réunion*, *AJDA*, 2003, p.1437, chron. BEC ; CE 12 mai 2004, *Sté Gillot*, req. n° 236834 ; CE 15 mai 2006, *Cne de Fayet*, *AJDA*, 2006, p. 2240, note JORION ; CE 25 oct. 2006, *Mme T.*, *AJDA*, 2006, p. 2358 ; CE 28 oct. 2009, *Min. Transports, Équipement, Tourisme et Mer, Cne Le Rayol-Canadel c/ M. Therme*, req. n° 299753, *AJDA*, 2010, p. 168, note GILLI.

⁴ Article L2223-19 et suivants du CGCT.

⁵ Article R2223-74 du CGCT.

⁶ Article L2215-1 du CGCT : «*Le représentant de l'État dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques.*»

⁷ CE 25 juill. 2007, *Sté France Télécom et Sté Axa Corporate Solutions Assurance*, req. n° 283000, *Lebon T. 707 ; RLCT*, 2007, p. 24, obs. GLASER ; *Dr. adm.* 2008, n° 2, note DIEU.

de Mme S. A. Pourtant le tribunal administratif reconnaît la responsabilité de l'État en raison d'une négligence dans l'organisation de la prise en charge médicale lors du débarquement des rescapés. En effet aux vues des événements qui se sont déroulés le 29 mars, un plan SECMAR¹ (SECours MARitime) sous le contrôle du CMS (Coordination Mission Sauvetage) aurait dû être mis en œuvre ce qui aurait conduit à une prise en charge médicale de la mère des requérants et donc potentiellement à l'évitement de son décès.

Cette responsabilité est cependant partagée. En effet comme le tribunal le rappelle, la victime « *s'était sciemment exposée à un risque important en faisant le choix de voyager* ». En effet, il est de jurisprudence constante que le fait de la victime peut être un motif d'atténuation de la responsabilité dès lors que ce fait a concouru à la survenance du préjudice².

10.11. POLICE ADMINISTRATIVE

Autorisation d'exploitation – Armes de catégories A et B – Réalité des troubles à l'ordre public

Tribunal administratif de La Réunion, 31 mars 2016, *Société Armurerie Cambaie*, req. n° 1401171.

Tassadit YASSA, doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

En France, et depuis 2012³, la réglementation des armes est scindée, n'en déplaise à l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la loi, entre le code de la défense et le nouveau code de la sécurité intérieure (CSI)⁴: « *au CSI les dispositions intéressant un public large, relatives aux catégories d'armes, aux règles d'acquisition, de détention et de port ainsi qu'à la fabrication et au*

¹ Pour plus d'informations sur le SECMAR: <http://www.dm.sud-ocean-indien.developpement-durable.gouv.fr/l-organisation-secmar-r195.html> (dernière consultation le 28/09/2017).

² CE, Sect., 7 mars 1980, *SARL Cinq-Sept et a.*, req. n° 03473, *Lebon* 130, concl. MASSOT.

³ Loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

⁴ Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure et Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013 relatif aux dispositions des livres Ier, II, IV et V de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'État et décrets simples).

commerce de détail ; au code de la défense les dispositions intéressant un public spécialisé, relatives à la fabrication, au commerce de gros et à l'exportation »¹.

Elle repose sur une classification des armes en 4 catégories : d'une part les armes soumises à autorisation (soit des catégories A et B) et d'autre part les armes soumises à déclaration ou à enregistrement (soit des catégories C et D).

La fabrication et le commerce des armes de catégorie A et B sont donc soumis à autorisation en vertu de l'article 75 du décret de 2013, qui fonde la décision du Tribunal administratif de la Réunion du 31 mars 2016.

En l'espèce la société Armurerie Cambaie, déjà titulaire d'une autorisation portant sur les matériels de catégorie C et D depuis 2013, a sollicité en vain une autorisation de fabrication et de commerce de matériels de catégorie B en 2014. Cette autorisation, délivrée par le ministre de la Défense, peut être refusée « *lorsque sa délivrance est de nature à troubler l'ordre public* »².

Pour l'autorité de police, il existe un risque de trouble justifiant le refus. Il résulte de deux éléments : d'une part le caractère récent de l'établissement, d'autre part les doutes sur la sécurisation. En effet des locaux bénéficiant du même système de sécurité que l'armurerie ont fait l'objet de cambriolages.

