

## **10. Droit administratif**

*Tribunal administratif de Saint-Denis, Tribunal administratif de Mamoudzou, Cour administrative d'appel de Bordeaux et Conseil d'État.*

---

Rubrique dirigée par

**Grégory KALFLÈCHE**, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur du Centre de Recherche juridique, Directeur du master 2 Droit public, Directeur du Collège de droit

### **Commentaires par**

Laurent BENOITON, Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de La Réunion

Tristan Aoustin, Doctorant, ATER à l'Université de La Réunion

Audrey EGIZIANO, Doctorante à l'Université de La Réunion en Contrat doctoral

Grégory KALFLÈCHE, Professeur à l'Université de La Réunion

Marianna LAGRANGE-TASSONE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

Siva MOUTOUALLAGUIN, Doctorant, ATER à l'Université de La Réunion

### **10.2 - Contentieux administratif**

**Référé précontractuel, impartialité, conditions de validité de la notification du jugement, délais de recours, notification du dispositif et de la formule exécutoire, recours en cassation, annulation.**

Conseil d'État 19 juillet 2010, *Région Réunion*, req. n° 337071

*Grégory KALFLÈCHE*, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur du Centre de Recherche juridique, Directeur du master 2 Droit public, Directeur du Collège de droit

Le référé précontractuel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative est de pratique courante désormais. Le temps où le requérant évincé craignait de contester le marché duquel il avait été écarté s'éloigne de plus en plus. La réticence existe encore à La Réunion, mais de plus en plus d'opérateurs économiques constatent au contraire que celui qui conteste remporte souvent l'appel d'offres qu'il a réussi à annuler. Le propre de ce recours d'origine communautaire est son efficacité et sa rapidité. Juge « en la forme des référés », statuant la plupart du temps seul et toujours avec des pouvoirs étendus, le juge des référés précontractuels se doit d'empêcher que le marché soit exécuté malgré son illégalité initiale comme cela était bien souvent le cas auparavant. Le succès de cette formule est d'ailleurs à l'origine du choix d'un

référé contractuel pour la transposition de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007<sup>1</sup>, transposé dans le CJA avec une modification du référé précontractuel par l'ordonnance du 7 mai 2009.

Le cas d'espèce est intéressant parce qu'il pose une limite à l'efficacité de ce recours et démontre que, malgré sa forme originale, le référé précontractuel reste un recours juridictionnel soumis à un formalisme relativement strict. Les garanties procédurales sont en filigrane de cet arrêt. La Région Réunion se pourvoit en cassation devant le Conseil d'État contre une décision rendue en référé précontractuel par le juge du Tribunal administratif de Saint-Denis. Il s'agit d'une ordonnance rendue à l'occasion d'un marché portant sur les lots 1 et 2 du marché de prestations d'assurances, concernant respectivement les risques responsabilités civile et dommage aux biens. Le moyen le plus intéressant porte sur le fait qu'à l'issue de l'audience, après avoir enjoint aux parties de différer la signature du contrat, le juge des référés avait communiqué aux parties une ordonnance datée du jour même, mais se limitant dans son contenu au seul dispositif d'annulation de la procédure et de la formule exécutoire, tout en précisant expressément que ce document ne faisait pas courir le délai de recours. Manquaient donc notamment les visas et les motifs de la décision.

Cette pratique n'a rien de spécialement original. Elle est en effet expressément prévue dans le code de justice administrative. On la retrouve d'abord à l'article R. 522-13 CJA<sup>2</sup> pour l'ensemble des référés d'urgence, notamment quand l'urgence justifie une notification et une application immédiate (et donc une formule exécutoire de l'article R. 751-1 CJA). On la retrouve aussi à l'identique à l'article R. 776-17 CJA dans le contentieux des arrêtés de reconduite à la frontière, où l'urgence est aussi la règle. Pour autant, il est vrai que cette possibilité n'est pas ouverte par un texte dans le cadre des référés précontractuels.

Le juge des référés du Tribunal administratif voit donc son ordonnance cassée sur ce moyen. La solution est rigoureuse en droit, même si la pratique du juge des référés se justifie aussi pleinement au fond. Les juges du tribunal administratif de Saint-Denis sont aussi ceux de Mamoudzou et les dispositions du CJA sur les reconduites à la frontière leur sont devenues très habituelles. Ils en ont apprécié l'efficacité et l'objectif du juge des référés était certainement l'efficacité. Il y a là en effet un moyen facile d'empêcher les parties de signer le contrat avant que la décision ne leur soit notifiée. On peut même y voir une volonté de transparence qui évite de laisser les parties dans l'expectative sur le sens qu'il donne à sa décision.

Mais tel n'a pas été l'interprétation du Conseil d'État. La communication des motifs d'une décision est très importante pour en comprendre le dispositif et pour exercer les recours de manière adéquate. En application de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, le Conseil d'État a certainement considéré que l'apparence de justice était atteinte si la décision était communiquée aux parties sans motivation<sup>3</sup>. Or, en l'espèce la justice est effectivement rendue puisque la formule exécutoire est présente sur le document communiqué. Dès lors, si l'on considère que ce principe est atteint, l'exception à la motivation de l'acte ne peut venir que d'une règle expresse. Ce raisonnement se comprend, mais on notera tout de même que la règle « dérogoire » des articles R. 522-13 et R 776-17 est issue de textes réglementaires ne pouvant normalement pas déroger, même pour de bonnes raisons, à un droit fondamental aux

<sup>1</sup> Directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, cf. G. Kalflèche, « La modification des directives « Recours » en matière de marchés publics », Europe, 2008, étude 4, pages 4-9.

<sup>2</sup> Article issu du décret n°2000-1115 du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative, c'est-à-dire la loi ayant créé les référés aujourd'hui classiques (notamment les référés d'urgence comme le référé liberté et le référé suspension).

<sup>3</sup> En application de l'adage anglais repris par cette cours « justice must not only be done, it must be seen to be done ».

termes de l'article 37 de la constitution. De plus, le juge des référés avait pris la précaution – l'arrêt le note – d'écrire expressément que les délais de recours ne partaient pas de cette première notification, mais qu'il faudrait attendre la notification de la décision « complète », avec une même date de lecture (donc la même décision) pour que les délais courent.

La cassation de l'ordonnance du juge des référés de Saint-Denis est sévère, mais elle fait vraisemblablement partie des gages indirects que doit donner le droit français pour que la Cour européenne des droits de l'Homme revienne à de meilleurs sentiments sur l'impartialité du juge administratif.

### **Délais de recours, délais de distance, Mayotte, Wallis et Futuna, Polynésie Française, cumul de délais, fin des délais, rectification, signature des mémoires**

Conseil d'État, 23 juillet 2010, Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer et des collectivités territoriales, req. 335845

Conseil d'État, 24 novembre 2010, Président de la Polynésie française, req. 332628

*Grégory KALFLECHE, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur du Centre de Recherche juridique, Directeur du master 2 Droit public, Directeur du Collège de droit*

Les délais de distance prévus dans le code de justice administrative pour les outre-mers peuvent apparaître comme quelque peu surannés. Il est loin le temps de l'aéropostale où ce n'est qu'au bout de plusieurs semaines de voyage marquées par différentes étapes exotiques qu'un avion atterrissait dans les colonies. Aujourd'hui, non seulement les lettres ne mettent que quelques jours à arriver en métropole au départ des collectivités ultramarines, mais le développement des moyens électronique va conduire à réduire à néant les différences de traitement en fonction du lieu de vie du requérant.

Déjà, on le sait, les requêtes peuvent être envoyées par fax ou par courrier électronique. La contrainte temporelle du délai de recours est alors très limitée, puisque la jurisprudence ne requiert que la production postérieure, sans délai fixe, d'un exemplaire du mémoire dûment signé. Le Conseil d'État a même accepté que cette rectification résulte de la signature du fax ou du courriel envoyé aux greffes par l'avocat à l'occasion d'un passage au tribunal, à la cour ou au Conseil. (CE 13 mars 1996, *Diraison*, req. 112949, rec. p. 76). Un envoi par courriel d'une contestation électorale à la Préfecture a même été considéré comme valablement réalisé par une lettre de l'auteur adressée au tribunal administratif pour confirmer qu'il était bien l'auteur du courriel (CE 28 décembre 2001, *Election municipales d'Entre-deux-Monts*, req. 235784)<sup>1</sup>. Cette souplesse accordée par le juge dans le dépôt des requêtes permet ainsi de dépasser largement les deux mois de recours contentieux, ou plutôt d'optimiser ce délai en évitant qu'il soit réduit par des délais postaux.

---

<sup>1</sup> L'arrêt considère ainsi que : « aux termes de l'article R. 119 du code électoral : Les réclamations contre les opérations électorales doivent être consignées au procès-verbal, sinon être déposées, à peine de nullité, dans les cinq jours qui suivent le jour de l'élection (...) à la préfecture. Elles sont immédiatement adressées au préfet qui les fait enregistrer au greffe (...) du tribunal administratif. (...) Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'accusé de réception émis par la préfecture que la protestation de M. Y..., (...), a été transmise à la préfecture du Jura par un courrier électronique reçu le 16 mars 2001, et que M. Y... a ultérieurement confirmé être l'auteur de cette protestation par lettre adressée au tribunal administratif de Besançon ; que cette protestation était ainsi recevable ; »

Dans ce cadre, l'article R. 811-4 du code de justice administrative et les arrêts récents du Conseil d'État sur les délais dits « de distance » ne semblent plus nécessaires. Et pourtant, ils continuent à s'appliquer.

Dans un arrêt du 23 juillet 2010, le Conseil d'État a même eu une interprétation extensive des délais de distance prévus par le CJA. L'arrêt rappelle en effet les trois articles conduisant à une prorogation des délais de recours : d'abord l'article R. 811-4 CJA prévoyant que le délai d'appel de 2 mois et porté à trois mois à Mayotte, en Polynésie, à Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie. Ensuite, l'article R 811-5 CJA qui prévoit la règle générale selon laquelle les délais de distance s'ajoutent à tous les délais de droit commun. Enfin l'article R 421-7 CJA qui prévoit l'augmentation d'un mois des délais de recours d'une personne demeurant dans un outre-mer quand il dépose une requête en métropole.

Loin de considérer que ces délais ne sont plus utiles et qu'il faut les interpréter strictement, le Conseil d'État a fait une application extensive de ces dispositions en estimant que le cumul des délais était la règle. Ainsi, le délai de 3 mois pour l'appel dans les quatre collectivités précitées doit se cumuler avec le délai d'un mois applicable généralement pour toutes les collectivités ultramarines. En l'espèce, la requête en appel dirigée contre un jugement du tribunal administratif de Polynésie française devant une cour administrative métropolitaine (celle de Paris et non de Bordeaux pour la Polynésie) est donc de quatre mois.

Cette solution se justifie toutefois encore. Juridiquement, on aurait pu penser que le délai de 3 mois pour l'appel dans quatre seulement des outre-mer était une règle spéciale dérogeant à la règle générale d'augmentation du délai d'un mois. En réalité, l'article R. 811-5 pose un réel principe d'augmentation pour les distances, principe réitéré à l'article R 421-7. Ce rappel sert manifestement de fondement juridique à l'augmentation. Au fond, le cumul se justifie aussi parce que l'accès à internet n'est pas si étendu que cela encore. Mayotte attend encore pour quelques mois un accès haut débit généralisé et les provinces du nord de la Nouvelle-Calédonie ne l'ont pas plus que l'ensemble des îles de Polynésie. Le délai de distance garantit donc l'accès des citoyens au juge, y compris et surtout ceux qui ne recourent pas à un avocat. Ces considérations vont vite évoluer, mais il s'agit encore d'une réalité qu'il faut prendre en compte. Comment, par exemple, envoyer sans haut débit des photos ou des plans ?

Dans un arrêt du 24 novembre 2010, *Président de la Polynésie française*, le Conseil d'État reprend d'ailleurs cette jurisprudence de manière quelque peu étonnante. Le considérant faisant référence aux articles fondant la solution est construit en trois temps identiques. Pour autant, il ne se réfère pas dans le 3<sup>e</sup> temps à l'article R 421-7 du CJA, mais aux articles 643 et 644 du nouveau Code de procédure civile. Cette différence ne se justifie pas par un recours devant une juridiction civile puisque les deux arrêts sont relatifs à des recours en appel devant la Cour administrative d'appel de Paris depuis la Polynésie. Elle trouve son origine dans une utilisation erronée de l'article R. 811-5 du CJA. Dans le second arrêt, le Conseil d'État (10<sup>e</sup> section jugeant seule) se réfère en effet à la version de l'article antérieure au 16 mai 2008 (donc inapplicable en l'espèce) et non à celle postérieure, issue du décret n° 2008-452 du 13 mai 2008 *modifiant, pour l'outre-mer, le code de justice administrative (partie réglementaire) et le code de procédure civile*. Ce décret avait pour objet unique d'éviter ce renvoi au NCPC, trace de la situation qui prévalait avant le Code de justice administrative. Au fond, cela n'a pas de conséquence : la jurisprudence du Conseil d'État n'est pas différente selon la 10<sup>e</sup> et la 7<sup>e</sup> sous-section, fort heureusement. Il ne s'agit que d'une erreur matérielle qui justifie l'existence de Légifrance, si certains en doutaient encore. Plus que jamais, on le voit, les nouvelles technologies vont venir modifier peu à peu notre pratique contentieuse du droit.

## **Consécration prétorienne du pouvoir souverain du juge administratif pour contrôler le respect de la condition de réciprocité**

Conseil d'État, Assemblée, 9 juillet 2010, *Madame Souad Cheriet-Benseghir*, req. n° 317747, à paraître au *Recueil Lebon*

*Laurent BENOITON, Docteur en droit, Chargé de cours à l'Université de La Réunion*

### **La consécration prétorienne du pouvoir souverain du juge administratif pour contrôler le respect de la condition de réciprocité.**

Vingt ans après l'arrêt *GISTI*<sup>1</sup>, qui a sonné le glas de la justice retenue en matière d'interprétation des conventions internationales, l'arrêt d'Assemblée *Madame Souad Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010 est venu parachever l'avancée réalisée par le juge administratif français, s'agissant cette fois du respect de la condition de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958<sup>2</sup>. Si la position du Conseil d'Etat ne faisait plus guère de doute, aucune décision en ce sens n'avait encore été rendue par le juge administratif suprême, faute d'affaires susceptibles d'entraîner le revirement désormais opéré. Est ainsi venu le temps du « *changement de cap jurisprudentiel* »<sup>3</sup> du Conseil d'Etat en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité, le juge administratif ayant décidé d'abandonner sa jurisprudence *Rekhou* du 29 mai 1981<sup>4</sup>.

L'arrêt de principe du 9 juillet 2010 concerne la portée de l'article 55 de la Constitution qui prévoit la supériorité des traités ou accords internationaux sur les lois françaises, soumettant toutefois celle-ci à une triple condition : *primo*, les traités ou accords doivent avoir été régulièrement ratifiés ou approuvés ; *secundo*, ils doivent avoir été publiés ; et *tertio*, ils doivent être appliqués par l'autre Etat partie, la condition dite de réciprocité étant ainsi énoncée<sup>5</sup>, bien que l'introduction de cette réserve par le pouvoir constituant ait pu être considérée comme une innovation « *fâcheuse* » et « *maladroite* »<sup>6</sup>.

Les faits ayant donné lieu au renversement de jurisprudence sont simples. Ils sont également similaires à ceux ayant donné lieu au dernier arrêt rendu en la matière dans l'affaire *Chevrol-Benkeddach*<sup>7</sup>, qui a connu un dénouement différent. Madame Cheriet-Benseghir, femme

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, *Rec.* p. 171, concl. R. ABRAHAM ; *GAJA*, 2009, n° 95, p. 675 ; *AJDA* 1990, p. 621, concl. R. ABRAHAM, note G. TEBOUL ; *D.* 1990, p. 560, note P. SABOURIN ; *RDP* 1990, p. 1579, note F. SABIANI ; *RFDA* 1990, p. 923, note J.-F. LACHAUME, p. 1085, obs. D. RUZIE ; *LPA* 19 septembre 1990, p. 8, note J.-F. FLAUSS ; *JCP* 1990, II 21579, note J. TERCINET ; *JDI* 1990, p. 968, note F. JULIEN-LAFERRIERE ; *RRJ* 1991, p. 753, note R. GHEVONTIAN.

<sup>2</sup> L'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 est cité dans le quatrième considérant de l'arrêt : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

<sup>3</sup> Pour reprendre l'expression du professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les "nouveaux" revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 329-344.

<sup>4</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *RDP* 1981, p. 1707.

<sup>5</sup> La formulation de cette condition est une référence à la règle de l'exception d'inexécution admise en droit international, règle qui constitue l'une des manifestations du principe général de réciprocité. Elle a été systématisée par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dans ses articles 60 et suivants.

<sup>6</sup> P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2004, p. 410.

<sup>7</sup> CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, *Rec.* p. 115 ; *AJDA* 1999, p. 459, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *RFDA* 1999, p. 937, note J.-F. LACHAUME.

de nationalité française titulaire d'un diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran, s'est vue refuser l'inscription au tableau par le Conseil départemental de l'ordre des médecins de la Haute-Garonne. Saisi en appel, le Conseil régional de l'ordre des médecins de Midi-Pyrénées siégeant en formation restreinte a confirmé cette solution par décision du 25 octobre 2007, tout comme la formation restreinte du Conseil national de l'ordre des médecins, qui a également rejeté le recours de Madame Cheriet-Benseghir par la décision n° 45 du 19 mars 2008. Pour justifier le refus d'inscription au tableau de l'ordre des médecins, le Conseil national de l'ordre des médecins s'était fondé sur deux motifs : d'une part, le motif selon lequel ce diplôme n'était pas valable de plein droit en France sur le fondement de l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, faute d'application réciproque de cette déclaration par la partie algérienne, et d'autre part, le motif selon lequel les attestations délivrées par le ministre chargé de l'enseignement supérieur relatives à la valeur scientifique du diplôme algérien ne lui conféraient pas la qualité de l'un des diplômes mentionnés à l'article L. 4111-1 du Code de la sante publique.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat était amené à se prononcer le 9 juillet 2010. Réparant la « négligence » commise en 1999 lors de l'examen de l'affaire *Chevrol-Benkeddach*, il a fait évoluer sa jurisprudence en se rapprochant de la solution adoptée dans l'affaire *GISTI* relative à l'interprétation des traités, tout en s'en démarquant quelque peu.

