



HAL
open science

Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien

Anissa Hachemi

► **To cite this version:**

Anissa Hachemi. Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien. Revue juridique de l'Océan Indien, 2020, 27, pp.213-260. hal-02770748

HAL Id: hal-02770748

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02770748>

Submitted on 4 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Jurisprudence commentée

Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien

Sous la direction d'AMSSA HACHEMI,

Professeure de droit public à l'Université de La Réunion

À l'occasion du changement de direction de la chronique de jurisprudence administrative, Romain Rambaud nous fait l'amitié de contribuer à la *RJOI*. Agrégé de droit public, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble, il est spécialiste de droit électoral. Auteur d'un manuel de *Droit des élections et des référendums politiques* paru en 2019 à la LGDJ, il commente ici plusieurs décisions récentes en la matière. Cet ouvrage est recensé ci-dessus par Rémi Barrué-Belou, Maître de conférences en droit public à l'Université de La Réunion.

10.1. DROIT ÉLECTORAL

Vérification de la situation fiscale – inéligibilité – élections municipales 2020

Conseil constitutionnel, 6 juillet 2018, n°2018-1 OF

Tribunal Administratif de la Réunion, 18 novembre 2019, n°1901470

Tribunal Administratif de la Réunion, 18 novembre 2019, n°1901471

Conseil d'Etat, 2 décembre 2019, n°436154

Tribunal Administratif de la Réunion, 17 février. 2020, n°1901469

Romain RAMBAUD, Professeur de droit public, Université Grenoble Alpes, CRJ, <https://blogdroitelectoral.fr>.

Peut-être est-ce ce qui distingue fondamentalement les personnalités politiques, ou au moins une partie d'entre elles, des citoyens ordinaires : cette tension intérieure qui peut les pousser à ne jamais renoncer, même lorsqu'elles ont été gravement mises en cause, y compris judiciairement, dans le passé. Ceci n'est pas une caractéristique particulière à la France d'Outre-mer : à Grenoble par exemple, la candidature aux élections municipales de 2020 d'Alain Carignon, l'homme politique ayant passé le plus de temps en prison sous la V^{ème} République, a fait couler beaucoup d'encre.

Sur le plan légal, le cas est tout à fait possible, dans la mesure où si la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique a instauré une peine complémentaire « quasi-obligatoire » d'inéligibilité pour un certain nombre d'infractions pénales (art. 131-26-2 du code pénal), elle n'a pas satisfait la promesse présidentielle du « casier judiciaire vierge ».

Il faut toutefois reconnaître que la France d'Outre-mer a ses grandes figures. En Polynésie française, l'enregistrement de la candidature de Gaston Flosse pour les élections municipales de 2020 a finalement été refusée par le Haut-commissariat, celui-ci ayant échoué à se faire inscrire sur les listes électorales de Papeete en se prévalant d'un contrat de sous-location d'un espace de vie dépourvu de cuisine, au sein des locaux (eux aussi loués) de son propre parti politique : l'inscription sur les listes électorales est en effet conditionnée à l'existence d'un domicile ou d'une résidence de plus de six mois, et le juge n'est pas idiot (C. Cass., Civ. 2^e, 10 fev. 2020, n° C 20-12.180).

À la Réunion, aujourd'hui, c'est Thierry Robert qui tient la corde.

Thierry Robert, né le 1er avril 1977 à Saint-Denis, est un homme d'affaires réunionnais ayant fait fortune dans le BTP. Engagé au sein de l'UDF puis du MoDem, il fut maire de Saint-Leu de 2008 à 2017 ainsi que conseiller général de La Réunion entre 2008 et 2013. En 2012, il fut élu pour la première fois député. Il fut réélu en 2017, ce qui entraîna, en application des nouvelles règles sur le non-cumul des mandats issues de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, sa démission de son mandat de maire de Saint-Leu (art. LO. 141-1 du code électoral), dont il resta conseiller municipal et communautaire (LO. 141).

Du point de vue du droit électoral, M. Robert est entré dans les annales à la suite des élections législatives de 2017. En effet, la loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, adoptée dans le contexte de moralisation post « affaire Fillon », a créé un nouveau dispositif à l'article LO. 136-4 du code électoral, applicable aux députés, aux sénateurs (par renvoi de l'article LO. 296), et aux députés européens (article 5-3 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen). Dans sa version de l'époque (qui n'a pas changé sauf sur un point sur lequel on reviendra), cet article disposait :

« I. – Dans le mois suivant la date d'entrée en fonction d'un député, l'administration fiscale lui transmet une attestation constatant s'il a satisfait ou non, en l'état des informations dont elle dispose et à cette date, aux obligations de déclaration et de paiement des impôts dont il est redevable. Cette attestation ne constitue pas une prise de position formelle de l'administration fiscale sur la situation fiscale du député. Est

réputé satisfaisant à ces obligations de paiement le député qui a, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable, acquitté ses impôts ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec le comptable en vue de payer ses impôts, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités, majorations ou amendes, à condition qu'il respecte cet accord. Lorsque l'attestation fait état d'une non-conformité, le député est invité, dans un délai d'un mois à compter de la réception de cette invitation, à se mettre en conformité ou à contester cette appréciation. Au terme de ce délai, l'administration fiscale transmet l'attestation au bureau de l'Assemblée nationale et l'informe également, le cas échéant, de l'existence d'une contestation.