Le tribunal administratif va censurer cette décision de refus en estimant que les motifs invoqués sont insuffisants. Elle enjoint donc le ministre de la Défense à se prononcer dans un délai de deux mois.

Cette injonction à se prononcer dans un délai de 2 mois soit avant juin 2016 évite ainsi à la société Armurerie de Cambaie de se confronter à la nouvelle procédure mise en place par le décret du 9 mai 2017³ qui modifie la partie réglementaire du CSI. En effet c'est désormais le ministre de l'Intérieur qui est compétent pour la délivrance des autorisations de fabrication et de commerce des armes des catégories A1, B, C, et D⁴.

¹ G. ODINET, « La refonte de la police des armes », *AJDA*, 2015, p. 96.

² Article 75 du décret n° 2013-700 du 30 juillet 2013 portant application de la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

³ Décret n° 2017-909 du 9 mai 2017 relatif au contrôle de la circulation des armes et des matériels de guerre

⁴ Article R313-28 du CSI.

10.13. DROIT ÉLECTORAL

Assemblées délibérantes – EPCI – suffrage universel – organisation territoriale française

Tribunal administratif de Mayotte, 10 mars 2016, *Md.*, req. n° 1600059

Conseil d'État, 23 décembre 2016, req. n° 389744

Josselin Rio, doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

Le régime de désignation des assemblées délibérantes des établissements publics intercommunaux a changé en 2013¹. Dans un objectif de légitimation de l'action des EPCI, le suffrage universel a été envisagé pour cet échelon territorial particulier². L'élection au suffrage universel de cette nouvelle entité posait un grand nombre de questions pratiques et théoriques en ce qui concerne l'organisation territoriale française prévue par la Constitution³.

La désignation des conseillers communautaires résulte, depuis la réforme de 2013 précitée, d'un système de fléchage présent sur les bulletins de vote. Ce fléchage organise alors une correspondance entre les listes communales et les listes communautaires pour les communes de plus de 1000 habitants. Pour celles en dessous de ce seuil, un autre mode de répartition est prévu⁴.

Le législateur a alors opté pour la création d'une interdépendance des scrutins économisant ainsi une réponse aux questions théoriques et pratiques du mille-feuille administratif, mais également la somme de 120 millions d'euros qui aurait résulté d'un scrutin à part entière des EPCI⁵.

¹ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

² N. WOLFF, «L'élection au suffrage universel direct des représentants des EPCI. Les paradoxes de la légitimité», *AJDA*, 2011, p. 1120.

³ *Ibid.*

⁴ M. VERPEAUX, «Les nouvelles élections locales sont arrivées», *RFDA*, 2013, p. 116 : «*Le principe posé au nouvel article L. 273-11 de ce chapitre est simple : les conseillers communautaires sont les membres du conseil municipal désignés dans l'ordre du tableau. Ce dernier est déterminé, selon l'article R. 2121-2 CGCT, en respectant l'élection du maire, les adjoints dans l'ordre de leur nomination et les conseillers municipaux en fonction du nombre de voix obtenues par chacun*».

⁵ R. LE SAOUT, «Collectivités territoriales - Des points de vue différenciés sur la question de la démocratie intercommunale», *La semaine juridique, Administrations et Collectivité territoriales*, n° 14, 4 avril, 2011, p. 2132.

Cependant, pour la mise en œuvre de ce nouveau scrutin, il faut que le renouvellement des deux conseils coïncide. En l'absence de cette coexistence, le CGCT a prévu un certain nombre de procédures palliatives. Celles-ci prévoient un mode de scrutin différent destiné à compenser l'absence de renouvellement général.

C'est dans cette situation très particulière que s'inscrit notre contentieux. La création d'une Communauté de communes du Sud de Mayotte regroupant les communes de Bandré, Bouéni, Chirongui et Kani-Kéli par arrêté préfectoral du 28 décembre 2015 intervient postérieurement à l'élection municipale de 2014. Le suffrage universel direct des conseillers municipaux n'a donc pas pu être couplé à l'élection de l'assemblée délibérante de l'établissement intercommunal.