En éclipsant l'un des derniers îlots de justice retenue dans son arrêt d'Assemblée du 9 juillet 2010 (I), le Conseil d'Etat a consacré le pouvoir souverain d'appréciation du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité (II).

## **I. L'abandon de la justice retenue en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité**

Opposée à la justice « déléguée », dans laquelle le pouvoir de juger appartient au juge administratif, la justice « retenue » représente une vision archaïque de la justice administrative, non séparée du pouvoir exécutif. Elle a été abandonnée par le grand arrêt *Cadot*<sup>1</sup>, qui a mis fin à la théorie dite du « ministre-juge ». Mais l'utilisation traditionnelle du mécanisme du renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères par le juge administratif, qui s'estimait ensuite lié par l'avis ministériel, pouvait être présentée comme la résurgence d'une justice administrative retenue.

Le mouvement de « conventionnalisation » engagé par l'arrêt *GISTI* en matière d'interprétation des traités était voué à s'étendre à la question de l'appréciation de la condition de réciprocité. Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, Ronny ABRAHAM envisageait déjà que la solution adoptée en matière d'interprétation des traités soit, « *le moment venu* », mise en harmonie avec celle qui gouverne l'appréciation de la condition de réciprocité. Bien que tardive, cette évolution jurisprudentielle latente s'est enfin accomplie.

Aussi la fin de la justice retenue en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité était non seulement attendue (A), mais aussi annoncée (B).

---

<sup>1</sup> CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec.* p. 1148, ccl. JAGERSCHMIDT ; *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., 2009, n° 5.

## A. Un abandon attendu

Vestige de la justice retenue, le mécanisme de la question préjudicielle, tel que pratiqué par le juge administratif, reposait sur une conception traditionnelle du rôle du juge, aujourd'hui désuète (1). L'archaïsme de l'institution, incompatible avec les exigences du droit à un procès équitable, avait été stigmatisé par la Cour européenne des droits de l'homme (2).

### 1. Une conception traditionnelle désuète

Lorsqu'il était appelé à vérifier, à l'occasion d'un litige, si la condition de réciprocité était ou non remplie, le juge administratif renvoyait cette question au ministre des Affaires étrangères, faisant de ce dernier le « ministre-juge » du respect de la condition de réciprocité. En effet, il considérait, de manière constante depuis l'arrêt *Rekhou*<sup>1</sup>, qu'il ne pouvait vérifier lui-même si la condition de réciprocité était respectée et qu'il devait, lorsqu'une telle question se posait, l'adresser au ministre des Affaires étrangères, afin que ce dernier se prononce. Selon lui, le ministre était « *seul compétent pour se prononcer sur une telle question* »<sup>2</sup>. Cette « automutilation de la fonction juridictionnelle » était entière puisque l'avis ministériel était déterminant pour l'issue du litige, le juge administratif s'estimant lié par lui.

Deux raisons justifiaient ce comportement. En premier lieu, le juge administratif considérait qu'il ne disposait pas des informations suffisantes pour se prononcer avec certitude sur l'application ou non des conventions internationales par un autre Etat. Dépourvu d'éléments de fait, il ne s'estimait pas être le mieux placé pour se livrer à une telle appréciation. En second lieu, le juge administratif estimait qu'il lui était difficile de porter un jugement pouvant interférer dans les relations diplomatiques que la France entretient avec l'autre Etat partie au traité. Le contrôle du respect de la condition de réciprocité revêt, semble-t-il, un caractère plus politique que juridique<sup>3</sup>. Cependant, comme l'énonce un auteur, il est difficile de percevoir la différence entre une telle appréciation et le contrôle que le juge administratif exerce en matière d'extradition pour déterminer si l'ordre public est respecté<sup>4</sup>.

Rare, l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel au ministre aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité ne s'est guère posée. Si l'on excepte un arrêt de 1963 dans lequel le Conseil d'Etat s'était implicitement prononcé sur la question<sup>5</sup>, l'arrêt du 9 juillet 2010 n'est, il est vrai, que le cinquième arrêt intervenu en la matière<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707, concl. J.-F. THERY ; RGDIP 1982, p. 410, note C. BLUMANN ; AJDA 1981, p. 459, chron. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE.

<sup>2</sup> CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707.

<sup>3</sup> En ce sens, par exemple : B. GENEVOIS, note sous CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, RFDA 1989, p. 830 : « *l'appréciation de la réciprocité relève essentiellement d'un problème d'opportunité politique (...) Il s'agit moins d'une question de droit ou de fait relevant du juge que d'un problème d'opportunité politique* ».

<sup>4</sup> S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, Chron. sous CE, ass., 9 juillet 2010, *Madame Cheriet-Benseghir et Fédération nationale de la libre pensée et autres*, AJDA 2010, pp. 1635-1642, spéc. p. 6.

<sup>5</sup> Dans cet arrêt (CE, Sect., 25 janvier 1963, *Costa*, Rec. p. 47) recensé par le professeur Raymond ODENT, le Conseil d'Etat avait implicitement admis qu'il n'avait pas à rechercher d'office si la condition de réciprocité était remplie : voir R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, Tome I, Fasc. 1, p. 145.

<sup>6</sup> Seuls quatre arrêts étaient répertoriés à ce sujet : CE, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, RDP 1981, p. 1707, concl. J.-F. THERY ; RGDIP 1982, p. 410, note C. BLUMANN ; AJDA 1981, p. 459, chron. F. TIBERGHIEU et B. LASSERRE ; CE, Ass., 29 mai 1981, *Ministre du Budget c. Mme Veuve Bellil*, Rec. p. 220 ; CE, 27 février 1987, *Ministre du budget c. Nguyen Van Giao*, Rec. p. 77 ; CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, Rec. p. 115 ; AJDA 1999, p. 459, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; RFDA 1999, p. 937, note J.-F. LACHAUME.

Privant le juge administratif de sa fonction de juger, la position traditionnelle issue de l'arrêt *Rekhou* se heurtait directement à la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit le droit à un tribunal « *de pleine juridiction* ».

## 2. Une conception traditionnelle condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme

L'incompatibilité du mécanisme de la question préjudicielle relative à la condition de réciprocité a été relevée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *Chevrol contre France* du 13 février 2003<sup>1</sup>. En ce qu'il dépossède le juge administratif de son pouvoir de juger les litiges qui lui sont soumis, le mécanisme emporte violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, plus largement, des « *grands principes sur lesquels repose le droit public français (...): le droit à l'exercice d'un recours juridictionnel, l'impartialité du juge, l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative* »<sup>2</sup>. Considérant que le droit du justiciable à un tribunal de pleine juridiction exige, en matière civile, un contrôle du droit et des faits, l'utilisation en ces termes de la question préjudicielle aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité aboutit à ce que le juge se prive « *volontairement de la compétence lui permettant d'examiner et de prendre en compte des éléments de fait qui (peuvent) être cruciaux pour le règlement du litige* »<sup>3</sup>.

La position de la Cour européenne des droits de l'homme n'était en rien imprévisible, à tel point que l'on peut s'étonner que le Conseil d'Etat ait maintenu sa jurisprudence traditionnelle en 1999 lorsque l'affaire *Chevrol-Benkeddach* s'est présentée à lui<sup>4</sup>. En effet, les arrêts *Benthem contre Pays-Bas* du 23 octobre 1985<sup>5</sup> et *Beaumartin contre France* du 24 novembre 1994<sup>6</sup> avaient d'ores et déjà scellé la position de la Cour sur les institutions nationales traditionnelles portant atteinte au droit à un tribunal de pleine juridiction en ce que le juge administratif n'assurait pas la « *solution juridictionnelle du litige* ». Le premier arrêt avait condamné la procédure de recours devant la Couronne (« *Kroonberoep* »), recours administratif, le Gouvernement statuant après avis de la Section du contentieux du Conseil d'Etat depuis une loi de 1861. Le Conseil d'Etat néerlandais (*Raad van State*) était dans le cadre de cette procédure un organe simplement consultatif, chargé de préparer un projet de décision pour le Gouvernement qui, lui, prenait la décision finale. Le second arrêt avait sanctionné l'Etat français pour la pratique du juge administratif consistant, en cas de difficultés d'interprétation, à poser une question préjudicielle au ministre des Affaires étrangères quant à l'interprétation à donner au traité en cause. Le vice d'inconventionnalité résultait du fait que l'interprétation ministérielle liait le juge administratif<sup>7</sup>. Ces deux arrêts ont tous deux entraîné des mesures générales de conventionnalisation aux Pays-Bas et en France : pour les Pays-Bas, la loi provisoire du 18 juin 1987 sur les litiges portés devant la Couronne et la loi définitive du 4 juin 1992 portant règles générales de droit administratif, et pour la France, l'arrêt *GISTI* du Conseil d'Etat.

<sup>1</sup> Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, D. 2003, Jur., p. 931, note H. MOUTOUH ; *AJDA* 2003, p. 1984, note T. RAMBAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 572, obs. R. LIBCHABER.

<sup>2</sup> R. ABRAHAM, concl. sur l'arrêt du CE, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, *AJDA* 1990, p. 627.

<sup>3</sup> Cour EDH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, § 82.

<sup>4</sup> Arrêt préc.

<sup>5</sup> Cour EDH, 23 octobre 1985, *Benthem c. Pays-Bas*, série A, n° 97 ; *JDI* 1986, p. 1089, obs. P. ROLLAND.

<sup>6</sup> Cour EDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, § 38, série A, n° 296-B ; D. 1995, Jur., p. 273, note X. PRETOT ; *RUDH* 1994, p. 405 ; *AJDA* 1995, p. 137, obs. J.-F. FLAUSS.

<sup>7</sup> L'arrêt *Beaumartin* avait même été confirmé par le Palais des droits de l'homme : Cour EDH, 17 décembre 1996, *Terra Woningen B.V. c. Pays-Bas*, *JCP G* 1997, I 4000, p. 74, obs. F. SUDRE (violation en raison de la position d'une juridiction judiciaire cantonale, qui a estimé qu'elle était liée par le rapport d'une autorité administrative sur la pollution du sol et ses effets sur la santé publique et l'environnement).



En ce qu'il évite la répétition de l'illicite, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* figure aujourd'hui parmi les mesures générales d'eupéanisation intéressant les droits du contentieux administratif européens. Attendu, le revirement opéré par le Conseil d'Etat le 9 juillet 2010 était également annoncé.

## **B. Un abandon annoncé**

S'il s'est fait attendre, l'abandon de la jurisprudence *Rekhou* par le Conseil d'Etat avait néanmoins été annoncé. A l'échelon européen, la clôture de l'affaire *Chevrol contre France* par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, réalisée en l'absence de mesure générale d'exécution, en constituait un indice fort. Par ailleurs, à l'échelon national, on pouvait déceler dans la jurisprudence du juge administratif du fond un signe avant-coureur de cet abandon.

### **1. La clôture de l'affaire *Chevrol contre France* en l'absence de mesure générale d'exécution**

Chargé de contrôler l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 46 de la CEDH, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est devenu le garant de l'eurocompatibilité des mesures d'adaptation des droits nationaux. A ce titre, il a clôturé l'affaire *Chevrol contre France*, en 2006<sup>1</sup>, sans attendre qu'une mesure générale d'exécution, c'est-à-dire un revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat français, ne soit adoptée. Si le Comité des Ministres se montre souvent plus tatillon dans son contrôle, la clôture de l'affaire *Chevrol* était quant à elle parfaitement justifiée. Il était bien difficile de prédire quand le juge administratif français allait pouvoir faire évoluer sa position. Les affaires soulevant le présent vice d'inconventionnalité sont rares, comme nous l'avons indiqué, et encore fallait-il que l'occasion de réceptionner l'arrêt *Chevrol contre France* se présente au Conseil d'Etat.

Toutefois, l'évolution de la jurisprudence administrative française ne faisait pas de doute pour le Comité des Ministres qui, en raison des informations données par le Gouvernement français, avait estimé à l'époque qu'il « *n'y a pas lieu de douter qu'il* (le Conseil d'Etat français) *tirera toutes les conséquences du présent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa pratique jurisprudentielle afin d'assurer sa pleine indépendance et ainsi éviter ce type de violation* »<sup>2</sup>. Le présent arrêt démontre que la confiance du Comité était pleinement fondée.

Tout scepticisme sur le changement de cap à venir du juge administratif pouvait, de surcroît, être écarté, en raison d'un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles.

### **2. L'arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Versailles du 8 octobre 2007**

Il était permis de discerner dans une jurisprudence récente de la Cour administrative d'appel de Versailles, « *une amorce de revirement de jurisprudence* »<sup>1</sup>. En effet, il ressort d'un

---

<sup>1</sup> CM, ResDH(2006)52, 2 novembre 2006, aff. *Chevrol c. France*.

<sup>2</sup> *Idem*.

<sup>1</sup> Voir notre thèse : L. BENOITON, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sur les contentieux*

arrêt de la Cour administrative d'appel du 8 octobre 2007<sup>2</sup> que le juge administratif ne s'estime plus lié par l'appréciation de l'administration sur le respect d'une condition de réciprocité dont dépend la solution du litige. Dans cette espèce, la Cour était saisie de la légalité d'une décision préfectorale de refus d'échanger un permis de conduire congolais contre un permis français au motif que la République démocratique du Congo n'appliquait pas la condition de réciprocité en matière d'échange de permis de conduire. Le préfet s'était appuyé sur une circulaire du ministre chargé des transports, prise après consultation du ministre des Affaires étrangères, établissant la liste des pays remplissant la condition de réciprocité posée par l'arrêté du 8 février 1999 fixant les conditions de reconnaissance et d'échange des permis de conduire délivrés par les Etats n'appartenant ni à l'Union européenne, ni à l'Espace économique européen, au nombre desquels ne figure pas la République démocratique du Congo. L'on identifie clairement, parmi les termes utilisés, ceux par lesquels le juge administratif a affirmé sa liberté de décider dans un sens contraire à celui de l'administration, en toute indépendance : « *que M. Mvuala Zola ne conteste pas l'appréciation ainsi portée sur le respect par la République démocratique du Congo de la condition de réciprocité en matière d'échange de permis de conduire et ne présente pas davantage devant la Cour que devant le tribunal d'élément susceptible de démontrer que cette condition serait satisfaite* ».

Ainsi, la Cour administrative d'appel s'était reconnue compétente pour apprécier les éventuels éléments de fait transmis par une partie et démontrant l'application réciproque du traité par l'Etat étranger. Il est vrai que la Cour administrative d'appel n'était pas saisie de l'application d'une convention internationale, mais de celle d'un arrêté ministériel prévoyant une condition de réciprocité. Cependant, il semblait légitime de penser, à l'instar de Gilles PELLISSIER, que « *le contrôle exercé ici par la Cour (dût) être étendu à l'application des conventions internationales* »<sup>3</sup>. Partant, la solution de la Cour administrative d'appel contenait le germe d'un revirement de jurisprudence du juge administratif relatif au renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères aux fins de contrôle du respect de la condition de réciprocité.

Si, pour des considérations de politique jurisprudentielle ou de conventionnalité, le revirement était attendu et annoncé, il n'allait cependant pas de soi. En effet, comme nous l'avons souligné, saisie de faits identiques en 1999, l'Assemblée du Conseil d'Etat avait maintenu la jurisprudence *Rekhou*, écartant par là même tout rapprochement avec la solution *GISTI*. A l'époque, l'éventualité d'une absence de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de réciprocité devait encore nourrir l'espoir du Conseil d'Etat français, qui envisageait sans doute une position divergente de la Cour par rapport à l'affaire *Beaumartin*. Sous-estimée, la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un tribunal a, à terme, eu raison de la position traditionnelle du Conseil d'Etat, qui, dans l'arrêt ici commenté, a consacré le pouvoir d'appréciation du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité.

## **II. La consécration du pouvoir d'appréciation souveraine du juge administratif en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité**

---

*administratifs nationaux. Essai sur la standardisation des droits européens*, Thèse, Université de La Réunion, 2009, § 48, p. 58.

<sup>2</sup> CAA Versailles, 5<sup>e</sup> ch., 8 octobre 2007, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. M. Mvuala Zola*, req. n° 06VE00142, *AJDA* 2008, p. 29, obs. G. PELLISSIER.

<sup>3</sup> G. PELLISSIER, obs. sous l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Versailles préc., *AJDA* 2008, p. 31.

C'est dans un considérant de principe que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a formulé, sous le visa de la CEDH, la nouvelle règle prétorienne qui sera dorénavant applicable dans les rares litiges soulevant un problème lié au respect de la condition de réciprocité. Le juge a préalablement cité les textes constitutionnels pris en compte pour l'énoncé de cette nouvelle règle : en premier lieu, l'article 55 de la Constitution de la Cinquième République ; en second lieu, le Quatorzième alinéa du Préambule du 27 octobre 1946, qui prévoit que « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». La référence au Préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République a permis au juge de faire, pour la première fois, mention d'une règle primordiale du droit international, à savoir la règle *pacta sunt servanda*. En effet, selon le Conseil d'Etat, cette règle, « *qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »<sup>1</sup>, figure au nombre des règles du droit international public auxquelles la République française est soumise et attachée. Outre le fait qu'il traduit une influence de la jurisprudence du Palais des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* porte également la marque d'une constitutionnalisation du droit administratif<sup>2</sup>, avec la référence explicite du Conseil d'Etat à la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 relative au Traité de Maastricht<sup>3</sup>.

Une fois encore, « *audace et pragmatisme* » ont permis au juge administratif d'endosser de nouveaux habits<sup>4</sup> en affirmant dans l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* son pouvoir souverain d'appréciation du respect de la condition de réciprocité (A). Il dispose, de par ses pouvoirs d'instruction, de moyens lui permettant de vérifier si l'Etat intéressé applique également le traité ou l'accord international (B).

