

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Chronique de jurisprudence touchant à l'Outre-mer

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Chronique de jurisprudence touchant à l'Outre-mer », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° 12, 2011 [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Chronique de jurisprudence touchant à l'Outre-mer

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

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 2007¹, 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 CJA² pour l'ensemble des référés

¹ 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.

² 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

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 motivation³. 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 « dérogatoire » 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 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.

référés aujourd'hui classiques (notamment les référés d'urgence comme le référé liberté et le référé suspension).

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

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

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)

¹. 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.

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.

¹ 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 ; »

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-Calédonienne 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^e 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^e 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^e et la 7^e 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.

Domaine public

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

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 lagon¹ 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 publiques², mais plus encore parce qu'il est implanté sur la « zone des cinquante pas géométriques » de l'article L. 5111-1 du même code³.

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

¹ 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 ».

² 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 ».

³ 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'État. »

ou des groupements de communes à l'obtention de concessions de plage (sans mise en concurrence)⁴, 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 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 plage⁵.

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 »⁶ 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 1999⁷, 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

⁴ On retrouve cette priorité à l'article L 321-9 du Code de l'environnement.

⁵ Décret n°2006-608 du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage.

⁶ 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.

⁷ 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 ; »

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 Bouin⁸ 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 conseiller le recours aux procédures de passation⁹. 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 Boulogne¹⁰. 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 public¹¹.

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 respectée 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.

⁸ 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.

⁹ Rapport CE 2002, Collectivités publiques et concurrence, EDCE n° 53, La doc. fr., 2002, p. 380

¹⁰ 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 ».

¹¹ CE, 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph »*, RFDA 2000, p. 797, concl. C. Bergeal

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

Les États 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.