Dans ce type de situation, l'article L.5211-6-2, 1°, b) du CGCT prévoit l'élection par le conseil municipal au scrutin de liste proportionnelle à plus forte moyenne des conseillers de chaque commune.

M. Md., conseiller municipal de la commune de Bouéni, présente une liste candidate à l'élection des 7 conseillers communautaires attribués à la collectivité. Celle-ci est d'abord irrecevable faute de satisfaire à l'obligation de parité prévue depuis la loi de 2007¹. Il régularise la liste et présente une seconde candidature conforme à l'obligation de parité (cons. 5 de la décision du tribunal administratif).

Cependant, le maire refuse d'enregistrer cette candidature au motif qu'elle aurait dépassé la date limite de dépôt et procède aux opérations électorales du 19 janvier 2016 sans la liste de M. Md.

Celui-ci conteste alors les élections devant le tribunal administratif de Mayotte en considérant que rien n'octroie au maire le pouvoir de refuser sa candidature.

M. Ab. élu conseiller communautaire suite aux opérations électorales contestées soutient que la requête de M. Md. serait irrecevable faute pour lui de joindre une copie de la décision administrative refusant sa candidature.

¹ Loi n° 2007-128 du 31 janv. 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Voir notamment la modification de l'article L. 264 du Code électoral.

Qu'il s'agisse de la question des pouvoirs du maire ou de celle de l'irrecevabilité, le tribunal administratif donne raison au requérant tout comme le Conseil d'État. La divergence qui entraîne la cassation de la décision des juges du fond tient à l'irrespect par le tribunal d'une obligation procédurale de notification du recours à l'ensemble des acteurs susceptibles d'être concernés par le contentieux.

En ce qui concerne tout d'abord la question de la notification du recours

Le Conseil d'État souligne qu'en application de l'article R.119 du Code électoral couplé aux articles R.611-3 et -4 du Code de justice administrative le tribunal administratif de Mayotte aurait dû notifier à toutes les personnes élues par le scrutin en cause le recours de M. Md. par lettre recommandée avec accusé de réception dans les trois jours suivant l'enregistrement de la protestation (cons. 2). Cette notification n'ayant pas été faite aux autres personnes déclarées élues à la suite des opérations électorales contestées, la procédure est irrégulière et conduit à l'annulation de la décision du tribunal administratif (cons. 3 et 4).

L'ensemble des personnes dont le mandat est en jeu doivent être en mesure de produire une défense sur les opérations électorales mises en cause. Le caractère plurinominal du mandat ne justifie pas à lui seul ce type d'exigence procédurale. Le scrutin de liste prévu par l'article L.5211-6-2, 1° b) lie le mandat de toutes les personnes élues sur une même liste. Mais bien plus encore, c'est le caractère proportionnel du scrutin qui remet en cause l'ensemble des élus de toutes les listes, car le conseil municipal composant le corps électoral de cette élection particulière ne se scinde pas en plusieurs circonscriptions. La répartition des sièges s'opère alors au cours d'une seule et même opération. Les opérations électorales se trouvent donc remises en cause dans leur ensemble si bien que chaque élu doit pouvoir produire des observations sur les conditions d'obtention de son mandat.

Le tribunal administratif disposant d'un délai de 2 mois pour juger l'affaire (R.120 du Code électoral), le Conseil d'État a jugé l'affaire au fond dans l'intérêt d'une bonne justice (cons. 5).

Le Conseil d'État va cependant appliquer exactement les mêmes raisonnements que le tribunal administratif et arriver aux mêmes conclusions en étoffant les bases légales utilisées par les juges du fond.

En ce qui concerne la question de l'irrecevabilité

Le tribunal administratif considère que l'obligation de joindre une copie de la décision administrative attaquée (R. 412-1 du Code de justice

administrative) « *ne peut être opposée à une requête dirigée contre des opérations électorales* » (cons. 2). L'irrecevabilité soulevée par M. Ab. contre la requête de M. Md. ne peut donc pas jouer à partir du moment où est contesté le procès-verbal proclamant le résultat des élections qui se sont tenues sans sa liste.

Autrement dit, les individus dont la candidature n'a pas été enregistrée n'ont pas à attaquer ce refus, mais simplement à contester le résultat du scrutin dont ils ont été écartés.