### **A. L'affirmation par le juge administratif de son pouvoir souverain d'appréciation**

S'inscrivant en opposition directe avec la jurisprudence antérieure, les termes de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* sont sans équivoque : « *il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie* ». La formule utilisée n'est pas sans rappeler le célèbre arrêt *Cadot*<sup>1</sup>, qui avait jadis marqué la naissance du Conseil d'Etat comme juge de droit commun du contentieux administratif.

---

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat n'a fait que reprendre ici l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

<sup>2</sup> Sur le phénomène de constitutionnalisation du droit en France et outre-manche, voir : L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42 ; du même auteur, « La constitutionnalisation du droit », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), Aix en Provence, PUAM, 1998, pp. 181-195 ; du même auteur, « La constitutionnalisation de l'ordre juridique – Considérations générales », *RBDC* 1998, pp. 233-243 ; P. DELVOLVÉ, « La constitutionnalisation du droit administratif », in *1958 - 2008 Cinquième anniversaire de la Constitution française*, Association française de droit constitutionnel, B. MATHIEU (dir.), Paris, Dalloz, 2008, pp. 397-418 ; S. GUINCHARD, « La constitutionnalisation du droit processuel », in *1958-2008 Cinquième anniversaire de la Constitution française*, ouvrage précité, pp. 459-473 ; Lord STEYN, *The constitutionalisation of Public Law*, Londres, London Unit, 1999.

<sup>3</sup> Voir le § 7 de cette décision : Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, décision n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*, *JORF* du 11 avril 1992, p. 5354. On peut trouver deux autres décisions constitutionnelles concernant la règle *Pacta sunt servanda* : Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Loi autorisant la ratification de la convention portant statut de la Cour pénale internationale*, *JORF* du 24 janvier 1999, p. 1317 ; Décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, *JORF* du 23 juillet 1993, p. 10391.

<sup>4</sup> J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Les habits neufs du juge administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 11-19, spéc. p. 19.

<sup>1</sup> Arrêt *Cadot* précité : « *il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître* ».

Par l'arrêt du 9 juillet 2010, le juge administratif s'est émancipé de l'appréciation ministérielle de la condition de réciprocité. Ce faisant, il a implicitement confirmé le rejet d'un alignement sur la jurisprudence judiciaire, qui repose sur un raisonnement juridique différent.

## 1. L'émancipation prétorienne du juge administratif

Auparavant, le juge administratif s'en remettait entièrement aux observations du Quai d'Orsay. Mais il appartient désormais au juge administratif de vérifier lui-même si la condition prévue à l'article 55 est ou non remplie. Le juge administratif s'est donc explicitement émancipé du *dictum* du ministre. C'est à lui de se prononcer sur le moyen soulevé par une partie suivant lequel une décision administrative a, à tort, sur le fondement de la réserve de réciprocité, fait application d'un traité ou bien écarté son application.

Une fois saisi, à l'occasion d'un litige, le ministre ne délivrera que des observations qui ne s'imposeront plus au juge administratif. Qualifiée d'« observations » par le Conseil d'Etat, la position ministérielle sur la question posée ne fera plus foi dans tous les cas, le juge administratif bénéficiant de la plénitude de juridiction pour apprécier, au vu de l'ensemble « des pièces du dossier », si les stipulations d'un traité sont appliquées par l'Etat en cause.

En l'espèce, l'administration et le Conseil national de l'Ordre des médecins invoquaient le fait que les conditions de programme, de scolarité et d'examen conduisant à la délivrance du diplôme de docteur en médecine avaient cessé d'être identiques en France et en Algérie dès la fin des années 1960. Selon le Conseil d'Etat, cette circonstance n'est « pas de nature à établir que l'Algérie n'applique pas les stipulations précitées de la déclaration du 19 mars 1962 ». Il précise que, dès lors, « il ne ressort ni des pièces du dossier, ni de l'audience d'instruction tenue (...) que des grades et diplômes d'enseignement de médecine délivrés en France dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen qu'en Algérie n'y auraient pas été regardés comme valables de plein droit ». Par conséquent, le juge administratif a tranché seul le litige dont il était saisi, sans se considérer tenu par les observations du ministre des Affaires étrangères. Il a décidé que la condition de réciprocité était en l'espèce respectée. Dès lors, l'article 5 de la déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie, qui énonce les conditions de fond requises pour la validité de plein droit, dans les deux pays, des grades et diplômes d'enseignement de médecine, était applicable au litige.

En se reconnaissant ainsi compétent pour contrôler le respect de la réserve de réciprocité prévue à l'article 55 de la Constitution, le Conseil d'Etat a *ipso facto* écarté la solution consistant à s'aligner sur la position du juge judiciaire.

## 2. Le rejet confirmé d'un alignement sur la jurisprudence judiciaire

Vainement proposée au Conseil d'Etat en 1999 par le commissaire du gouvernement Rémy SCHWARTZ dans ses conclusions sur l'arrêt *Mme Chevrol-Benkeddach*, la solution consacrée par le juge judiciaire en matière de réserve de réciprocité n'a jamais retenu l'attention du juge administratif, qui en a à nouveau confirmé le rejet. Non exempte de critiques, la solution de la Cour de cassation, issue de l'arrêt *Kryla* du 6 mars 1984<sup>1</sup>, consacre une proposition

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 1, 6 mars 1984, *Kryla c. Mme Kappy épouse Lisak*, Bull. civ. I, p. 69 ; AFDI 1985, p. 925, chron. J.-F.

doctrinale<sup>2</sup> : « en l'absence de toute initiative prise par le Gouvernement pour dénoncer une convention ou en suspendre l'application, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre Etats par l'article 55 de la Constitution »<sup>3</sup>. La condition de réciprocité est alors réputée remplie. Il s'agit donc d'une « présomption de réciprocité »<sup>4</sup>.

L'inopportunité d'un contrôle judiciaire en matière de réciprocité a encore été récemment préconisée par un auteur<sup>5</sup>. Mais si l'on admet volontiers que la position de la Cour de cassation semble plus conforme à la jurisprudence européenne que celle qui était issue de l'ancienne jurisprudence administrative *Rekhou*<sup>6</sup>, sa conformité à la Convention est loin d'être garantie. En effet, la solution retenue par le juge judiciaire est, en effet, celle du non-contrôle. Comme l'énonce la Cour de cassation, il n'appartient pas au juge judiciaire de contrôler le respect de la condition de réciprocité en l'absence de dénonciation ou suspension gouvernementale d'une convention. Et si dénonciation ou suspension de la convention il y a, le juge judiciaire n'apprécie pas, non plus, le respect de la condition de réciprocité, dans la mesure où une dénonciation gouvernementale s'impose aux juges sans qu'ils puissent en contrôler la régularité<sup>7</sup>. Le juge judiciaire se considère lié par elle. Autrement dit, soit la condition de réciprocité est présumée remplie, soit elle ne l'est plus suite à une dénonciation ou une décision de suspension<sup>8</sup>. Dans les deux cas, c'est le Gouvernement qui s'assure du respect de la condition de réciprocité. A l'inconvénient du non-contrôle s'ajoute, par ailleurs, la critique doctrinale selon laquelle la position de la Cour de cassation fait peser sur le pouvoir exécutif une obligation de vérification permanente de l'exécution des conventions internationales auxquelles la France est partie<sup>9</sup>. Quoiqu'il en soit, la solution du juge judiciaire a le mérite de ne pas faire intervenir le gouvernement au cours même d'un procès et n'aboutit pas à ce que ce dernier influe directement sur le dénouement du litige.

Le revirement de jurisprudence opéré par le Conseil d'Etat dans le présent arrêt s'avère bien plus respectueux de l'article 6 § 1 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'émancipation prétorienne du juge administratif s'est fait attendre. Mais celle-ci ne pouvait raisonnablement que s'accompagner des précisions sur la manière pour le juge administratif de s'assurer du respect de l'article 55 de la Constitution. Ainsi, dans cet arrêt de principe qui fixe désormais la ligne de conduite du Conseil d'Etat en la matière, le juge a pris

---

LACHAUME ; *RGDIP* 1985, p. 538, note D. ROUSSEAU ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 108, note G. A. L. DROZ.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, « La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne », *Rev. crit. DIP* 1975, pp. 25-44.

<sup>3</sup> Pour une confirmation : Cass. civ. 1, 16 février 1994, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris c. Ait Kaci*, *D.* 1995, S.C., p. 161, obs. A. BRUNOIS ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 51, note P. LAGARDE. Deux arrêts ont été rendus en ce sens le même jour.

<sup>4</sup> J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 192.

<sup>5</sup> S. LEMAIRE, « Le juge judiciaire et le contrôle de la réciprocité dans l'application des traités internationaux », *D.* 2007, pp. 2322-2326. L'auteur invoque deux motifs : l'impossibilité d'énoncer les conditions de mise en œuvre de ce contrôle et une application particulièrement disparate d'un même traité.

<sup>6</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7<sup>e</sup> éd., 2005, p. 340.

<sup>7</sup> Cass. civ. 1, 23 mars 1994, *N'Guyen c. Procureur général de Paris et autre*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 51, note P. LAGARDE.

<sup>8</sup> A cet égard, selon l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la violation substantielle d'un traité constitue un motif d'extinction ou de suspension du traité bilatéral ou multilatéral.

<sup>9</sup> G. PELLISSIER, obs. sous l'arrêt de la Cour Administrative d'appel de Versailles préc., *AJDA* 2008, p. 31.

soin d'énoncer les moyens qui lui permettront de vérifier si la condition de réciprocité est remplie, afin de faire application ou non du traité.

## **B. Les moyens de contrôle du respect de la condition de réciprocité par le juge administratif**

Pour déterminer si la condition de réciprocité est ou non remplie, le juge administratif a des obligations particulières d'instruction de l'affaire. Il doit, non plus s'en remettre à l'avis – autrefois conforme – du ministre, mais utiliser les pouvoirs d'instruction dont il est titulaire. L'arrêt du 9 juillet 2010 précise qu'« il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ».

Le juge administratif dispose, grâce à ses pouvoirs d'instruction, des armes nécessaires à son office. Il semble qu'il soit tenu de respecter deux obligations : l'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre et l'obligation de soumettre ces observations au débat contradictoire.

### **1. L'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre**

Il ressort de la lettre de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* que le juge administratif a, avant de prendre une décision sur le respect de la condition de réciprocité, l'obligation de demander au ministre des Affaires étrangères de produire ses observations. En effet, l'arrêt énonce qu'il incombe au juge administratif de statuer « après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères ».

En ce sens, l'arrêt marque le passage d'une procédure d'avis conforme à une procédure d'avis obligatoire. Il résultait de l'ancienne jurisprudence *Rekhou* une obligation pour le juge administratif de saisir le ministre d'une question préjudicielle et une obligation de suivre l'avis rendu par ce dernier. A l'inverse, s'il découle du présent arrêt une obligation procédurale de recueillir les observations du ministre, celles-ci ne vont plus lier le juge, ce qui correspond à une procédure d'avis obligatoire.

C'est justement la raison pour laquelle il faut éviter tout rapprochement excessif avec la jurisprudence *GISTI*. Le Conseil d'Etat ne s'est pas aligné sur la jurisprudence *GISTI* car il apparaît, au regard des termes de l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir*, qu'une nuance essentielle existe entre le mécanisme de la question préjudicielle tel que pratiqué en matière d'interprétation des traités et le nouveau dispositif ici consacré. En effet, en matière d'interprétation des traités, le dispositif mis en place par l'arrêt *GISTI* s'apparente davantage à une procédure d'avis consultatif, avec la simple faculté pour le juge de poser la question préjudicielle au ministre, alors que s'agissant de la condition de réciprocité, recueillir les observations du ministre constitue une obligation procédurale préalable à la prise de décision. Il serait donc hâtif, voire imprudent, de conclure à une extension pure et simple de l'arrêt *GISTI* à la question de la réserve de réciprocité. Il subsiste une différence entre l'interprétation des traités internationaux et l'appréciation de la condition de réciprocité. La distorsion existant entre les deux hypothèses provient sans doute de ce que le ministre demeure l'autorité la mieux armée pour déterminer s'il

y a ou non application réciproque d'un traité par un Etat étranger. Cette divergence minimale entre les arrêts *GISTI* et *Madame Cheriet-Benseghir* se comprend par la nuance qui demeure entre l'interprétation d'un traité, qui donne lieu à une appréciation juridique, et le contrôle de l'application réciproque d'un traité, qui impose au juge de se livrer à une appréciation sur le fait. Il apparaît donc plus juste de parler de rapprochement avec l'arrêt *GISTI* que d'extension de cet arrêt à la question du contrôle du respect de la condition de réciprocité.

Enfin, l'obligation procédurale de recueillir les observations du ministre s'accompagne de celle de recueillir, « *le cas échéant* », les observations de l'Etat en cause.

Une fois les diverses observations dûment recueillies, celles-ci doivent être soumises au débat contradictoire des parties à l'instance.

## **2. La soumission des observations du ministre au débat contradictoire**

Le Conseil d'Etat considère qu'il revient au juge administratif de soumettre les observations du ministre des Affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat intéressé « *au débat contradictoire* ». L'arrêt du 9 juillet 2010 fait, par là même, des observations du ministre, un simple élément du dossier, dont les parties peuvent aujourd'hui débattre. La contradiction est ici placée au service du droit à un tribunal de pleine juridiction. Les observations du ministre seraient l'un des éléments susceptibles d'emporter la conviction du juge, tout comme les éléments apportés par le justiciable. Le juge administratif n'est donc plus tenu de statuer conformément aux observations du ministre.

Le renversement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 9 juillet 2010 pourrait avoir pour effet d'atténuer quelque peu la jurisprudence *Préfet de la Gironde contre M. Mahmedi* du 18 décembre 1992<sup>1</sup>, sans toutefois la remettre en cause directement. Selon ce dernier arrêt, la décision de dénoncer une convention internationale ou d'en suspendre les effets constitue un acte de gouvernement. Or, une décision par laquelle le juge administratif déciderait de contrôler le respect de la condition de réciprocité prévue dans une convention internationale, auparavant dénoncée ou suspendue justement en raison de l'inapplication de la convention par l'autre Etat partie, constituerait un moyen détourné de contrôle de la décision gouvernementale, bien que ce contrôle ne puisse aboutir à son annulation. Un tel contrôle juridictionnel pourrait alors aboutir à sa simple éviction dans toutes les affaires analogues, si l'appréciation de la réciprocité donnée par le gouvernement, c'est-à-dire la preuve d'un acte matériel de l'Etat étranger, n'est pas retenue par le juge.

En l'espèce, une audience d'instruction a été tenue par la 4<sup>ème</sup> sous-section de la Section du contentieux du Conseil d'Etat et l'ensemble des pièces a été soumis au débat contradictoire, y compris à l'audience publique. A ce titre, l'avocat du Conseil national de l'ordre des médecins n'a pas manqué d'user, à l'audience, de son droit de répliquer aux conclusions du rapporteur public, prérogative ouverte aux parties au procès depuis le décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions<sup>1</sup>. Cette sorte de « *note en délibéré orale* »<sup>2</sup>, qui consiste à répondre « en séance » aux

---

<sup>1</sup> CE, Ass., 18 décembre 1992, *Préfet de la Gironde c. M. Mahmedi*, Rec. p. 446 ; RFDA 1993, p. 333, ccl. F. LAMY, et p. 341, note D. RUZIE.

<sup>1</sup> Désormais, en effet, les parties ou leurs mandataires peuvent présenter « *de brèves observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites* » après le prononcé des conclusions du rapporteur public (article R. 733-1 du CJA).

<sup>2</sup> B. STIRN, « Questions à ... Bernard Stirn », AJDA 2008, p. 4. Voir par ailleurs : Conseil d'Etat, Communiqué de presse du 25 juin 2008, *Droit administratif* juillet 2008, alerte 52, p. 5.

conclusions de celui qui, comme l'écrivait René CASSIN, a « *une énorme influence sur le procès* »<sup>3</sup>, a renforcé la contradiction devant le juge administratif.

Au dernier stade de la procédure, le juge statue sur l'ensemble des éléments du débat. Il va alors apprécier si les éléments de droit et de fait suffisamment probants sont de nature à établir que la condition tenant à l'application réciproque est satisfaite. Il est ressorti du débat contradictoire mené dans cette affaire qu'aucune pièce du dossier ne démontre que l'Algérie n'applique pas les stipulations précitées de la déclaration du 19 mars 1962.

Bien que le Conseil d'Etat se soit prononcé en l'espèce dans le sens d'une application réciproque de l'accord international de 1962, contrairement à la décision du Conseil national de l'ordre des médecins, la requête de Madame Souad Cheriet-Benseghir a été rejetée. Sollicitée par le défendeur, une substitution de motifs a permis au Conseil d'Etat de sauvegarder la légalité de la décision de refus d'inscription au tableau du conseil départemental de l'ordre des médecins de la Haute-Garonne attaquée par le requérante. Dans la mesure où les conditions de programme, de scolarité et d'examen dans lesquelles Madame Cheriet-Benseghir a obtenu son diplôme de docteur en médecine délivré en 1997 par l'Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales d'Oran n'étaient pas identiques à celles qui étaient requises, à la date de la décision attaquée, pour l'obtention du même diplôme en France, la décision attaquée aurait pu être initialement prise à bon droit sur ce fondement. Au vu de cette condition prévue à l'article 5 de l'accord international bilatéral, le diplôme de l'intéressée ne peut être reconnu en France.