Cela peut se comprendre au regard des délais très courts prévus par l'article R. 119 du Code électoral pour protester contre ces opérations électorales (5jours). Ces derniers ne sont pas suffisamment longs pour obtenir de la mairie la transmission du Procès-verbal.

Cette logique du juge des élections peut se comprendre à partir du moment où la procédure de votation implique des candidats qui ne sont pas forcément au courant de toutes les décisions de la commune. Cependant, dans notre contentieux très particulier, les conseillers communautaires sont élus par les membres du conseil municipal. De plus, l'article L. 273-5 du code électoral précise que nul ne peut être conseiller communautaire sans appartenir au conseil municipal¹. Cela signifie que tous les candidats sont forcément des conseillers municipaux et donc sont forcément au courant de toutes les décisions de la collectivité. Ces derniers étaient donc tout à fait en mesure de produire la bonne décision administrative. Le tribunal administratif a choisi de ne pas tenir compte de cette spécificité électorale et a appliqué la même protection qu'il accorde à l'ensemble des requérants en droit électoral.

Le Conseil d'État va procéder à une argumentation similaire, aux conclusions identiques, mais avec beaucoup plus de précisions. Au lieu de se fonder sur l'article R. 412-1 du Code de justice administrative, il se fonde sur la combinaison de l'article R. 773-1 du même code et R. 119 du code électoral. Le premier précise que la procédure du contentieux administratif se trouve modifiée par les règles spécifiques du Code électoral et des lois particulières touchant aux

¹ B. MALIGNER, « Élection et désignation des conseillers communautaires », *AJDA*, 2014, p. 270 : « *le régime juridique du mandat de conseiller communautaire est caractérisé par le lien presque total et absolu avec le mandat de conseiller municipal consacré expressément et très significativement par le I du nouvel article L. 273-5 du code électoral selon lequel : "Nul ne peut être conseiller communautaire s'il n'est conseiller municipal ou conseiller d'arrondissement"* ».

élections, le second quant à lui décrit la procédure de recours contre les élections.

Le Conseil en déduit qu'en l'absence d'exigence de copie de l'acte administratif dans la procédure spéciale électorale, une telle obligation n'existe pas dans notre contentieux (cons. 6 et 7). Autrement dit, le juge suprême de l'ordre administratif considère qu'en matière de contentieux électoral l'article R. 773-1 du code de justice administrative n'opère pas une simple obligation de complétude entre les prescriptions procédurales administratives et électorales, mais bien un régime procédural spécifique. Celui-ci se contente donc d'adopter un raisonnement faisant primer la règle spéciale sur la règle générale. Pourtant étant donnée la formulation de l'article précité, c'est la première hypothèse qui apparaissait la plus cohérente. Il s'agit probablement là d'une interprétation destinée à renforcer la bienveillance du juge des élections en ce qui concerne les recours dirigés contre des opérations électorales.

En ce qui concerne enfin la question de l'heure limite de dépôt d'une candidature

Le tribunal administratif se fonde sur l'unique procédure d'élection dérogatoire (article L.5211-6-2, 1^o b) pour constater qu'aucune formalité d'enregistrement des candidatures n'est prévue et que rien ne confère au maire le pouvoir de fixer une heure limite de dépôt des candidatures au-delà de laquelle il ne serait plus possible de participer au scrutin (cons.4).

La deuxième liste de M. Md. satisfaisant à l'obligation de parité, le tribunal administratif considère qu'elle était « *régulièrement constituée* » et que, présentée avant les opérations de vote, celle-ci était donc présentée en « *temps utile* ». L'absence de prise en compte de cette liste dans les opérations électorales a alors empêché le corps électoral (le conseil municipal en l'espèce) « *d'exercer librement ses droits* » (cons.5). L'absence de tous les candidats réguliers à l'élection a donc faussé la sincérité de l'expression des électeurs. C'est à ce titre que le tribunal prononce l'annulation des opérations électorales.

Le Conseil d'État, là encore, ne va pas s'éloigner des conclusions du tribunal administratif. Simplement, il détaille plus spécifiquement les articles (L.5211-6-2, puis L. 2122-8 et enfin L.5211-2 du CGCT) qui, selon lui, encadrent l'élection particulière des conseillers communautaires en absence de couplage avec le renouvellement intégral des conseillers municipaux. À défaut d'obligation ou de procédure d'enregistrement, « *il appartient au président de séance, lors de la réunion du conseil municipal au cours de laquelle il est procédé à la désignation de ces délégués (communautaires), de mettre les membres du conseil municipal (puisqu'il ne peut y avoir qu'eux L. 273-5 du*

code électoral précité) à même de présenter leur candidature avant qu'il ne soit procédé aux opérations de vote » (cons. 8).

Le Conseil constate alors à son tour la régularité de la liste de M. Md. et l'incohérence de l'irrégularité de sa candidature ne tenant qu'au dépassement d'une heure fixée par le maire. Or, si le conseil municipal vote, sous la direction du maire (le président de séance) celui-ci est tout à fait à même de présenter à tous les membres du Conseil municipal l'ensemble des listes régulièrement constituées.

Sous-entendu, étant donné qu'il s'agit d'une élection entre eux et pour élire certains d'entre eux, aucun horaire particulier ne peut faire obstacle à leur candidature étant donné qu'ils sont en permanence associés à l'intégralité de l'opération électorale. Le Conseil d'État aurait pu préciser que dès lors qu'aucun corps électoral n'est à convoquer, et qu'il s'agit, en quelque sorte d'une élection qui ne doit pas mobiliser beaucoup d'électeurs. Il n'y a donc personne à prévenir par voie d'affichage ou de déclaration publique puisque tous les acteurs concernés siègent en permanence au conseil municipal, seul composant du corps électoral de cette élection.

Le maire ayant refusé une telle candidature a empêché les membres du conseil de se prononcer sur celle-ci et a porté une atteinte à l'éligibilité de M. Md. et de ses colistiers (cons. 9). Si la formulation diffère, la conclusion est la même : les opérations électorales du 19 janvier 2016 sont annulées.

Un développement de la décision du Conseil d'État vient questionner cette solution. Au tout début de sa décision, la juridiction précise par un renvoi en cascade d'articles (L. 5211-2 et L. 2122-13 du Code général des collectivités territoriales puis L. 248 du Code électoral) qu'en l'absence de précisions contraires, les recours contre les opérations électorales communautaires obéissent aux mêmes exigences que celles pour les élections municipales (cons. 1). Si ce raisonnement explique l'extension de la protection des requérants en contentieux électoral analysée en amont, elle montre également par extension que le Conseil d'État aurait pu mener une analyse identique en ce qui concerne la procédure d'enregistrement des candidatures et conclure ainsi à l'applicabilité de l'article L. 267 du code électoral. Applicabilité d'autant plus attendue que le titre dans lequel se trouve cette disposition concerne non seulement les communes, mais également les EPCI. Cet article prévoit l'existence d'une heure limite de dépôt (« *Les déclarations de candidatures doivent être déposées au plus tard : pour le premier tour, le troisième jeudi qui précède le jour du scrutin, à dix-huit heures [...]* »).

Le Conseil d'État a alors une fois de plus préféré interpréter la procédure d'élection palliative comme une procédure spéciale dérogeant au régime électif général qui aurait entraîné l'application de l'article L. 267. Les règles électorales ne viennent donc pas compléter, mais spécifier le régime contentieux des opérations électorales, et plus encore, au sein de ces opérations, certaines procédures viennent elles-mêmes déroger au droit commun de l'élection en cause.

10.14. DROIT FISCAL

LODEOM – avocat – abattement sur les bénéfiques – activité mixte – SELARL – gérant majoritaire

Tribunal administratif de La Réunion, *M. P. c/Direction régionale des finances publiques*, req. n° 140006, 1 400 008, 1 400 913.

Victor Margerin, docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

La fiscalité de l'avocat, eu égard à la nature de la profession et ses obligations déontologiques, présente d'emblée certaines particularités. Nous pouvons relever à ce titre la question de la fiscalité de l'avocat gérant majoritaire d'une société d'exercice libérale (SEL) qui se trouverait imposable au titre des traitements et salaires. Sous un filigrane d'application du dispositif fiscal LODEOM, c'est bien de la nature de la fiscalité de l'avocat qu'a eu à connaître le Tribunal administratif de la Réunion.