Chassant l'arrêt *Madame Chevrol-Benkeddach*, l'arrêt *Madame Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010 marque la fin d'une conception traditionnelle de la justice administrative qui continuait à s'appliquer, à l'ombre du procès équitable, en matière de contrôle du respect de la condition de réciprocité. L'abandon de la jurisprudence antérieure a pour incidence de faire disparaître, une fois pour toutes, du paysage juridique français, l'emprise que pouvait encore exercer le ministre des Affaires étrangères sur la juridiction administrative suprême.\*\*\*

### **Mandat du représentant d'un mineur au contentieux, mandat de première instance, validité du mandat en appel (non), rejet de la requête.**

Cour Administrative d'appel de BORDEAUX, *M. A. c/ Région Réunion*, n°09BX02150

*Siva MOUTOUALLAGUIN, ATER en Droit Public à l'Université de La Réunion*

Si le mandat, « *notion d'origine civiliste, (...) joue un rôle non négligeable en droit administratif* » (J-D. DREYFUS, Deux illustrations du « mandat » en droit administratif, *LPA*, 14 janvier 2003, n°10, p. 17), il intervient également en droit du contentieux administratif. Dans la procédure et les faits de l'arrêt commenté du 27 avril 2010, M.A. déclare agir le 4 septembre 2009 devant la Cour administrative d'appel de BORDEAUX (C.A.A.) au nom de son fils. Il vient

---

<sup>3</sup> R. CASSIN, « Les grands principes de l'organisation et du fonctionnement de la justice administrative en France », in *La justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 285-307, spéc. p. 306.



demander à la Cour d'annuler le jugement du 20 mai 2009 par lequel le Tribunal administratif de SAINT-DENIS a rejeté sa demande d'indemnisation faite à la RÉGION RÉUNION de réparer un préjudice qu'il aurait subi en raison de travaux de construction d'une route. Le juge d'appel rejette alors sa requête au motif que son « mandat » ne l'habilitait à défendre les intérêts de son fils que devant le Tribunal administratif et non devant la Cour administrative d'appel.

Pour parvenir à cette solution, le juge d'appel s'est *a priori* fondé sur la combinaison des articles R. 431-2 et R. 811-7 du Code de justice administrative (C.J.A.) relatifs à la représentation des parties devant le Tribunal administratif et la Cour administrative d'appel. La référence à ces dispositions est – et reste – opportune. Cependant à leur lecture, il apparaît qu'elles se bornent à fixer l'obligation pour la personne ayant un intérêt à agir en justice de se faire représenter par un avocat, un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou un avoué en exercice dans le ressort de la juridiction saisie. Plus précisément, l'article R. 431-2 du C.J.A. prévoit l'accomplissement des actes de procédure par l'un des auxiliaires de justice précédemment cités et l'article R. 811-7 indique lui, que l'appel doit être présenté par l'un des mandataires visés par l'article R. 431-2 du C.J.A.. Cette obligation, bien que clairement posée, ne résout pourtant pas la question tranchée par le juge. En effet, la question n'est pas ici de savoir si le requérant est bien représenté par l'une des personnes citées par le C.J.A., puisqu'en l'espèce les intérêts de M.A. sont manifestement défendus par un avocat, mais elle porte sur le pouvoir de M.A. lui-même d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne physique. Sur ce point, les dispositions du C.J.A. sont muettes.

La C.A.A. de Bordeaux va alors considérer que si les articles R. 431-2 et R. 431-5 ainsi que les articles R. 811-7 et R. 811-8 du C.J.A. n'autorisent pas expressément cette représentation, ils n'y font pas pour autant obstacle. Sans avoir à le dire, le juge administratif va ainsi recourir à la théorie générale du mandat, telle que développée en droit civil notamment. La question de la « légalité » de la représentation de la personne ayant dans ce litige un intérêt à agir se voit tranchée par l'application des règles telles que prévues par le Code civil de 1804. Le mandat est l' « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* » (article 1984 alinéa 1 du Code civil, Loi 1804-03-10 du 20 mars 1804). M. A. doit ainsi, selon l'arrêt commenté, « *justifier d'un mandat lui donnant le pouvoir d'introduire l'instance ou de former une voie de recours* » pour et au nom de son fils. En l'espèce, M. A. en avait un, mais il s'agissait d'un mandat « spécial » dont le juge administratif contrôle habituellement la validité (CE, 19 mars 1948, *Kolin* : Rec. CE 1948, p. 658. – CE, 30 janv. 1995, *Bouregdou*, n° 154754), valable pour une affaire seulement, celle présentée devant le Tribunal administratif de SAINT-DENIS, et non d'un mandat « général », valable pour toutes les affaires du mandant (article 1987 du Code civil, Loi 1804-03-10 du 20 mars 1804) et qui aurait donné pouvoir à M. A. de représenter son fils devant la C.A.A. de BORDEAUX. Par application de cette théorie, le juge d'appel rejette ainsi sa requête comme étant irrecevable.

Par ailleurs, la C.A.A. de BORDEAUX confirme également une idée qui n'est pas toujours simple à établir clairement, celle de la fonction principale du juge d'appel. Elle est de « *procéder à un nouvel examen des prétentions des parties (...) avant de rejurer le procès* » (B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7<sup>ème</sup> édition, p. 401). En faisant appel de la décision d'un Tribunal administratif, le demandeur initial ne peut se contenter de renvoyer le juge d'appel aux mêmes actes de la procédure, aux mêmes écritures, et à la même motivation que ceux présentés lors du premier recours (C. BERGEAL, *La motivation du recours par référence au mémoire de première*

instance, Concl. sur CE, 11 juin 1999, Office public d'habitations à loyers modérés de la ville de Caen, *RFDA* 2000, p. 331 : le double degré de juridiction n'est pas « *comme une loterie qui offrirait une double chance avec le même bulletin* ». L'appelant doit produire toutes les pièces spécifiquement liées à sa requête d'appel. En l'espèce, M. A. aurait dû prévoir un nouvel acte de son fils lui donnant mandat afin de se présenter devant la Cour. Car l'appel ne se réduit en rien à un *re-jugement*, c'est bien une nouvelle instance.

**Acte décisoire, acte préparatoire, opérations d'établissement de la liste électorale ayant le caractère d'acte préparatoire (oui), acte insusceptible de recours**

Cour Administrative d'appel de BORDEAUX, 23 février 2010, *Syndicat Unité Police*, n°09BX01983

*Siva MOUTOUALLAGUIN, ATER en Droit Public à l'Université de La Réunion*

Par une « décision » du 21 septembre 2006 a été établie la liste des électeurs appelés à participer à la consultation organisée du 20 au 23 novembre 2006 en vue du renouvellement de la commission administrative paritaire du corps d'encadrement et d'application de la police nationale. Contestant la composition de cette liste, le Syndicat Unité Police en demande l'annulation au Tribunal administratif de Saint-Denis, et voyant sa requête rejetée fait appel. Mais le 23 février 2010, la Cour administrative d'appel de Bordeaux (C.A.A.) rend un arrêt de confirmation, estimant que les « opérations d'établissement de la liste électorale » ont le caractère d'actes préparatoires insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. La solution du juge d'appel de BORDEAUX est en ces termes classique, et c'est justement de ce fait qu'elle est particulièrement intéressante. En effet, si le juge administratif a repris dans cet arrêt *ab initio* le terme de « décision » afin de qualifier l'acte dont le Syndicat Unité Police demande l'annulation, il a pris soin de retenir *in fine* que ce sont les « opérations d'établissement de la liste électorale » qui constituent des actes préparatoires insusceptibles de recours. Et ce choix des termes, tant sur la forme que sur le fond, n'a *a priori* rien n'anodin.

Dans la variété des actes administratifs unilatéraux, la décision est celle qui revêt un caractère décisoire, et « ce caractère décisoire est la condition posée par le juge administratif à la recevabilité du recours » (A. ROUYÈRE, J-F. BRISSON, *Droit administratif*, Montchrestien, p. 156). Autrement dit, si l'acte unilatéral est une décision, alors il est susceptible de recours. Bien évidemment la chose se complique lorsque – et cela pourrait être le cas en l'espèce – le juge déclare un recours exercé contre une décision administrative, irrecevable. Les exemples de cette solution demeurent célèbres à l'encontre des mesures d'ordre intérieur, le juge administratif étant parvenu à la fonder en ayant recours à la notion d'acte faisant grief (CE, 17 février 1995, *Marie, GAJA*). Une décision administrative peut ainsi être un acte unilatéral insusceptible de recours, car il ne fait pas grief, c'est à dire qu'il « ne produit pas d'effets juridiques affectant les intérêts du requérant » (B. JACKSON, « La notion de décisions faisant grief dans le cadre du recours pour excès de pouvoir », *LPA*, 18 janvier 2000, n°12, p. 14). Le juge administratif n'en a pas pour autant abandonné l'idée de l'effet décisoire d'un acte comme condition à la recevabilité d'un recours dirigé contre lui (CE, 28 février 1996, *Fauqueux, Recueil Lebon* 52).

L'arrêt du 23 février 2010 commenté en apporte une illustration claire à propos des actes préparatoires. L'acte préparatoire est un « élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision dont on ne sait pas, ou bien si elle sera prise, ou bien ce que sera exactement son contenu » (R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., n° 515). Les actes préparatoires peuvent être des propositions, des vœux, des avis, des recommandations qui n'ont pas, en principe, de portée décisive (CE, 23 février 1998, *Laboratoire Vetinject*, req. n°190366). Dès lors, la seule qualification d'une acte administratif en tant qu'acte préparatoire impliquerait son absence d'effet décisive et par conséquent qu'il soit insusceptible de recours. Mais la doctrine relève généralement, tout comme le juge lui-même a pu le faire (CE, 19 mai 1999, *Région du Limousin*, Rec. 155), que l'acte préparatoire « comporte une véritable décision et constitue une catégorie spécifique de décisions administratives non susceptibles de recours, d'ailleurs classée comme telle par le Recueil Lebon » (J-D. COMBRESSELLE, « L'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes préparatoires », *Concl. Sur CE, Ass.*, 15 avril 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, *RFDA* 1996, p. 1169).

Ainsi, s'agissant des actes préparatoires l'opposition des notions persiste, entre l'effet décisive reconnu à ces actes induisant la recevabilité du recours dirigé contre eux et leur qualification même de décision administrative pourtant insusceptible de recours. Là encore, l'issue réside généralement dans le recours à la notion d'acte faisant grief et plus particulièrement dans la possibilité d'exciper de l'illégalité de la mesure préparatoire à l'appui d'un recours dirigé contre la décision ultérieure prise à l'issue de sa procédure d'élaboration – le juge d'appel de BORDEAUX l'a également précisé dans l'arrêt commenté –. Mais en l'espèce, le juge administratif a préféré nier purement et simplement tout effet décisive à l'acte attaqué afin de rejeter le recours comme étant irrecevable. Ce faisant, on l'a compris, il opère un retour des plus salutaires à la solution classique.

### **10.3 - Contrats et Commande publique**

**Contrats et commande publique - Marchés publics - Passation - Allotissement - Article 10 du Code des marchés publics - Allotissement géographique - Prestations distinctes - Modalités d'allotissement - Contrôle du juge - Erreur manifeste d'appréciation.**

Conseil d'État, 23 juillet 2010, *Région Réunion*, req. n° 338367

*Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion*

Les dispositions claires et limpides du code des marchés publics cachent au profane l'étendue des nuances prétoriennes apportées au fil des jurisprudences, mais qui viennent

résoudre la diversité des conflits nés de la passation des marchés publics. Le Conseil d'État apporte, ici, une précision inédite à la règle de l'allotissement.

En l'espèce, la région Réunion avait lancé un appel d'offres, en marché unique, relatif à des prestations de gardiennage et de surveillance de quatre sites lui appartenant, à Saint-Denis, Saint-Louis, Saint-Pierre et Saint-Benoît. Le marché a été suspendu par le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion saisi par déferé préfectoral, décision confirmée par une ordonnance de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Le Conseil d'État, saisi d'un recours en cassation contre cette ordonnance et après avoir annulé celle-ci pour vice de procédure<sup>1</sup>, confirme la solution des juges du fond en précisant les modalités d'allotissement des marchés soumis au code des marchés publics.

Encourager l'acheteur public à allotir ses marchés traduit, depuis l'origine, le souci de susciter une meilleure concurrence voire indirectement de favoriser l'accès des PME à la commande publique. La règle de l'allotissement incarne ainsi la délicate conciliation à opérer entre le principe de la liberté d'accès à la commande publique qui conduit à refuser d'inscrire des quotas en faveur des PME notamment<sup>2</sup> et le principe d'égalité, faussé par une réalité favorisant généralement les plus grosses entreprises<sup>3</sup>, en recherchant toujours la plus large concurrence<sup>4</sup>. Auparavant simple faculté dérogatoire (codes antérieurs à 2001), puis solution alternative (codes 2001 et 2004), l'allotissement, depuis le code des marchés publics de 2006, est devenu la règle<sup>1</sup>. L'acheteur public peut toutefois y déroger selon des conditions prévues par ce même article.

Pour passer un marché global une alternative se présente à l'acheteur public. Tout d'abord, si les prestations objet du marché présentent un caractère homogène, l'allotissement est naturellement impossible à organiser. C'est pourquoi, dans cette affaire, la région Réunion contestait l'interprétation faite par le tribunal administratif du caractère distinct des prestations du marché en cause alors qu'elle-même considérait que ces prestations avaient un caractère homogène, justifiant la passation dudit marché en un lot unique. Ensuite, même s'il est possible

---

<sup>1</sup> Ce vice de procédure a été reconnu en raison du non respect du principe du contradictoire, le mémoire en défense du préfet de La Réunion n'ayant pas été communiqué à la région Réunion par les services de la cour.

<sup>2</sup> CE, 9 juillet 2007, req. n° 297711, Syndicat entreprises générales de France Bâtiments travaux publics (EGF-BTP) Contrats-Marchés publics 2007, comm. 240 obs. W. ZIMMER ; Annulation du I de l'article 60 CMP qui permettait au pouvoir adjudicateur de fixer un minimum de PME admis à présenter une offre.

<sup>3</sup> Argument régulièrement évoqué par les parlementaires dans leurs nombreuses questions au gouvernement. A titre d'exemple : Rép. min. n° 70263 de M. Th. MARIANI : JOAN Q, 19.07.2005, p. 304 ; Rép. Min. n° 13176 de Mme P. SCHILLINGER : JO Sénat Q, 17.06.2010, p. 1545 ; Rép. Min. n° 13203 de Mme B. BOUT : JO Sénat Q, 15.07.2010, p. 1861 ; ou encore Brigitte ROMAN-SEQUENCE, *conséquence de la réforme de la politique d'achat de l'État sur les petites et moyennes entreprises*, Contrats et Marchés publics n° 8, août 2010, comm. 308.

<sup>4</sup> Voir par exemple, CE, 9 juillet 2007, req. n° 297711, Syndicat entreprises générales de France Bâtiments travaux publics (EGF-BTP) Contrats-Marchés publics 2007, comm. 240 obs. W. ZIMMER : « En posant le principe de l'allotissement des marchés, les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics annexé au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 ont pour objet de susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non, et prévoient d'ailleurs des exceptions dans les cas où l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence. En outre, il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché. Par suite, les dispositions en cause ne méconnaissent pas le principe d'égalité. »

Ou encore voir la circulaire du 29 décembre 2009 *relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, article 7.1.

<sup>1</sup> Article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27 (...). Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (...) ».

de distinguer des prestations distinctes, certaines conditions peuvent conduire à la passation d'un marché unique. En d'autres termes, un marché global pourra être privilégié si sa passation présente plus d'avantages que l'allotissement.

Le Conseil d'État analyse, dans ce cas, si des prestations identiques dans différentes zones géographiques constituaient des prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics. C'est ainsi que le juge examine, dans un premier temps, la nature des prestations pour s'interroger ensuite sur d'éventuels motifs de dérogation.

### La précision utile de l'allotissement géographique

Lors de la rédaction de ses documents de consultation, une des difficultés rencontrées par l'acheteur public est de déterminer si les prestations objet de son marché sont susceptibles d'être décomposées en unités de prestations distinctes ou si elles constituent un ensemble homogène. Il convient à cet égard de bien distinguer les lots techniques prévus uniquement pour une meilleure lisibilité des prestations d'un marché, du fractionnement opéré à travers l'allotissement qui conduit à la signature de différents marchés autonomes avec chacun un titulaire propre. En l'espèce, le Conseil d'État considère que, contrairement à ce qu'invoque la région Réunion, des prestations identiques sur différents lieux géographiques ne présentent pas un « caractère homogène », mais font « bien apparaître des prestations distinctes » qui auraient dû faire l'objet d'un allotissement.

Cette question de l'allotissement géographique n'est pas récente, mais depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, elle n'avait pas encore été précisée par le juge. Si la possibilité d'un allotissement géographique<sup>2</sup> a pu être admise par la doctrine comme une « répartition de l'achat en lots séparés pour des prestations identiques, mais se réalisant sur des territoires géographiques différents », les services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie avaient semblé limiter cette possibilité pour garantir « la sécurité des approvisionnements »<sup>3</sup>.

Par ailleurs, la notion de « caractère homogène » employée par le juge, lorsqu'il présente l'un des moyens de défense de la région, peut sembler ambiguë. En effet, cette notion est utilisée à l'article 27 du code des marchés publics concernant la computation des seuils. Une lecture combinée des articles 10 et 27 II 2° du code des marchés publics pourrait alors conduire à admettre que des fournitures et services homogènes, en raison de leurs caractéristiques propres<sup>1</sup>, se retrouvent dans un marché unique. L'allotissement géographique pouvait ne pas apparaître comme une évidence. Par ailleurs, un découpage géographique des prestations d'un marché aurait pu être vu comme un moyen déguisé de favoriser des entreprises locales et contesté à ce titre.

Toutefois, le juge en a décidé autrement. Il convient, dès lors, de dissocier l'analyse des seuils de celle de la dévolution du marché. Il sera donc possible que des prestations homogènes, au sens de l'article 27 II 2° du code des marchés publics, apparaissent comme des prestations distinctes au sens de l'article 10 du code des marchés publics. La solution apportée dans cette affaire peut se présenter comme étant une solution en équité, car il faut reconnaître que pour un

---

<sup>2</sup> *L'allotissement en marchés publics : état des lieux et perspectives*, Brigitte ROMAN-SEQUENCE (fiche pratique sous la direction de Stéphane BRACONNIER), Contrats et Marchés publics n° 5, mai 2006, 5.

<sup>3</sup> Précisément, en matière d'approvisionnement en carburant des services du SDIS ; Rép. min. n° 25168 : JO Sénat Q, 8 mars 2007, p. 537 (Q. 9 nov. 2006, M. Bernard PIRAS), *Peut-on utiliser l'allotissement géographique ?* Contrats et Marchés publics n° 6, juin 2007, comm. 204.

<sup>1</sup> A la différence des travaux dont la valeur globale est analysée en fonction de la notion d'opération (article 27 II 1° du code des marchés publics).

acheteur public, d'une taille importante tel que l'État, voire une région, le défaut d'allotissement de prestations distinctes à raison de leur répartition géographique pourrait sévèrement nuire, dans certains cas, à la concurrence.

Un contrôle du juge à intensité variable

Des dérogations à l'allotissement strictement contrôlées par le juge

Certes, l'allotissement est la règle, mais afin de respecter les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics<sup>2</sup>, des dérogations sont organisées à l'article 10 du code des marchés publics. Hors le cas du défaut d'identification de prestations distinctes, des arguments, qui se rattachent davantage à la cohérence générale du marché qu'aux prestations elles-mêmes, sont susceptibles d'être invoqués par l'acheteur public. L'article 10 du code des marchés publics permet, en effet, à l'acheteur public de recourir au marché global, même lorsque des prestations distinctes peuvent être dégagées, quand l'allotissement serait de nature à restreindre la concurrence ou risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou, enfin, lorsqu'il n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Dans l'arrêt commenté, le juge relève « que la région Réunion ne justifiait pas se trouver en présence de l'une des exceptions prévues à l'article 10 du code des marchés publics », qu'ainsi, le marché aurait dû être alloti. En effet, choisissant une voie dérogatoire, il convient que l'acheteur public dispose de motivations afin de justifier son choix. Si, en l'espèce, le juge sanctionne simplement le défaut de motivation, celle-ci ne pourrait suffire à elle seule à justifier le recours au marché global, car le juge exerce un contrôle des motifs de ce choix et donc du contenu de cette motivation.

Par exemple, dans son arrêt Communauté urbaine de Nantes métropole, du 11 août 2009<sup>3</sup>, le Conseil d'État analyse précisément le bien-fondé du recours au marché global. Il considère en premier lieu, que « la réduction significative du coût des prestations constitue, selon l'article 10, un motif légal de dévolution en marché global » pour ensuite préciser « que (...) l'impact financier de ce regroupement [de deux lots en un seul] ne saurait justifier une absence de dévolution en lots séparés, dès lors qu'il ne représente que moins de 2 % du budget alloué à ce lot ».

Également, dans un arrêt du 29 octobre 2010<sup>1</sup>, le Conseil d'État estime se trouver en présence d'un marché global injustifié, car permettant l'identification de prestations différentes qui auraient dû donner lieu à des lots distincts. Ce faisant, il ne censure pas, par principe, le fait qu'un marché global puisse contenir des prestations de durées différentes et donnant lieu à des prix de formes différentes, mais bien le fait que le marché contenait une trop grande diversité de missions hétérogènes.

Si certains cas d'absence justifiée d'allotissement peuvent être relevés (concurrence plus difficile, homogénéité technique, simplification, rapidité d'intervention, économie d'échelle,

<sup>2</sup> Inscrits à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics.

<sup>3</sup> CE, 11 août 2009, Communauté urbaine de Nantes métropole, req. n° 319949, *Allotissement et télécommunications : marché unique irrégulier*, Commentaire par Frédérique OLIVIER, Contrats et Marchés publics n° 11, Novembre 2009, comm. 348 ; BJDPC 2009, n° 67, p. 451, concl. Dacosta, AJDA 2009, p. 1525.

<sup>1</sup> CE, 29 octobre 2010, SMAROV (Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles).

difficulté d'articulation entre opérateurs multiples, absence de moyens de coordination du pouvoir adjudicateur)<sup>2</sup>, l'appréciation du juge se fait bien au cas par cas, et les acheteurs publics seraient avisés de conserver toute trace des motifs de leur choix, afin de pouvoir prouver au juge que le recours au marché global constituait pour eux un meilleur respect des principes de la commande publique.

À cet égard, il est intéressant de noter que, dans les faits, le marché a été ensuite relancé sous la forme d'un marché alloti et que c'est l'entreprise initialement attributaire (du marché contesté et annulé) qui a été retenue pour tous les lots et pour un montant total supérieur au marché global. La région Réunion trouvera t-elle dans cette expérience des motifs légitimes de relancer ultérieurement ce marché en un lot unique ?

### Un contrôle minimal des modalités d'allotissement

À ce stade de la réflexion, et même si cet aspect n'est pas abordé par les juges dans l'arrêt commenté ici, il n'est pas inutile de poursuivre plus avant et de rappeler que lorsque l'acheteur public recourt à l'allotissement, les modalités de celui-ci ne sont pas exclues du contrôle du juge. Ainsi, le Conseil d'État a pu conforter la commune d'Ajaccio<sup>3</sup> dans son choix du découpage des lots de son marché alloti, censurant la position du tribunal administratif de Bastia, au motif que le manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance des dispositions de l'article 10 ne peut résulter que d'une erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur, « compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ». Cette solution peut apparaître comme « une bouffée d'oxygène octroyée aux pouvoirs adjudicateurs »<sup>4</sup>, dont le pouvoir discrétionnaire se voit expressément consacré par le juge, concernant non pas tant les modalités d'allotissement, mais plutôt la détermination de ces lots, et notamment leur nombre et leur consistance. En effet, ce que le juge des référés du tribunal administratif reprochait au marché passé par la commune d'Ajaccio était l'ampleur et l'hétérogénéité des matières que chaque lot regroupait présentant, ainsi, les caractéristiques d'un marché global. En d'autres termes, le Conseil d'État a refusé le droit au juge des référés de contrôler le découpage des lots, sauf à relever une erreur manifeste, qu'il ne relèvera pas lui-même en statuant au fond.

En fait, il n'est pas évident de déceler à travers la jurisprudence administrative relative au contrôle des modalités d'allotissement quelle est l'étendue réelle de la marge de manœuvre des acheteurs publics<sup>1</sup>. L'acheteur se doit, simplement, d'élaborer son futur marché dans l'esprit du code et des principes de la commande publique. En effet, la liberté octroyée à l'acheteur public pour le découpage des lots<sup>2</sup> peut être analysée comme une règle de second rang<sup>3</sup>, dont la

---

<sup>2</sup> Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, n° 875, p. 430.

<sup>3</sup> CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737, Contrats et Marchés publics n° 7, juillet 2010, comm. 29 par Pascal DEVILLERS.

<sup>4</sup> François BRENET, Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les modalités d'allotissement des marchés publics, DA n° 7, juillet 2010, comm. 110, sur CE, 21 mai 2010, req. n° 333737, commune d'Ajaccio.

<sup>1</sup> Sous l'empire de l'ancien code des marchés publics de 2004 : CE, 10 mai 2006, Schiocchet, req. n° 288435, (modalités d'allotissement validées par le juge) AJDA 2006, p. 1012 ; Sous l'empire du code des marchés publics de 2006 : TA Paris, ord., 14 avril 2007, Sté Dell, req. n° 070456 (modalités d'allotissement validées par le juge) ; TA Nantes, ord., 21 février 2008, Dpt de la Mayenne, req. n° 08601 (modalités d'allotissement validées par le juge) ; TA Lille, ord., 3 juillet 2008, Huglo Lepage, req. n° 080463 (requalification par le juge d'un des lots du marché en lot global devant être redécomposé), AJDA 2008, comm. J.D. DREYFUS, p. 1831 ; TA Paris, ord., 24 nov. 2008, Sté Protim, req. n° 0817554 (requalification par le juge d'un des lots du marché en lot global devant être redécomposé) ; CE, 20 mai 2009, Commune de Fort de France, req. n° 311379 (modalités d'allotissement validées par le juge)

<sup>2</sup> Art 10 du code des marchés publics : « (...) *A cette fin, il choisit librement le nombre des lots, en tenant compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions.* (...) »

violation n'appellerait pas expressément de sanction de la part du juge. C'est pourquoi c'est vers un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que se sont dirigés les juges du Conseil d'État, malgré son approche parfois subjective et manquant de lisibilité.

**Contrats et commande publique – Marchés publics – Marchés à procédure adaptée – Délit d'octroi d'avantage injustifié – Favoritisme – Article 432-41 Code pénal – Délit de corruption – Article 432-11 Code pénal – Procédures de passation écartées (oui) – Contreparties (oui) – Circonstances atténuantes (non) – Limite à la règle non bis in idem**  
Chambre criminelle de la Cour de cassation, 17 juin 2009, n° 08-88116

*Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion*

Nombreux sont les délits<sup>4</sup> susceptibles de condamner des faits répréhensibles commis lors de la passation ou au cours de l'exécution de marchés publics<sup>5</sup>. Cette décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation, concernant une affaire de favoritisme et de corruption au sein de la chambre des métiers de La Réunion, révèle la sévérité des juridictions pénales, même lorsqu'il s'agit de marchés de faible montant, précisément dans ce cas de marchés à procédure adaptée. En l'espèce, le président de la chambre des métiers investi à ce titre d'un mandat électif le 12 avril 2005 a été reconnu coupable par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 17 juin 2009 au titre des délits d'octroi d'avantage injustifié et de corruption.

En effet, à l'occasion de quatre procédures de marchés à procédure adaptées entre 2005 et 2006, pour un montant total de 142.00 euros, la chambre des métiers de La Réunion s'est délibérément dispensée, à la demande expresse de son président, des modalités prévues pour les procédures adaptées inférieures à 90.000 euros destinées à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats. En effet, les commandes étaient directement passées par le président prévenu, sans que l'entreprise bénéficiaire de ces délits n'ait eu à déposer d'offre ni qu'une quelconque mise en concurrence ne fut organisée.

Le délit de favoritisme est caractérisé par le fait que la procédure interne des MAPA n'a pas délibérément été respectée, mais même si elle avait été respectée<sup>1</sup>, il est constant que le seul fait pour la personne responsable de la passation des marchés de favoriser une entreprise en particulier aurait suffi à reconnaître le délit de favoritisme. En outre, si l'intention de favoriser n'est pas requise pour ce délit, le faisceau d'indices<sup>2</sup> relevé ici démontre l'existence du délit. En effet, des directives sans ambiguïté ont été données par le président de la chambre des métiers à ses agents en vue d'écarter la mise en œuvre des procédures de mise en concurrence des candidats.

---

<sup>3</sup> Le juge au service de l'effet utile du Code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critères, étude par Eve DEROUESNÉ et Anna STEFANI-COSTE, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2009, étude 4.

<sup>4</sup> Notamment les délits d'octroi d'avantage injustifié, de corruption, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics, etc.

<sup>5</sup> Selon notamment le rapport de la DAJ 2009, 2<sup>ème</sup> trimestre 2009, cette expression doit être largement entendue, et s'étend également aux marchés passés en application de l'ordonnance du 6 juin 2005.

<sup>1</sup> Un an de droit pénal des marchés publics, chronique par Florian LINDITCH, Contrats et Marchés publics n° 10, oct. 2010, chron 4.

<sup>2</sup> Cass. Crim., 24 fév. 2010, n° 09-83.988.



Si la preuve du caractère antérieur du pacte corruptif à la passation même de la commande publique résulte, en l'espèce, d'aveux postérieurs, le délit de corruption est caractérisé par l'existence d'une contrepartie, ici non contestée. En échange de l'attribution de plusieurs marchés publics au profit d'une société en particulier, le président de la chambre des métiers s'est vu reversé, outre un ordinateur portable d'une valeur de 1.200 euros, des sommes, dont le montant total a atteint 8.800 euros.

La condamnation du président de la chambre des métiers de La Réunion par la Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion à deux ans d'emprisonnement dont seize mois avec sursis, 30.000 euros d'amende, cinq ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille a donc été confirmée par la cour de cassation. Au regard des sommes en jeu et des peines maximales prévues pour chacun des deux délits<sup>3</sup>, la condamnation peut paraître élevée, mais le degré d'implication et d'intention dans le délit de corruption n'auront pas incité les juges à faire preuve de clémence.

Par ailleurs, le prévenu invoquait comme circonstances atténuantes le financement de sa campagne électorale au « RSI »<sup>4</sup>, mais en tout état de cause, quelle que soit la destination des sommes perçues dans le cadre du délit de corruption, rares sont les motifs d'exonération, hormis ceux liés à l'absence d'intention voire de malhonnêteté. En l'espèce, le prévenu reconnaissant explicitement avoir tiré profit de l'infraction, sa responsabilité ne pouvait être exclue ou alléguée.

Une dernière difficulté résolue par le juge tient à la grande proximité des deux délits dont est reconnu coupable le prévenu. À cet égard, ce dernier invoque que « le fait d'agréer sans droit des avantages pécuniaires pour attribuer des marchés publics, et le fait de favoriser l'auteur de ces avantages dans l'attribution des marchés publics, participent de la même intention coupable et forment une faute pénale unique », et qu'ainsi, le même fait entraînait une double culpabilité. Une seule peine ayant été prononcée la règle *non bis in idem* est donc bien respectée.

## **10.5 - Domaine public**

### **Contrôle du bilan, déclaration d'utilité publique, théorie du bilan coût-avantages, construction d'un groupe scolaire, contrôle de proportionnalité, enquête publique.**

Cour Administrative d'appel de BORDEAUX, 22 mars 2010, *Commune des Aviron*, n°09BX02227

*Audrey EGIZIANO, Doctorante à l'Université de La Réunion en Contrat doctoral.*

### **Application de l'arrêt « Ville nouvelle est » aux Aviron**

Le 22 mars 2010, la cour administrative d'appel de Bordeaux a fait application de la théorie bien connue depuis l'arrêt surnommé « Ville nouvelle est » rendu le 28 mai 1971 par le Conseil d'État réuni en Assemblée<sup>1</sup> : la théorie du bilan coût-avantages. Ce contrôle, effectué *in*

<sup>3</sup> L'article 432-14 du Code pénal prévoit que le délit d'avantage injustifié est sanctionné par une peine maximale de deux ans d'emprisonnement et/ou une amende de 30 000 euros ; L'article 432-11 prévoit que le délit de corruption passive et le trafic d'influence sont sanctionnés par une peine maximale de dix ans d'emprisonnement et/ou une amende de 150 000 euros.

<sup>4</sup> Régime Social des Travailleurs Indépendants de l'Île de La Réunion.

<sup>1</sup> Arrêt CE 28 mai 1971 ministre de l'Équipement et du Logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le

*concreto* par le juge administratif, permet de ne déclarer une opération d'utilité publique « que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

En l'espèce, la commune des Avirons envisage de réaliser une opération de construction d'un groupe scolaire et d'un centre multi-accueil de la petite enfance. Pour ce faire, un arrêté préfectoral du 20 mars 2006 déclare le projet d'utilité publique, autorise la commune à acquérir les immeubles nécessaires et déclare cessibles les parcelles visées par l'état parcellaire.

L'unique propriétaire visée par cet arrêté de cessibilité porte l'affaire devant le tribunal administratif de Saint-Denis par le biais du recours pour excès de pouvoir, qui, par un jugement du 18 juin 2009, annule l'arrêté uniquement dans sa partie arrêté de cessibilité. La déclaration d'utilité publique est sauve.

La commune des Avirons interjette appel, et la cour de Bordeaux infirme le jugement par un arrêt du 22 mars 2010, dont il convient de présenter une brève analyse.

La cour procède à la vérification de la régularité de la déclaration d'utilité publique et rejette un à un les moyens précédemment évoqués par Mme X : compétence, complétude du dossier d'enquête publique, et publicité dans un premier temps. Dans un second temps, le contrôle du bilan est opéré. Il s'agit de vérifier que les atteintes à la propriété privée, le coût financier, et les inconvénients d'ordre social, ne sont pas plus lourds que l'intérêt du projet.

En l'espèce, il s'agit de la construction d'une école maternelle de cinq classes, d'une école primaire de neuf classes, de locaux communs à ces écoles, et d'un centre multi-accueil pour la petite enfance d'une capacité de soixante places.

La cour considère, contrairement à ce qui a été invoqué en première instance, que le projet répond aux besoins de la population locale compte tenu de sa croissance et de sa structure ; qu'il n'est pas contraire aux règles d'urbanisme ; et que les modes de réalisation retenus ne sont pas hors de proportion avec les besoins : le coût financier n'est pas excessif, aucun autre terrain n'est plus propice, aucune disproportion n'est vérifiée entre la surface du terrain et l'opération projetée, et enfin l'atteinte à la propriété privée est limitée, notamment parce que la parcelle concernée ne constituait pas la résidence principale de Mme X.

En outre, Mme X apporte à l'appui de ses conclusions l'arrêt rendu le 16 juin 2006 par cette même cour d'appel. Il était question du refus du maire des Avirons, daté du 30 octobre 2000, de lui accorder un permis de construire sur cette même parcelle, en raison du plan d'occupation des sols en vigueur à l'époque, qui prévoyait une école sur ce terrain. La cour de Bordeaux a annulé ce refus en excipant de l'illégalité du plan local d'urbanisme : l'emprise de l'emplacement réservé pour cette école « était excessive au regard de sa seule affectation à une école maternelle et à une crèche ou à une halte-garderie ».

Or cet arrêt de 2006 n'a « aucune autorité dans le présent litige qui concerne un acte d'une autre nature pris par une autre personne publique, lequel acte vise, au surplus, une opération dont les caractéristiques ne sont pas les mêmes que celles envisagées plusieurs années auparavant et, de surcroît, ne fait pas application du règlement déclaré illégal ».

En principe, l'autorité de la chose jugée est relative, car elle ne vaut que pour le litige soumis au juge. Selon l'article 1351 du code civil, et la jurisprudence administrative en retient également le principe<sup>1</sup> : « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

En revanche, certaines décisions bénéficient de l'autorité absolue de la chose jugée, il s'agit des annulations d'actes administratifs sur la base de recours pour excès de pouvoir notamment. Or la décision invoquée par Mme X constitue bien une annulation sur la base d'un recours pour excès de pouvoir. C'est cependant le caractère non complet des critères énoncés par le code civil qui bloque la propagation de la chose jugée.

Pour toutes ces raisons, le projet demeure d'utilité publique.