Dans le cadre du fiscal du dispositif LODEOM, l'article 44 *quaterdecies* du CGI énonce trois critères cumulatifs ouvrant droit, pour l'entreprise, à l'abattement de droit commun sur les bénéfiques. Les deux premiers critères exigent d'employer moins de 250 salariés et de réaliser un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros, ainsi que d'être soumis à un régime réel d'imposition. Le dernier critère exige quant à lui d'avoir une activité relevant d'un secteur éligible à la réduction d'impôt prévue à l'article 199 *undecies* B ou correspondre à l'une des activités suivantes : comptabilité, conseil aux entreprises, ingénierie ou études techniques à destination des entreprises.

Un avocat, eu égard à l'activité de conseil inhérente à sa profession, peut-il prétendre à cet abattement ?

Cette première problématique, bien que reflétant le jugement rendu par le Tribunal administratif de La Réunion, est à notre sens incomplète et doit être complétée par une problématique sous-jacente :

Un avocat peut-il ne prétendre à l'abattement prévu à l'art. 44 *quaterdecies* du CGI que dans le cadre de son activité de conseil aux entreprises ?

Cette légère modification syntaxique opère cependant un chambardement dans le raisonnement juridique et fiscal qui s'en déduit. Il conviendra tout d'abord de s'interroger sur l'éligibilité de l'avocat à ce dispositif (I), avant de saisir toute la portée du jugement du Tribunal administratif (II).

L'éligibilité de l'avocat à l'abattement sur les bénéfices

L'instruction administrative¹ n° 4 A-9-10 du 22 novembre 2010 explicite ce qu'il convient d'entendre par le terme « conseil aux entreprises » tel qu'appréhendé dans l'article 44 *quaterdecies* du CGI.

Il est ainsi fait état de ce que « *l'activité de conseil aux entreprises couvre l'ensemble des activités de conseil aux entreprises, que celles-ci soient réglementées ou non quelles que soient la nature et la qualification de l'activité. Sont notamment visées les activités de conseil juridique ou les activités de conseil en informatique. [...]* »

Par cette première lecture, l'intégralité de l'activité de l'avocat semble donc être éligible à ladite mesure.

Cette question a également été soumise à la Direction de la législation fiscale de la DGFIP par l'Association Nationale d'Assistance Administrative et Fiscale des Avocats (ANAAFA), souhaitant notamment obtenir « *confirmation de ce que l'activité de représentation exercée par un avocat devant une juridiction constitue une activité de conseil aux entreprises* ». Par lettre² en date du 27 septembre 2011, la DGFIP reprend les termes de son instruction, identiques à ceux cités *supra*. L'inéligibilité de l'avocat ne fait donc aucun doute.

¹ Instr. 4 A-9-10, relative aux mesures en faveur des entreprises implantées dans les zones franches d'activités situées dans les départements d'Outre-Mer, BOI 22 novembre 2010, n° 99 ; *Dr. fisc.* 2010, n° 48, instr. 14 381.

² DLF, lettre 27 septembre 2011 : *Dr. fisc.* n° 40, 06 octobre 2011, act. 291 ; *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, n° 40, 06 octobre 2011, act. 522.

Il conviendra de remarquer d'un côté, le manque de précision de l'ANAAFA dans sa demande près l'administration fiscale, et de l'autre, l'absence de soucis d'explicitation de la part de l'administration. À notre sens, un élément fondamental du dispositif est passé sous silence, à l'instar de ce que nous avons fait jusqu'ici.

En effet, l'instruction administrative susvisée vient également préciser, à la suite du troncage du texte que l'administration et nous-mêmes avons effectué, que « [...]. *Lorsque l'activité de conseil est mixte, c'est-à-dire dispensée à la fois auprès d'entreprises et auprès de particuliers, il incombe à l'entreprise de démontrer que l'activité principale de son exploitation, au sens du paragraphe 13 ci-dessus, est bien constituée par le conseil aux entreprises. À défaut, les bénéfices de l'exploitation ne peuvent faire l'objet de l'abattement prévu à l'article 44 quaterdecies* ».