La déclaration de cessibilité quant à elle, a été annulée par les premiers juges en raison du caractère excessif de l'expropriation, et ce en dépit de la déclaration d'utilité publique, car sur les 13 000 m<sup>2</sup> de surface expropriés, seuls 3 000 m<sup>2</sup> seraient nécessaires aux bâtiments, le reste étant dévolu aux cours, espaces verts, et aires de stationnement.

En revanche, la cour de Bordeaux continue de considérer que l'espace nécessaire à l'opération est proportionné, et puisqu'aucune règle d'urbanisme n'oblige à densifier l'occupation du sol, et que le commissaire enquêteur a apposé un avis favorable au dossier d'enquête publique, la déclaration de cessibilité n'a pas porté sur une superficie dépassant celle nécessaire à la réalisation du projet. En effet, il est aisé de comprendre qu'une expropriation de 13 000 m<sup>2</sup> pour une surface finalement utile de 3 000 m<sup>2</sup> ait pu être annulée, mais à y voir de plus près, les bâtiments sont répartis sur la parcelle, et le reste de la surface sera consacrée à la création d'un environnement accueillant au mieux le public. La circonstance que la parcelle ne constituait pas la résidence principale de Mme X a également pu jouer en faveur du projet communal<sup>1</sup>.

Le cheminement contentieux s'est terminé ici. Aujourd'hui la commune des Avirons a d'ores et déjà consigné les sommes dues au titre de l'expropriation, et s'appête à lancer les études et actualiser le document de programmation, car tout a été budgété en 2011<sup>2</sup>.

**Domaine public maritime, zone des 50 pas géométriques, concessions de plage, application du droit de la concurrence et du droit de la commande publique aux concessions domaniales, procédures de publicité et de mise en concurrence, principe.**

Tribunal Administratif de Saint-Denis, 26 novembre 2009, Cne de Saint-Paul c/ préfet de La Réunion et société Réunion-plage, n° 0700054

---

<sup>1</sup> Rouault M.-C., *Contentieux administratif – La juridiction compétente – La détermination du différend – Le règlement du différend*, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 478.

<sup>1</sup> Par exemple arrêt CAA Bordeaux 29/12/2006 n°03BX02345, où l'expropriation est validée, notamment car l'immeuble ne constituait que la résidence secondaire de l'exproprié.

<sup>2</sup> Eléments recueillis auprès de la Directrice générale des services de la mairie des Avirons.

*Grégory KALFLECHE, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur du Centre de Recherche juridique, Directeur du master 2 Droit public, Directeur du Collège de droit*

Les plages de l'Hermitage sont certainement des hauts lieux du tourisme réunionnais. C'est pour leurs eaux turquoise que les touristes viennent, comme un passage obligé de la vie sous les tropiques ; même si c'est grâce à la douceur de vivre et aux cirques qu'ils retournent chez eux émerveillés. Ce mythe de la plage sur le lagon<sup>3</sup> doit toutefois s'entretenir. Comment boire un petit rhum arrangé sur la plage au coucher du soleil s'il n'y a pas de bars aux ambiances tropicales et aux éclairages tamisés ? Comment profiter de ces moments si quelques bouchons ou samoussas ne viennent pas pimenter nos palais ? Comme bien d'autres plages, celles de La Réunion sont mises en valeur par des bars que l'on n'ose plus appeler des « paillotes » depuis quelques années.

Parmi celles-ci, « La Bobine » est l'une des plus connues. Bar et restaurant de plage, lieu de rendez-vous, c'est certainement, malgré son implantation récente, l'une des institutions du tourisme réunionnais. Situé sur la commune de Saint-Paul, ce restaurant est pris sur le domaine public maritime. Pour partie parce qu'il fait partie des « rivages de la mer » de l'article L. 2111-4 du code des propriétés des personnes publiques<sup>4</sup>, mais plus encore parce qu'il est implanté sur la « zone des cinquante pas géométriques » de l'article L. 5111-1 du même code<sup>5</sup>.

Suite à des désaccords politiques entre la Préfecture et la Commune de Saint-Paul, le Préfet de La Réunion a signé une convention d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime au profit de la SARL Plage-réunion, gérante de La Bobine, le 14 août 2006. La Commune de Saint-Paul lui a alors demandé par un recours gracieux le retrait de l'autorisation de signer et, partant, la résolution de la convention. S'étant vu opposer le silence de la préfecture, la commune de Saint-Paul a alors porté devant le tribunal administratif à la fois la décision de signer et le rejet du recours gracieux. L'arrêt est rendu le 26 novembre 2009 et le contrat avait été exécuté pendant un peu plus de trois ans.

Le tribunal administratif répond tout d'abord au moyen invoqué de l'irrecevabilité du recours de la commune. Il considère que le recours est dirigé contre un acte détachable du contrat (la décision de signer) et qu'à ce titre, il s'agit bien d'un recours en excès de pouvoir. Il ajoute qu'« eu égard aux dispositions du CG3P permettant aux communes d'être associées à la gestion du domaine public maritime », la commune de Saint-Paul a intérêt à agir contre cet acte. Ces dispositions du CG3P implicitement visées par le tribunal sont celles de l'article L. 2124-4 qui prévoient non seulement une priorité des communes ou des groupements de communes à l'obtention de concessions de plage (sans mise en concurrence)<sup>1</sup>, mais aussi la nécessité d'avoir l'avis desdites communes sur les concessionnaires privés de plage. En somme, effectivement, elles sont « associées » à la gestion de leur littoral. On peut s'interroger d'ailleurs sur la pertinence de la non-publicité pour la transmission de concessions de plage aux communes au regard du droit communautaire. En effet, dès lors que ces concessions communales s'apparentent à autre chose que du simple entretien, c'est-à-dire qu'elles sont à la fois des concessions de

---

<sup>3</sup> Nos collègues géographes de l'université de La Réunion nous rappellent souvent qu'il ne s'agit pas au sens strict d'un lagon (comme c'est en revanche le cas à Mayotte ou en Nouvelle Calédonie), mais d'un « récif frangeant ».

<sup>4</sup> L. 2111-4 CG3P : « Le rivage de la mer est constitué par tout ce qu'elle couvre et découvre jusqu'où les plus hautes mers peuvent s'étendre en l'absence de perturbations météorologiques exceptionnelles »

<sup>5</sup> L. 5111-1 CG3P : « La zone comprise entre la limite du rivage de la mer et la limite supérieure de la zone dite des cinquante pas géométriques définie à l'article L. 5111-2 fait partie du domaine public maritime de l'Etat. »

<sup>1</sup> On retrouve cette priorité à l'article L 321-9 du Code de l'environnement

service public et sur un marché concurrentiel, l'application des principes de la commande publique voudrait qu'elles soient passées après des mesures de publicité, quand bien même le titulaire du contrat serait une personne publique. Quoi qu'il en soit, l'avis que l'État doit demander n'est pas un avis qui liant, il n'est que consultatif. L'un des intérêts du jugement est là : l'avis de la commune a un intérêt limité (comme la plupart des avis non liants), mais il a en tout état de cause un intérêt contentieux en ce qu'il donne intérêt à agir.

Au fond, le tribunal administratif va annuler les décisions du Préfet que la commune requérante contestait. Pour cela, il va utiliser un moyen assez original puisqu'il va avoir recours à un « principe » de publicité plutôt que de se référer au décret du 26 mai 2006 réglementant les concessions de plage<sup>2</sup>.

Le tribunal administratif monte son raisonnement en trois temps. D'abord, il pose le principe selon lequel « l'implantation d'une activité commerciale sur le (domaine public maritime) est soumise aux principes généraux du droit de la commande publique », puis, il rappelle ces principes, et en conclut que pour « régulariser »<sup>3</sup> l'occupation du site par La Bobine, il fallait mettre en place une procédure de mise en concurrence permettant à d'autres personnes voulant proposer un projet de le faire. L'État n'ayant pas mis en place une telle procédure, la décision du préfet est annulée.

Cette décision est étonnante à deux égards : par l'application présentée comme évidente à un contrat d'occupation domaniale des principes de la commande publique d'abord ; par l'absence de moyen fondé sur la loi sur les concessions de plage, ensuite.

Le principe posé que l'implantation d'une activité commerciale sur le domaine public est soumise aux principes généraux du droit de la commande publique est en réalité présenté de manière originale et, diront certains, contestable. L'application du droit de la concurrence aux occupations domaniales n'est pas une nouveauté. Depuis l'arrêt EDA de 1999<sup>1</sup>, le droit de la concurrence s'applique bien aux conventions d'occupation du domaine. Il y a là un prolongement de l'arrêt Million et Marais de 1997 et une appréhension générale du droit administratif « économique » par le droit de la concurrence. Pour autant, peut-on dire que les principes de la commande publique s'appliquent à ces situations par principe ? Il nous semble que non, surtout dans l'approche large de ce jugement qui vise « la décision par laquelle l'autorité en charge de la gestion du domaine maritime autorise l'implantation ». Le droit de la commande publique se limite en effet aux seuls contrats et non à toutes les « décisions ». En matière domaniale, la distinction est centrale puisque l'usage d'autorisations unilatérales ou contractuelles est plus une question de choix que de contrainte extérieure.

La jurisprudence récente montre d'ailleurs que généraliser une obligation de mise en concurrence est exagéré. L'arrêt sur le stade Jean Bouin<sup>2</sup> démontre que le juge ne pose pas comme principe la mise en concurrence, et le rapport du Conseil d'État de 2002 ne fait que

---

<sup>2</sup> Décret n°2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage

<sup>3</sup> C'est le jugement lui-même qui met entre guillemets. Ce terme est dû à la situation concrète puisqu'effectivement le restaurant était déjà implanté depuis quelques années.

<sup>1</sup> CE, Sect., 26 mars 1999, *Sté EDA*, Rec. p. 96, concl. J. H. Stahl ; AJDA 1999, p. 427, concl. J. H. Stahl, note M. Bazex ; RFDA 1999, note D. Pouyaud ; CJEG 1999, p. 264, concl. J. H. Stahl ; Dalloz. 2000, p. 204, note J.P. Markus ; RDP 1999, p. 1543, note S. Manson ; RDP 2000, p. 353, note C. Guettier « Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée, le Conseil de la concurrence "peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7, 8 et 10-1 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies" ; qu'en vertu de ces dispositions, le juge administratif peut, lorsqu'il doit apprécier la légalité d'un acte administratif en prenant en compte le droit de la concurrence, consulter le Conseil de la concurrence et lui demander des éléments d'appréciation ; »

<sup>2</sup> CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, req. n° 338272, AJDA 2010, p. 2343 et AJDA 2011, p. 21, Chron. E. Glaser ; AJCT, janv. 2011, p. 37, note J.D. Dreyfus, J.-G. Sorbara, JCP, 13 dec 2010, n°1246 p. 2341.

conseiller le recours aux procédures de passation<sup>3</sup>. Si l'on voulait résumer le droit applicable, il conviendrait de dire qu'il n'y a pas de principe de mise en concurrence des occupations domaniales, mais que lorsque ces occupations sont des contrats de la commande publique (notamment des concessions de service public) ou qu'ils sont des contrats qui correspondent à un marché concurrentiel (cas de Sté EDA), ils doivent être soumis à ces procédures. Par ailleurs, l'appréciation des faits par le juge conduit à un aléa très important dans la qualification qui sera retenu. L'arrêt sur le stade Jean Bouin est un exemple très difficile à comprendre de refus d'une participation du cocontractant au service public et donc de délégation de service public, comme c'est le cas du restaurant dans le Bois de Boulogne<sup>4</sup>. À l'inverse, pour un cas proche de celui du jugement du Tribunal administratif de Saint-Denis, un restaurant de plage a été considéré comme une délégation de service public<sup>5</sup>.

En l'espèce, l'usage du terme large de « décision » et la confusion qui en découle entre le régime général des occupations et celui des occupations contractuelles ne portent pas spécialement à conséquence : il s'agit bien d'un acte contractuel et le principe de mise en concurrence s'applique. De surcroît, les principes de la commande publique s'appliquaient très vraisemblablement puisque la concession de plage de La Bobine s'assimile à une concession de service public.

Pourtant, l'usage des principes en lieu et place du décret sur les concessions de plage étonne. Le fait qu'il s'agisse d'un décret est en-soi étonnant. Le tribunal aurait pu en effet se référer plus simplement au décret du 26 mai 2006 sur les concessions de plage pour contester le contrat. Ce décret pose en effet de nombreuses conditions de formes qui en l'espèce n'ont pas été respectées du tout, cela va sans dire. Au-delà des simples conditions de passation – qui se suffiraient à elles-mêmes pour l'annulation de l'acte détachable – la liste des investissements à réaliser, les mesures prises pour porter à la connaissance du public l'existence des concessions ou l'exigence d'une enquête publique n'ont pas été respectés. Cette situation dérogatoire que le juge administratif laisse passer n'est pas neutre : La Bobine n'étant pas titulaire d'une concession de plage, elle n'a pas à la démonter plusieurs mois par an. Si l'on peut se réjouir de cette situation pour les touristes tant on se demande bien quelles semaines seraient les plus adaptées au démontage, l'exception réunionnaise ici posée est mal fondée. C'est au pouvoir réglementaire ou au législateur de la prendre, pas au juge de fermer les yeux sur ce point.

## **10.7 - Fonction publique et droit du travail**

**Statut du fonctionnaire d'État, avantage en nature, lieu de résidence meuble, prise en charge ou non du loyer, fonctionnaire dans les collectivités ultramarines, principe d'égalité au sein de la fonction publique, différence entre les collectivités ultramarines pour des fonctionnaires sur des postes identiques.**

Conseil d'État 4 octobre 2010, *M. Angel D*, req. 325192

*Grégory KALFLECHE, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion, Directeur du Centre de Recherche juridique, Directeur du master 2 Droit public, Directeur du Collège de droit*

---

<sup>3</sup> Rapport CE 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53, La doc. fr., 2002, p. 380

<sup>4</sup> CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris c. Sté Stella Maillot « orée du bois »*, AJDA 1999, p. 439. Cet arrêt précise expressément qu'« une convention de concession domaniale ne constitue pas nécessairement une délégation de service public ».

<sup>5</sup> CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph »*, RFDA 2000, p. 797, concl. C. Bergeal

Les Etats généraux de l'outre-mer de 2010 ont mis en avant les différences qui existent entre les différents territoires ultramarins. Aujourd'hui, on parle de plus en plus souvent « des outre-mers » pour montrer la diversité « de l'outre-mer ». La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a d'ailleurs été fondatrice dans l'acceptation du fait que, au sein de la République, la diversité était possible, voire souhaitable. D'ailleurs, si certaines collectivités se sont éloignées du droit commun (notamment la Polynésie ou la Nouvelle-Calédonie), d'autres ont démontré leur attachement particulier au statut de DOM (La Réunion avant tout, mais aussi par leur référendum les îles des Antilles), sans oublier, tant le message est fort, Mayotte qui s'intègre de plus en plus dans le droit commun.

Le statut de fonctionnaire d'État est à l'inverse normalement invariable. Il l'est jusqu'à un certain point puisque les rémunérations outre-mer sont affectées d'un coefficient multiplicateur. Celui-ci est principalement justifié par la différence de niveau de vie, comme les congés bonifiés le sont par l'éloignement. Ces statuts particuliers outre-mer justifient parfois que certains fonctionnaires bénéficient d'un logement meublé mis à disposition par le service qui les emploie quand leur résidence habituelle est située hors du territoire qu'ils servent. Pour les magistrats et les fonctionnaires d'État, cette possibilité est prévue par un décret du 29 novembre 1967.

Sur le fondement de ce décret, un arrêté interministériel peut mettre en place une liste de fonctions donnant droit à un logement sans retenue de traitement, alors que la retenue d'une partie du traitement en compensation de l'avantage en nature est la règle de principe. En l'espèce, un tel arrêté avait été pris le 2 décembre 2002 en listant les fonctions bénéficiaires d'un tel avantage et dans quel territoire.

Cet arrêté avait été contesté au contentieux par quatre directeurs d'administration estimant que leur poste devait bénéficier d'une absence de retenue sur traitement. Ils avaient demandé au ministre la réformation de cet arrêté, mais s'étaient vu opposer un refus par le ministre de l'outre-mer. Dans un arrêt du 21 mai 2008, le Conseil d'État avait annulé les décisions de rejet du ministre. Les requérants ont alors fait une nouvelle demande après cet arrêt, demande à laquelle le ministre a de nouveau répondu par la négative.

Dans son arrêt du 4 octobre 2010, le Conseil d'État répond à la nouvelle demande d'annulation du refus du ministre des requérants. Il rappelle d'abord que toute demande d'abrogation ou de modification d'un règlement illégal oblige l'administration à y déférer, que l'illégalité dudit règlement soit due à un changement de circonstance de fait, de droit ou que l'illégalité ait existé dès la prise de l'acte. Le grand arrêt *Despujol* du 10 janvier 1930 le disait déjà, confirmé par l'arrêt du même Conseil d'État du 3 février 1989 *Alitalia* pour le droit communautaire et en général par l'article 3 du décret du 28 novembre 1983. En somme, le Conseil d'État considère que le règlement en question devait être modifié pour étendre la liste des bénéficiaires d'un logement de fonction à titre gratuit aux postes des requérants.

Mais les requérants contestent l'extension a minima de cette liste. En suivant strictement l'arrêt du Conseil d'État du 21 mai 2008, les ministres ont ainsi ajouté quatre postes bénéficiant de l'exemption. Or, prétendent les requérants, les ministres ont ce faisant créé une inégalité entre des fonctionnaires exerçant les mêmes fonctions, mais dans des outre-mers différents.

Le Conseil d'État répond à ce moyen par une appréciation *in concreto* et très souple du principe d'égalité, appliqué aux fonctionnaires. Il analyse ainsi les différences de pratique de la même fonction selon la collectivité d'outre-mer dans laquelle elle est exercée. Il précise ainsi que la différence de traitement est justifiée par « différentes considérations ». En premier lieu par le fait que « le taux de délinquance à Mayotte, en zone de police et zone de gendarmerie, est nettement supérieur à celui constaté en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française » et « qu'il

en résulte des différences de condition d'exercice des fonctions » notamment pour les hauts fonctionnaires de police et gendarmerie. À mots à peine couverts, le Conseil d'État considère que la différence faite par le décret est justifiée parce que certains fonctionnaires travaillent plus que d'autres. Cela sous-entendrait que le logement gratuit est considéré comme une prime pour la quantité ou la pénibilité supérieure de travail.

La deuxième justification, fondée sur la difficulté qu'ont les fonctionnaires à trouver dans le parc immobilier de Mayotte des logements proches du lieu d'exercice des fonctions pourrait sembler plus raisonnable, parce qu'elle tiendrait au logement. Pour autant, il faut rappeler que ce texte ne concerne pas l'obtention ou non du logement, mais sa gratuité. Quoiqu'il arrive, l'administration fournit le logement. En quoi donc la difficulté de trouver le logement justifierait-elle la gratuité ? Il y a là un lien de cause à effet que l'on ne suit pas.

Le Conseil d'État rejette ainsi les requêtes en considération du respect du principe d'égalité par l'arrêt dont le refus de réformation avait été opposé aux requérants par le ministre de l'outre-mer. La différenciation entre les outre-mers est de plus en plus reconnue, et pour de bonnes raisons, mais la différenciation entre les fonctionnaires d'État n'a pas toujours d'aussi bons fondements.

## **10.10 – Urbanisme**

### **Sursis à l'exécution d'une annulation contentieuse, effet sur le plan local d'urbanisme, moyen sérieux, obligation d'exécution de la décision avant appel.**

Cour Administrative d'appel de BORDEAUX 28 septembre 2010 Commune de Cilaos n°09BX02341

*Audrey EGIZIANO, Doctorante à l'Université de La Réunion en Contrat doctoral.*

### **Le refus lapidaire de surseoir à l'exécution de l'annulation du plan local d'urbanisme de la commune de Cilaos**

Par un arrêt du 28 septembre 2010, la cour administrative d'appel de Bordeaux rejette la requête de la commune de Cilaos tendant à obtenir le sursis à exécution du jugement rendu le 2 juillet 2009 par lequel le tribunal administratif de Saint-Denis annule partiellement son plan local d'urbanisme.

C'est par une solution brute que la cour rejette la demande : « Considérant qu'aucun des moyens invoqués par la commune de Cilaos pour annuler le jugement du 2 juillet 2009 par lequel le tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a annulé partiellement la délibération du conseil municipal du 6 février 2008 n'est de nature à justifier une demande de sursis à exécution de ce jugement ; que les conclusions de la commune de Cilaos tendant au sursis à exécution du jugement attaqué doivent par suite être rejetées », et ce sans même citer l'article R.811-15 du code de justice administrative fondant le sursis à exécution.



Pour rappel, cet article dispose que « lorsqu'il est fait appel d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision administrative, la juridiction d'appel peut, à la demande de l'appelant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement si les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement »<sup>1</sup>.

On remarque par ailleurs qu'aucune référence à un préjudice n'est exigée, il suffit donc que l'annulation de première instance semble avoir été prononcée à tort<sup>2</sup>.

Pour revenir à l'espèce étudiée ici, aucune précision n'est apportée quant aux moyens soulevés ni quant à leur pertinence, ce qui est étonnant, car les décisions en la matière sont en règle générale plus étoffées.

Dans de nombreux arrêts, par exemple ceux rendus le 12 octobre 2010 et le 27 avril 2010 par la cour administrative d'appel de Lyon<sup>3</sup>, l'article R.811-15 du code est cité *in extenso*, puis les juges exposent les moyens invoqués et cherchent s'ils sont sérieux et de nature à justifier l'annulation du jugement, et enfin font droit à la demande du sursis à exécution.

Certes, ces arrêts accueillent la demande de l'appelant. L'on pourrait alors déduire que ce n'est que lorsque les juges accordent le sursis à exécution d'un jugement que les moyens sont plus longuement présentés. Or l'arrêt rendu le 24 juin 2010 par la cour de Bordeaux<sup>1</sup>, bien qu'il rejette la demande tendant au sursis à exécution du jugement annulant la délibération du plan local d'urbanisme de la commune de Mazamet, expose les faits, l'article du code, et le moyen invoqué.

Le caractère laconique de l'arrêt concernant le plan local d'urbanisme de la commune de Cilaos surprend alors d'autant plus.

Peut-être est-ce en raison du caractère éminemment politique du contentieux que la cour n'a pas souhaité accorder l'exception au principe de l'effet non suspensif de l'appel. Corrélativement au refus de prononcer le sursis à l'exécution du jugement du tribunal administratif de Saint-Denis, le principe s'applique donc : l'appel ne produit pas d'effet suspensif<sup>2</sup>. Par conséquent l'appelant, en l'espèce la commune de Cilaos, a l'obligation d'exécuter la décision de première instance pendant tout le cours de l'instance d'appel<sup>3</sup>, donc le plan local d'urbanisme est annulé.

En pareille situation, l'article L.121-8 du code de l'urbanisme dispose que le document d'urbanisme immédiatement antérieur est remis en vigueur. Dans le cas contraire, le maire sera

---

1 Parfois les juges statuent à la fois sur la demande de sursis à exécution et sur la demande d'annulation du jugement litigieux : arrêt CAA Lyon 29 juin 2010 Commune de Vichy, n°09LY00597 ; arrêt CAA Bordeaux 6 avril 2010 Communauté d'agglomération de La Rochelle et Commune d'Aytre, n°09BX02248.

2 Ce n'est que dans le cadre de l'article R.811-17 du code de justice administrative qu'il est question de surseoir à l'exécution du jugement lorsque celui-ci « risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent sérieux en l'état de l'instruction ».

3 Arrêt CAA Lyon 12 octobre 2010 Commune de Marzy, n°10LY00774 ; CAA Lyon 27 avril 2010 Commune de La Buisse, n°09LY01769 ; ou encore les arrêts CAA Marseille 2 juillet 2010 Commune de Villeneuve Lez Avignon, n°09MA04644 ; CAA Lyon 2 février 2010 Commune de Sens, n°08LY02675.

1 Arrêt CAA Bordeaux 24 juin 2010 Commune de Mazamet, n°09BX02829 ; de même que l'arrêt CAA Lyon 22 juin 2010 Commune de Saite-Hélène-du-Lac, n°10LY00250.

2 Article R.811-14 du code de justice administrative, sauf dans certains contentieux, notamment électoral et disciplinaire.

3 Rouault M.-C., *Contentieux administratif – La juridiction compétente – La détermination du différend – Le règlement du différend*, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 509.

tenu de recueillir l'avis conforme du préfet sur toutes les demandes d'autorisation d'urbanisme postérieures à cette annulation<sup>4</sup>.

La cour de Bordeaux a finalement confirmé l'annulation du plan local d'urbanisme de la commune de Cilaos par un arrêt rendu en fin d'année 2010, mais contre lequel un pourvoi en cassation a été déposé.

Suite et fin de cette saga contentieuse dans le prochain épisode...

**Habitat informel et indigne – annulation d’une décision implicite par laquelle un maire refuse de mettre en œuvre les pouvoirs de police qu’il tient de l’article L.480-1 du code de l’urbanisme - inexécution - injonctions sous astreintes.**

Tribunal Administratif de Saint-Denis de La Réunion, 28 octobre 2010, M. et Mme A. c/ Commune de la Possession, n°0901667.

*Tristan Aoustin, Doctorant, ATER à l’Université de La Réunion*

Selon le rapport parlementaire n°3084, déposé en première lecture à l’Assemblée nationale le 12 janvier 2011 et relatif à la proposition de « *loi portant dispositions particulières relatives aux quartiers d’habitat informel et à la lutte contre l’habitat indigne dans les départements et régions d’outre-mer* », entre 50 000 et 60 000 habitations relèvent en Guadeloupe, en Martinique, en Guyane et à La Réunion, de l’habitat informel et précaire. Selon l’auteur du rapport, une grande partie de cet habitat peut être qualifiée de « *totalelement indigne* ».

La situation, sur laquelle se penchent aujourd’hui le législateur et la commission «Épanouissement humain» du Conseil économique, social et environnemental de La Réunion<sup>1</sup>, est évidemment - que l’on songe en particulier aux divers risques sanitaires et environnementaux qui lui sont attachés - porteuses de drames humains, potentiels ou avérés. Elle a récemment marqué l’actualité de la Commune du Port (onze enfants atteints de saturnisme dans le quartier du triangle de l’Oasis) et en appelle à une réaction rapide, efficace et coordonnée de l’ensemble des acteurs concernés ; d’autant qu’à La Réunion, «cette précarité induit un regroupement des familles [le plus souvent d’origine mahoraise ou comorienne] les plus démunies dans les poches

---

<sup>4</sup>Article L.422-6 du code de l'urbanisme.

<sup>1</sup> - CESER, Commission "Epanouissement humain", 18 octobre 2010, "Les Mahorais : de l'accueil à l'écueil : changer de regard", 20 pages. Source : <http://www.cesr-reunion.fr/>.

d'insalubrité, ce qui s'apparente à un phénomène de ghettoïsation» (voir travaux de la commission précitée).

Le bidonville de la Ravine à Malheur, situé sur le territoire de la Commune de la Possession, est, semble-t-il, parfaitement représentatif de ce phénomène de ghettoïsation et de ce qu'il faut entendre par habitat « totalement indigne » et place le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, saisi par des riverains las de l'attentisme persistant du maire de leur commune, sous le feu de l'actualité législative.

M. et Mme A. ont en effet obtenu de ce tribunal, par jugement n°051201 du 19 juin 2008, une décision condamnant le maire de la commune à verbaliser et à régulariser une vingtaine de «maisons en tôles sous tôles » édifiées sans permis de construire dans le lit d'une ravine dont ils sont riverains<sup>2</sup> ; le tribunal ayant précisément décidé que « la décision, née le 29 octobre 2005, par laquelle la commune de La Possession a refusé de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L.480-1 du code de l'urbanisme est annulée ».

La commune n'a pas formé appel de ce jugement, il est ainsi devenu définitif.

Depuis, rien n'a avancé dans les faits. Le tribunal a donc été de nouveau saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative d'une demande d'exécution.

Il s'est prononcé par jugement n°0901667 du 28 octobre 2010 et a décidé :

« Il est enjoint à la commune de La Possession de procéder à la constatation de l'existence des constructions illégales sises le long du Chemin Départemental 41 au lieu dit « Ravine à Malheur » dans le cadre de la procédure prévue par les dispositions de l'article L.480-1 du code de l'urbanisme et de transmettre ledit procès-verbal au ministère public dans le délai de deux mois ; qu'il y a lieu d'assortir cette injonction d'une astreinte de 500 euros par jour de retard à compter de la notification du présent jugement ».

Sauf à considérer la particulière dangerosité de la ravine en l'espèce occupée - notamment évacuée lors du passage du cyclone Dina en 2004 - une telle solution peut paraître particulièrement brutale en l'absence de mesures d'accompagnement et de relogement, même provisoires, de la population concernée. C'est probablement là tout l'enjeu qu'il y a aujourd'hui à légiférer sur le sujet...

La décision du tribunal constitue quoi qu'il en soit un message fort adressé aux élus locaux qui, par clientélisme politique le cas échéant, seraient tentés de contribuer à pérenniser ou favoriser de telles situations, en permettant par exemple le raccordement de bidonvilles aux réseaux d'eau et d'électricité. Le parquet a eu l'occasion de s'émouvoir de la situation et de taper du poing sur la table dans les années 90. L'attentisme des différents représentants de l'État est également en cause.

---

<sup>2</sup> - Le tribunal ayant considéré que « les maisons en tôle sous tôle litigieuses sont des constructions relevant du champ d'application des dispositions des articles L.480-1 et L480-4 précités du code de l'urbanisme ; qu'ainsi, le maire ne pouvait légalement refuser de faire dresser un procès-verbal en application de ces dispositions ; que les requérants sont, par conséquent, fondés à demander l'annulation de la décision implicite par laquelle le maire de la commune a refusé de mettre en œuvre les pouvoirs de police qu'il détient au titre de l'article L.480-1 du code de l'urbanisme ».

De son côté, le juriste ne pourra quant à lui manquer d'être interpellé par l'impasse contentieuse à laquelle risque fort, en l'état actuel du droit, d'aboutir le jugement du 28 octobre 2010 compte tenu de l'erreur de droit commise par le juge de l'exécution lorsqu'il réitère ou tire les conséquences des errements rédactionnels intervenus dès la décision précitée du 19 juin 2008.

Dès sa décision de 2008 en effet, si le juge administratif visait clairement, au stade des motifs, la défaillance du « *maire de la commune de la Possession* », le dispositif du jugement sanctionnait lui « *la décision, née le 29 octobre 2005, par laquelle la commune de La Possession [et non le maire de la commune] a refusé de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L.480-1 du code de l'urbanisme* ». Par suite, le juge de l'exécution a « *enjoint à la commune de La Possession* » et assorti cette injonction d'une astreinte.

Or de telles décisions procèdent manifestement d'une méconnaissance par le juge de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales puisque c'est le maire de la commune, agissant en tant qu'agent de l'État, et non la Commune de la Possession elle-même qui doit constater les infractions considérées au titre la police de l'urbanisme. Le Conseil d'État a en effet eu l'occasion de préciser que « *lorsqu'il exerce les attributions qu'il tient des articles L. 480-1 et suivants du code de l'urbanisme, relatifs à la constatation et à la sanction des infractions aux dispositions du livre IV de ce code et à l'interruption des travaux par décision judiciaire, le maire agit en qualité d'autorité de l'État ; que, dès lors, la commune (..), qui n'était pas partie à l'instance de référé engagée en vue de l'interruption des travaux effectués par les bénéficiaires du permis de construire dont la suspension avait été prononcée, est fondée à soutenir que le juge des référés a commis une erreur de droit en mettant à sa charge la somme demandée par M. X au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens, et à demander pour ce motif l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance attaquée* » (Conseil d'Etat, 3<sup>ème</sup> sous-section, 8 décembre 2004, Commune du Thoronet, n°265782).

À s'en tenir à cette jurisprudence, la Commune de la Possession, qui demande à la Cour d'appel de Bordeaux d'annuler le jugement du 28 octobre 2010 intervenant suite à l'inexécution du jugement devenu définitif de 2008, a toutes les chances d'obtenir gain de cause.

Toutefois, une alternative semble être offerte au juge d'appel compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire.

En considérant en effet que le jugement de 2010 est la conséquence nécessaire ou logique de celui de 2008, il serait également possible d'avancer que l'argumentation de la commune est en réalité dirigée contre ce dernier (qui annule « *la décision, née le 29 octobre 2005, par laquelle la commune de La Possession [et non le maire de la commune] a refusé de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L.480-1 du code de l'urbanisme*»). Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État (voir notamment Conseil d'État, 3/8 SSR, 2 mars 2007, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 271544<sup>1</sup>), elle serait alors inopérante à l'encontre du

---

<sup>1</sup> - « *Considérant que si le MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE soutient par ailleurs que le jugement attaqué serait entaché d'erreur de droit pour avoir enjoint au trésorier-payeur général de réviser la pension des intéressés au-delà du délai d'un an prévu par l'article L. 55 du code des pensions civiles et militaires de retraite, cette*

jugement tendant à l'exécution de cette décision exécutoire. Le moyen invoqué par la commune, d'ailleurs nouveau en appel, car reposant sur une cause juridique nouvelle<sup>2</sup>, pourrait donc être écarté.

Il aurait *in fine* appartenu à la commune de La Possession, prise en la personne de son maire en exercice, d'exercer un pourvoi en appel devant la Cour d'appel suite au jugement du 19 juin 2008. Un recours en rectification d'erreur matérielle aurait en outre pu être intenté par la commune elle-même.

Le Conseil d'État considère en effet « *qu'il appartient aux parties, si elles estiment qu'un jugement est entaché d'une erreur de droit ou d'une erreur matérielle, de recourir aux voies de réformation du jugement ouvertes par le code de justice administrative, et précédemment par le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; qu'elles peuvent également, en cas d'erreur matérielle, s'adresser au président du tribunal pour lui signaler l'existence d'une erreur matérielle dans ce jugement ; qu'en dehors de ces voies de réformation et de la possibilité pour le président du tribunal de rectifier l'erreur matérielle affectant un jugement, l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que le juge, saisi sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 911-4 d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle, puisse rectifier les erreurs de droit ou purement matérielles dont elle serait entachée* » (En ce sens, Conseil d'État, 7/2 SSR, 23 novembre 2005, *Société Eiffage TP*, n° 271329. Voir également Cour administrative d'appel de Nancy, 1ère chambre, 10 juin 2010, n° 09NC01235).

En définitive, les circonstances particulières et inédites de l'affaire sur laquelle il est aujourd'hui demandé à la Cour d'appel de Bordeaux de se prononcer ne lui permettraient pas de statuer conformément à la jurisprudence « *Commune du Thoronet* », jurisprudence qui ne pourrait légalement et raisonnablement trouver à s'appliquer que dans le cadre d'un appel formé contre un jugement n'ayant pas acquis autorité de chose de jugée. L'autorité de la chose jugée et l'office - limitée - du juge de l'exécution semblent en l'espèce pouvoir faire obstacle à l'examen par la Cour d'appel des moyens invoqués et à ce qu'elle tire les conséquences d'une inexacte appréciation par le juge de première instance dans son jugement initial de la répartition des compétences entre autorités déconcentrées et décentralisées.