À défaut pour l'avocat, de démontrer que son activité principale se situe bien dans la stricte sphère du conseil aux entreprises - entendu au sens large et incluant également la représentation – ce dernier ne pourra donc, *de jure*, bénéficier de l'abattement.

On remarquera à ce titre que le présent jugement passe sous silence une quelconque démonstration par le requérant de ce que son activité principale résulte effectivement d'une activité de conseil aux entreprises *stricto sensu*. Tout au plus le Tribunal rappelle expose qu'« *il résulte de l'instruction qu'eu égard à la nature réelle de l'activité exercée à titre principal au sein de la SELARL Lexipolis, à savoir une activité libérale d'avocat pratiquée sans que ne puisse être identifié un lien de subordination entre l'avocat et la SELARL [...].* ».

Le constat de ce que le Tribunal n'a nullement recherché la nature réelle de l'activité est incontestable et se déduit des motifs mêmes de la décision. Il ne s'agissait en rien de déterminer les modalités d'exercice de la profession d'avocat au sein de la SELARL, mais bien de distinguer selon que l'activité de conseil était procurée à titre principal, ou non, à des clients ayant cette qualité d'entreprise.

Quand bien même le requérant aurait rempli, pour l'année 2009¹, les critères relatifs à l'éligibilité au dispositif prévu à l'article 44 *quaterdecies*, cette

¹ TA de La Réunion, 8 novembre 2012, req. n° 1000376.

seule considération ne saurait suffire à établir la réalité de son exercice pour les trois années postérieures. Ce que semble pourtant en déduire la juridiction de céans.

À ce titre, une autre considération nous semble toutefois basée sur un raisonnement sensiblement similaire pour que nous soyons alertes à un moyen développé par la Direction régionale des finances publiques - à savoir la qualité de gérant majoritaire du requérant.

Avocat, gérance majoritaire et salariat : un ménage à trois pour l'administration fiscale

La qualité libérale de l'activité d'avocat en dehors de tout lien de subordination est une question complexe dès lors qu'elle porte sur ses incidences fiscales.

Toute la problématique qui se pose en l'espèce est de déterminer la nature fiscale des bénéficiaires professionnels du requérant. Ainsi que le relève le Tribunal administratif, l'article 92 du CGI dispose que « *1. Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéficiaires non commerciaux, les bénéficiaires des professions libérales [...]* ». Les bénéficiaires non commerciaux des professions libérales sont pleinement éligibles, par le truchement de l'article 102 *ter* du CGI, au bénéfice de l'abattement prévu à l'article 44 *quaterdecies*.

Il était toutefois opposé au requérant par l'administration fiscale, que pour les années 2010, 2011, et 2012, ce dernier n'avait nullement déclaré ses bénéficiaires professionnels au titre des BNC, mais bien au titre des traitements et salaires. Partant, il ne pouvait donc prétendre, en 2014 – date d'enregistrement de la requête - au bénéfice rétroactif des abattements.

En outre, l'administration alléguait également que le requérant avait la qualité de gérant majoritaire. Cette circonstance suffirait donc à justifier de l'imposition de ses bénéficiaires professionnels au titre des traitements et salaires.

Dans une affaire similaire¹, bien que ne se rapportant pas à une problématique relative au dispositif LODEOM, la Haute Juridiction

¹ CE, 16 octobre 2013, *M. A.*, req. n° 339822, *Inédit* : *La revue fiscale du patrimoine* n° 4, Avril 2014, 7.

administrative a eu à connaître de la détermination de la nature fiscale des bénéficiaires professionnels de l'avocat. Est retenu à cet égard que « *La Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits de l'espèce en retenant que les revenus perçus par un associé d'une société d'exercice libéral à forme anonyme dans l'exercice de son activité d'avocat devaient être imposés dans la catégorie des BNC du fait qu'il n'existait pas entre lui et la SEL, dans laquelle il exerçait sa profession d'avocat, de lien de subordination caractérisant l'exercice d'une activité salariée et alors même que l'intéressé ne pouvait pas développer de clientèle personnelle* ».