En écartant la solution ainsi commandée, si la Cour d'appel devait simplement être amenée à considérer que le tribunal administratif a commis une erreur matérielle ou une erreur de droit et que la Commune est par suite indument tenue au versement d'astreintes devant normalement être supportées par l'Etat, le manque avéré de diligence du maire de la commune, pris en sa qualité de représentant de cette collectivité territoriale et suite au jugement intervenu en 2008, pourrait lui permettre de ne considérer ladite erreur matérielle ou de droit que comme

---

*argumentation, en réalité dirigée contre les jugements des 15 octobre et 2 décembre 2002, est inopérante à l'encontre d'un jugement tendant à l'exécution de ces décisions exécutoires ; que ce moyen, d'ailleurs nouveau en cassation, ne peut donc qu'être écarté ; qu'il en est de même du moyen tiré du défaut de fondement légal de la pension, celui-ci étant constitué par lesdits jugements du 15 octobre et du 2 décembre 2002 ; »*

<sup>2</sup> - Il est à cet égard intéressant de relever que la commune n'était pas représentée au jour du délibéré devant le juge de l'exécution.

cause indirecte de la charge résultant aujourd'hui pour la commune. L'attentisme persistant du représentant de la commune, qui n'a pas usé des voies de recours à sa disposition en temps voulu, permettrait à la Cour de faire application particulière de la théorie de la causalité directe ayant cours devant les juridictions administratives au plein contentieux<sup>1</sup>.

En somme, compte tenu du manque de diligence de son représentant, la commune ne serait aujourd'hui pas indument - ou totalement indument - soumise à astreinte malgré la solution que commanderait normalement la répartition des compétences consacrée par le législateur. Il s'agirait peut-être surtout de condamner, par ricochet, une attitude inacceptable des pouvoirs publics locaux face à une situation d'insalubrité révoltante et tendant à se banaliser sur le territoire de certaines communes ; de sanctionner, certes indument au regard des principes de la décentralisation, une collectivité territoriale pour autant bien compétente en matière d'urbanisme – y compris de logement social - en amont de l'action publique.

Il pourrait donc être fait juste et équitable appréciation des intérêts et causes en présence par la Cour si la demande formée en appel par la commune devait être considérée irrecevable.

*L'imbroglio juridique résultant entre autres du défaut de recours à l'encontre du jugement précité de 2008 sera en tout état de cause l'occasion pour la Cour d'appel de Bordeaux de produire une décision qui ne manquera pas d'intéresser la doctrine compte tenu de l'agenda parlementaire.*

## **10.11 – Fiscalité**

**Taxe locale d'équipement, obsolescence, construction avec des conteneurs, absence d'autorisation d'urbanisme et paiement de la taxe, fait générateur, Loi de finances rectificative du 29 décembre 2010, application au premier mars 2012, modification profonde des taxes d'urbanisme, taxe d'aménagement, disparition de nombreuses taxes, fait générateur et bénéficiaires de la taxe d'aménagement.**

Cour Administrative d'appel de Bordeaux 30 mars 2010 n°08BX03006

*Audrey EGIZIANO, Doctorante à l'Université de La Réunion en Contrat doctoral.*

**L'arrêt condamnant au paiement de la taxe locale d'équipement, obsolète dans un an...**

---

<sup>1</sup> - Ainsi, en principe, l'administration qui délivre un certificat d'urbanisme comportant des erreurs risque de voir sa responsabilité engagée pour faute. Mais le Conseil d'Etat a posé une limite à ce principe, confirmée notamment dans le cas précis où le pétitionnaire est un professionnel de l'immobilier imprudent à l'égard tant du contenu du certificat d'urbanisme que de son délai de validité, en retenant que la responsabilité de l'administration n'est engagée que si le préjudice subi à son origine directe dans les mentions du certificat d'urbanisme en cause (Voir CE, fév. 1983, *Lubrez* ; voir également CE, 2002, *Cne de Pessines* et CAA Bordeaux, 22 janvier 2009, *Commune de l'Etang-Salé*, n°08BX00033, *RJOI*, n°10/2010, p. 261).

L'arrêt rendu le 30 mars 2010 par la cour administrative d'appel de Bordeaux fera partie de ceux qui auront offert leurs dernières heures à la taxe locale d'équipement (TLE), la taxe départementale pour le financement des conseils d'architecture, d'urbanisme et d'environnement (TDCAUE), et la taxe départementale des espaces naturels (TDENS) (I), car un nouveau dispositif est prévu : la taxe d'aménagement (II).

I/L'ancien, mais toujours actuel dispositif : l'exemple de l'arrêt du 30 mars 2010

En l'espèce, un procès-verbal en date du 19 novembre 2004, est dressé par un agent assermenté de la direction départementale de l'équipement de La Réunion, à l'encontre de M. X. Il fait état de l'installation de quatre conteneurs reliés par une toiture en tôle aménagés en habitation, ainsi que d'un bungalow, pour une surface totale de 84 m<sup>2</sup>, sur une parcelle non constructible selon le plan d'occupation des sols, et sans autorisation préalable.

C'est alors que le 11 avril 2005, la commune de Saint-Paul émet un titre de recettes à hauteur de 3610 euros pour le paiement de la TLE, la TDCAUE, et la TDENS.

M. X attaque ce titre de recettes et demande au tribunal administratif de Saint-Denis la décharge de ces taxes ainsi que de l'amende fiscale retenue à titre de pénalité, ce qui lui est refusé le 2 octobre 2008.

Il interjette donc appel devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, au soutien duquel il invoque que les conteneurs ne sont pas destinés à l'habitation, qu'ils ne sont que temporaires, et qu'ils ne peuvent mettre à sa charge le paiement des taxes étant donné qu'aucun permis ne lui a été délivré<sup>1</sup>.

Or il s'avère que selon l'article 1585 A du code général des impôts, la TLE est établie de plein droit dans les communes de plus de 10 000 habitants, sur la construction, reconstruction, et agrandissement des bâtiments de toute nature. L'article 1793 du même code précise que le redevable de la taxe est le bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme. Le fait générateur de cette taxe est donc, comme le confirme la Cour Administrative d'appel de Versailles en 2004<sup>2</sup>, le permis de construire.

Enfin l'article 1599 B du code dispose que la TDENS et la TDCAUE sont recouvrées selon les mêmes modalités que la TLE.

Or que se passe-t-il lorsqu'aucune autorisation n'a été délivrée ? Le Conseil d'État y a répondu le 23 juin 1986 : « en cas de travaux réalisés sans autorisation, le fait générateur de la taxe est constitué par l'achèvement des travaux »<sup>3</sup>. Dans pareille situation, la procédure contradictoire pour le paiement de la taxe n'est pas nécessaire<sup>4</sup>, et l'amende fiscale est d'égal montant (article 1828 du code général des impôts).

Pour toutes ces raisons, M.X reste condamnée à verser la taxe due ainsi que l'amende.

---

1 Ce dernier moyen fait preuve de la vaporeuse bonne foi du requérant : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », soit « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

2 Arrêt CAA Versailles, 16 décembre 2004, Cantin, req. n°02VE01078.

3 Arrêt CE 23 juin 1986, Rubin, Lebon 170 ; Dr. Fisc. 1986 n°2019, concl. Latournerie.

4 Arrêt CE 9 juillet 2003, M. Michel X., req. N°256205 ; BJDU 2004, 77.

Ce type de raisonnement connaîtra sous peu quelques bouleversements, dès lors que le nouveau dispositif des taxes d'urbanisme sera en vigueur.

II/ Le nouveau dispositif au 1<sup>er</sup> mars 2012 : la loi de finances rectificative du 29 décembre 2010

C'est par la loi de finances rectificative du 29 décembre 2010 que la réforme des taxes d'urbanisme tant espérée par la doctrine naît enfin. Tardive certes, mais non moins essentielle, elle en fixe les fondements à ses articles 28 et suivants.

Précisons d'ores et déjà que cette réforme balaie un certain nombre de participations d'urbanisme, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2012 : la TLE, la TDENS, la TDCAUE, le versement pour dépassement du plafond légal de densité, le programme d'aménagement d'ensemble (PAE)<sup>5</sup> et enfin<sup>6</sup>, la taxe spéciale d'équipement du département de la Savoie. C'est pour cela que la cristallisation des règles applicables effectuée par les certificats d'urbanisme délivrés avant le 1<sup>er</sup> mars 2012 ne s'appliquera pas à la taxe d'aménagement.

La participation pour raccordement à l'égout, la participation destinée à la réalisation de parcs publics de stationnement, la participation pour voirie et réseaux, ainsi que la participation des riverains prévue par la législation applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, et de la Moselle, ont quant à elles vocation à disparaître dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015.

#### Objectifs :

Au sein du Titre 3 (Dispositions financières) du Livre 3 (Aménagement foncier) du code de l'urbanisme, est ressuscité un chapitre premier désormais nommé « Fiscalité de l'aménagement », contenant une section première « Taxe d'aménagement ». Celle-ci se décompose en dix sous-sections afin d'en préciser le régime.

L'article L.331-1 du code de l'urbanisme dispose que cette nouvelle taxe vise le financement des actions et opérations contribuant à la réalisation des objectifs énoncés à l'article L.121-1, or ceux-ci concernant les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales. Pourquoi ne pas avoir fait correspondre les objectifs de la taxe d'aménagement avec ceux exposés à l'alinéa premier de l'article L.300-1<sup>1</sup>, c'est-à-dire ceux esquissant les contours de l'aménagement ? La taxe d'aménagement, située à l'intérieur du livre consacré à l'aménagement foncier, fait donc référence à des objectifs extérieurs, plus généraux, et qui concernent des documents d'urbanisme. Elle doit donc, comme le dispose l'article L.121-1, « assurer, dans le respect des objectifs du développement durable :

---

5 La suppression du dispositif PAE avait été évoquée lors de la loi du 25 mars 2009 créant le projet urbain partenarial, puis finalement écartée. Le PAE disparaîtra donc le 1er mars 2012.

6 Certains ajouteront même qu'il en était temps, car cette taxe a été instituée en 1986 pour financer les Jeux olympiques d'hiver de 1992, et demeure applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme, c'est-à-dire le 1er mars 2012.

1 L'article L.300-1 alinéa 1 C.urb : « Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur la patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ».



1° L'équilibre entre :

a) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, la mise en valeur des entrées de ville et le développement rural ;

b) L'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;

c) La sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables ;

2° La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements et de développement des transports collectifs ;

3° La réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, et la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature ».

Nous comprenons que faire référence à ces objectifs-ci permet de justifier la perception de la taxe pour tout type de projet. L'article L.300-1 n'aurait pas expliqué l'assujettissement d'opérations de moindre envergure. Dans ce cas il reste curieux de nommer cette taxe « taxe d'aménagement », d'autant plus que celle-ci apparaît dans une livre consacré précisément à l'aménagement foncier tel qu'entendu à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L.300-1. Ceci participe du flou existant autour de la notion d'aménagement en droit.

Bénéficiaires :

Les bénéficiaires de la taxe d'aménagement sont multiples puisque celle-ci vient supplanter des taxes différentes.

Tout d'abord, elle est de plein droit pour les communes disposant d'un plan d'occupation des sols ou d'un plan local d'urbanisme ainsi que pour les communautés urbaines (sauf renonciation expresse), elle est instituée par délibération pour les autres communes, et par transfert de compétence pour les autres établissements de coopération intercommunale.

Ensuite, les départements peuvent prévoir la part départementale de la taxe d'aménagement par délibération, afin de financer le CAUE et la protection des ENS.

Enfin, la région Ile-de-France est la seule à pouvoir bénéficier d'une part régionale de la taxe, afin de financer les équipements collectifs.

## Fait générateur :

En principe, et cela ne change pas de ce qui existait sous l'empire de la TLE, c'est l'autorisation d'urbanisme sur les opérations de construction, reconstruction, agrandissement de bâtiment, installations ou aménagements de toute nature, qui génère la taxe. Que faire face à une construction sans autorisation ? Le Conseil d'État s'est attaché à y répondre dès 1986 : « en cas de travaux réalisés sans autorisation, le fait générateur est constitué par l'achèvement des travaux »<sup>1</sup>. Cette réponse, certes pratique, ne semble pas respecter la rigueur que l'on peut attendre d'un fait générateur d'une taxe. Il n'y aura dans ce cas, aucune déclaration d'achèvement des travaux déposée étant donné qu'aucune demande d'autorisation d'urbanisme ne l'a été. Il s'agit donc clairement d'un simple fait.

Dans l'espèce ici commentée, le requérant a basé son argumentation notamment sur l'absence de notification du procès-verbal du 19 novembre 2004. Or le moyen est jugé inopérant, car le procès-verbal ne joue aucun rôle dans le déclenchement de la taxe. En vertu de la jurisprudence du Conseil d'État, c'est l'élément factuel de l'achèvement des travaux qui en constitue le point de départ. Il est donc uniquement vérifié que la taxe existait préalablement à l'achèvement des travaux pour déclencher son exigibilité.

Dorénavant, le paiement de la taxe d'aménagement en cas de construction sans autorisation nécessitera un procès-verbal constatant l'infraction (L.331-6 C.urb), ce qui nous apparaît plus juste et plus rigoureux, car il devra sans doute être notifié à l'intéressé. Certes, une telle règle aurait fait échouer la procédure de l'espèce, mais elle a le mérite de déterminer plus clairement le déclenchement de la taxe. Nous pouvons nous en réjouir.

## Assiette-Exonérations-Taux :

Lorsqu'il s'agit de constructions, elle est constituée par la valeur forfaitaire au mètre carré, sachant que la surface hors œuvre nette n'est plus utilisée pour le calcul : dorénavant il faudra prendre en compte « la somme des surfaces de plancher closes et couvertes, sous une hauteur de plafond supérieure à 1,80 mètre, calculée à partir du nu intérieur des façades du bâtiment, déduction faite des vides et des trémies »<sup>1</sup>. La valeur du mètre carré sera différenciée pour l'Ile de France : 748 euros, alors que pour le reste de la France elle est fixée à 660 euros. Des abattements sont prévus, notamment pour les constructions d'habitation (L.331-12 C.urb.).

Lorsqu'il s'agit d'aménagements ou d'installations, leur valeur forfaitaire est également prévue, à l'article L.331-13 du code d'urbanisme<sup>2</sup>.

Bien entendu, des exonérations sont mises en place<sup>3</sup>, et nombreuses d'entre elles sont identiques à celles existant pour la TLE, notamment les constructions et aménagements destinés à être affectés à un service public ou d'utilité publique, ou les constructions et aménagements réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un projet urbain partenarial. Par ailleurs, des exonérations facultatives<sup>4</sup> reprennent celles déjà instituées pour la TDENS et la

---

1 Arrêt CE 23 juin 1986 Rubin, précité.

1 Article L.331-10 C.urb.

2 Pour exemple, les piscines sont évaluées à 200 euros le mètre carré, les panneaux photovoltaïques au sol à 10 euros le mètre carré.

3 Article L.331-7 C.urb.

4 Article L.331-9 C.urb.

TDCAUE, comme « les immeubles classés parmi les monuments historiques ou inscrits à l'inventaire des monuments historiques. »

Une fois l'assiette fixée, le taux à appliquer peut varier de 1 à 5 %, comme cela était le cas pour la TLE, mais il peut être porté jusqu'à 20 % « dans certains secteurs par une délibération motivée, si la réalisation de travaux substantiels de voirie ou de réseaux ou la création d'équipements publics généraux est rendue nécessaire en raison de l'importance des constructions nouvelles édifiées dans ces secteurs »<sup>5</sup>. Et dans ce cas, la participation pour raccordement à l'égout, la participation destinée à la réalisation de parcs publics de stationnement, la participation pour voirie et réseaux, et la participation des riverains prévue par la législation applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, et de la Moselle ne peuvent s'appliquer.

#### Amende fiscale :

Par ailleurs, l'amende fiscale liée à la taxe d'aménagement en cas de construction sans autorisation d'urbanisme ne sera pas d'égal montant, comme cela était le cas pour la TLE (article 1828 du code général des impôts) : « En cas de construction ou d'aménagement sans autorisation ou en infraction aux obligations résultant de l'autorisation de construire ou d'aménager le montant de la taxe ou du complément de taxe due est assorti d'une pénalité de 80 % du montant de la taxe. Cette pénalité ne peut être prononcée avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la notification du document par lequel l'administration a fait connaître au contribuable concerné la sanction qu'elle se propose d'appliquer, les motifs de celle-ci et la possibilité dont dispose l'intéressé de présenter dans ce délai ses observations.

En cas de demande de régularisation et d'obtention ultérieure d'une autorisation de construire ou d'aménager par le contribuable ayant commis l'infraction, la pénalité est réduite à 40% »<sup>1</sup>.

#### Spécificité de la suppression du versement pour dépassement du plafond légal de densité :

Pour finir, nous devons mentionner la spécificité de la suppression du versement pour dépassement du plafond légal de densité. Ce dernier est remplacé par un système inverse : le versement pour sous-densité, afin de limiter l'étalement urbain. Il vise les mêmes objectifs que la taxe d'aménagement, et concerne les communes et établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de plan d'occupation des sols ou de plan local d'urbanisme, après qu'une délibération a fixé un seuil minimal de densité, et dans les zones U et AU.

Le bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme dont la construction est inférieure au seuil auquel elle est assujettie devra verser la taxe, calculée comme ceci : produit de la moitié de la valeur du terrain (telle que déclarée par le pétitionnaire dans sa demande d'autorisation d'urbanisme) et du rapport entre la surface manquante et la surface de la construction résultant de l'application du seuil ; sans toutefois que le montant de cette taxe ne dépasse 25 % de la valeur du terrain.

---

<sup>5</sup> Article L.331-15 C.urb.

<sup>1</sup> Article L.331-23 C.urb.

Des exonérations existent<sup>2</sup>, semblables à celles prévues pour la taxe d'aménagement.

Les effets des certificats d'urbanisme sont limités de la même façon qu'en matière de taxe d'aménagement.

Il faudra cependant patienter jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2012 pour que ce dispositif entre en vigueur.

En revanche, une autre participation d'urbanisme a disparu quant à elle précipitamment du code de l'urbanisme, en raison d'une décision rendue le 22 septembre 2010 par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>3</sup>. Il s'agit du dispositif de la cession gratuite de terrain<sup>4</sup>, déclaré inconstitutionnel. Celui-ci est donc d'ores et déjà abrogé, depuis le 23 septembre 2010, date de publication de la décision.

Le système des participations d'urbanisme est donc en plein effervescence.

---

2 Article L.331-42 C.urb.

3 Décision Conseil constitutionnel du 22 septembre 2010, n°2010-33 QPC.

4 Article L.332-6-1 ; R.332-15 ; R.332-16 C.urb.