Deux remarques s'imposent ici. Tout d'abord, le fait que la société dans l'arrêt susévoqué soit une SELAFA n'est aucunement contradictoire avec les faits de notre espèce. En effet, le régime fiscal et social des SELAFA et des SELARL à l'égard de leurs gérants, majoritaires ou non, est identique¹. Leurs revenus professionnels sont imposés à l'IR dans la catégorie des traitements et salaires. À l'inverse, seuls les gérants majoritaires de SELARL relèvent du régime social des travailleurs non-salariés, tandis que les autres sont assimilés salariés.

Deuxièmement, alors qu'il serait alléchant d'établir une similarité parfaite entre la solution adoptée par le Conseil d'État et celle retenue par le Tribunal administratif de La Réunion, un marqueur, à notre sens essentiel, semble avoir changé : la qualité du requérant. Effectivement, ce dernier est un associé non gérant dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État, alors qu'il est gérant majoritaire dans notre espèce.

Cette distinction est intéressante en ce qu'elle déterminerait un autre champ d'imposition ainsi que d'exonération pour les revenus du gérant majoritaire de SELARL.

Trois hypothèses peuvent ainsi être avancées quant au devenir du contentieux sur la problématique de l'espèce.

Premièrement, si nous en restons sur la considération du Tribunal administratif de la Réunion, cela se traduirait alors par l'extension de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'imposition des revenus professionnels au

¹ B. BRIGNON, Société d'exercice libéral d'avocats, *JCP S*, 192-30, 2017.

titre des BNC de l'avocat associé d'une SEL. Partant, l'avocat gérant majoritaire serait donc imposable à ce seul titre.

Deuxièmement, si nous joignons la position du Conseil d'État et l'absence de similitude de la situation des requérants dans les deux affaires susmentionnées, alors les revenus professionnels de l'avocat seraient imposables au titre des BNC, tandis que ses revenus liés à la gérance majoritaire seraient quant à eux imposés au titre de l'article 62 du CGI¹ et en cela, de l'IR.

Enfin, si nous réfutons tous les faits et arguments étayés ci-avant par une lecture stricte des textes fiscaux, alors l'avocat gérant majoritaire serait imposé au titre des traitements et salaires.

Chacune de ces hypothèses emportera également des conséquences sur l'éligibilité de l'avocat au dispositif LODEOM. En effet, dans la première hypothèse, la gérance majoritaire important peu, ce dernier restera éligible sous réserve de remplir les conditions prévues à l'article 44 *quaterdecies*.

Dans la seconde hypothèse, seuls les revenus non tirés de l'activité de la gérance seront éligibles au dispositif. Toutefois, la détermination de l'assiette des revenus tombant ou non dans ce cadre pourrait s'avérer délicate.

Dans la dernière supputation, l'avocat ne serait plus aucunement éligible. Nous ne pouvons cependant pas abonder en ce sens, non seulement eu égard à la position du Conseil d'État, précédemment citée, venant reconnaître l'imposition au titre des BNC de l'avocat associé ; du fait qu'un tel revirement reviendrait à méconnaître l'essence même de la SELARL ; et enfin, que la profession d'avocat ne saurait reconnaître une situation de « salariat généralisé », ne serait-ce qu'aux yeux de la seule administration fiscale. Ainsi que le rappelle le Conseil d'État lui-même, « *que l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 portant*

¹ Art. 62 CGI : « *Les traitements, remboursements forfaitaires de frais et toutes autres rémunérations sont soumis à l'impôt sur le revenu au nom de leurs bénéficiaires s'ils sont admis en déduction des bénéfices soumis à l'impôt sur les sociétés par application de l'article 211, même si les résultats de l'exercice social sont déficitaires, lorsqu'ils sont alloués : Aux gérants majoritaires des sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes dans les conditions prévues à l'article 3 -IV du décret n° 55-594 du 20 mai 1955 modifié ou dans celles prévues à l'article 239 bis AA ou à l'article 239 bis AB ; [...]*

Le montant imposable des rémunérations visées au premier alinéa est déterminé, après déduction des cotisations et primes mentionnées à l'article 154 bis, selon les règles prévues en matière de traitements et salaires ».

réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié notamment par l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990 ayant le même objet, dispose : "L'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association [...], d'une société civile professionnelle, d'une société d'exercice libéral ou d'une société en participation [...], soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats. Il peut également être membre d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique [...]"

Sur trois hypothèses, seules deux resteraient plausiblement en lice.

Affaire à suivre...