II. – Dans le mois suivant une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive faisant état d'un manquement du député aux obligations mentionnées au I, l'administration fiscale lui transmet une nouvelle attestation et l'invite à se mettre en conformité dans un délai d'un mois suivant la réception de cette invitation. Au terme de ce délai, l'administration fiscale transmet l'attestation au bureau de l'Assemblée nationale.

III. – Toute transmission d'attestation au député sur le fondement des I et II donne lieu à l'envoi d'une copie à l'organe chargé de la déontologie parlementaire de l'Assemblée nationale.

IV. – Lorsqu'il constate une absence de mise en conformité et de contestation, le bureau de l'Assemblée nationale saisit le Conseil constitutionnel qui peut, en fonction de la gravité du manquement, déclarer le député inéligible à toutes les élections pour une durée maximale de trois ans et démissionnaire d'office de son mandat par la même décision ».

Cette disposition signifie que la loi organise désormais, une fois un député élu, une vérification de sa situation fiscale. En d'autres termes, le parlementaire est-il dans une situation régulière vis-à-vis des impôts ? Si l'administration fiscale considère que ce n'est pas le cas, l'élu peut soit contester cette appréciation, y compris en justice, soit se mettre en conformité. Si le juge fiscal ou l'administration constate(nt) le maintien de l'absence de mise en conformité, le député dispose encore d'un délai d'un mois pour se mettre en conformité, à l'issue duquel l'attestation est transmise au bureau de l'assemblée concernée. Ce dernier, s'il constate une absence de mise en conformité et/ou de contestation, saisit le Conseil constitutionnel qui peut alors déclarer le député inéligible pour une durée de trois ans au maximum et, dans cette hypothèse, cela provoque la démission d'office du député de son mandat.

M. Robert est la personne qui a fait l'objet pour la première fois, et à ce jour la seule, de l'application de ce nouveau mécanisme. Saisi le 20 avril 2018 par le président de l'Assemblée nationale au nom du bureau de cette assemblée, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2018-1 OF du 6 juillet 2018, sanctionné lourdement celui-ci. Il a établi que l'administration fiscale avait adressé le 8 décembre 2017 à M. Robert une attestation constatant qu'il n'avait pas satisfait à l'ensemble de ses obligations de déclaration et de paiement de l'impôt à la date du 16 septembre 2017, l'invitant à se mettre en conformité avec ses obligations. Le 31 janvier 2018, l'administration fiscale avait adressé à M. Robert une seconde attestation constatant qu'il ne s'était toujours pas mis en conformité à la date du 29 janvier 2018 : il n'avait ni contesté les attestations, ni acquitté ses impôts, ni constitué des garanties suffisantes, ni conclu un accord contraignant en vue de payer. Dans le mois suivant, conformément à la possibilité laissée par la loi, M. Robert régularisa mais seulement partiellement cette situation, et il ne la régularisa en totalité qu'après le délai prévu par la loi, une fois le bureau de l'Assemblée Nationale saisi. Cette conversion tardive ne convainquit pas le juge constitutionnel qui, « compte tenu de l'importance des sommes dues et de l'ancienneté de sa dette fiscale qui porte sur plusieurs années et sur plusieurs impôts », décida de ne pas faire preuve d'indulgence vis-à-vis de M. Robert. Il choisit la sanction maximale, prononçant l'inéligibilité de M. Robert à « tout mandat pour une durée de trois ans à compter de la présente décision et, par suite, de le déclarer démissionnaire d'office ». M. Robert perdit son mandat de député.

Pour autant, cette décision devait-elle avoir un impact sur les mandats municipaux de M. Robert ? Dans sa décision, le Conseil constitutionnel déclarait M. Robert inéligible à « tout mandat ». Cela signifiait-il à « tout mandat » à partir de la déclaration d'inéligibilité sans effet sur les mandats antérieurs ou avec effet sur les mandats antérieurs ? Comme l'avait relevé Jean-Pierre Camby (LPA 23 nov. 2018, n° 140m0, p. 6), il existait à l'article LO. 136-4 du code électoral une différence de rédaction par rapport aux autres articles relatifs aux inéligibilités-sanctions, les articles LO. 136-1 et LO. 136-3, selon lesquels l'inéligibilité prononcée « Toutefois, (...) n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision », ce que ne prévoyait pas cet article à l'époque. Cette malfaçon a finalement été corrigée par la loi organique n° 2019-1268 du 2 décembre 2019 *visant à clarifier diverses dispositions du droit électoral* : le dernier alinéa de l'article LO. 136-4 dispose désormais que « L'inéligibilité déclarée sur le fondement du présent article n'a pas d'effet sur les autres mandats acquis antérieurement à la date de la décision du Conseil constitutionnel » (R. Rambaud, *La clarification du droit électoral*, AJDA, 2020, p. 346).

Dans l'attente, la question des conséquences exactes de la décision du Conseil constitutionnel a suscité un débat sur l'île, M. Robert ayant fait part de sa volonté de rester élu municipal. Des administrés de l'île demandèrent au préfet d'enclencher une procédure de démission d'office à l'encontre de M. Robert sur

le fondement de l'article L. 236 du code électoral, au motif que « l'inéligibilité n'est pas sans conséquence sur le mandat de conseiller municipal de M. Thierry Robert, d'autant plus que le fondement de la décision du Conseil constitutionnel n'est ni l'article L.O. 136-1 ni l'article L.O. 136-3 du Code électoral où il est précisé que l'inéligibilité n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision. Cette disposition n'apparaissant formellement pas dans l'article L.O. 136-4 du Code électoral, le mandat de conseiller municipal de M. Thierry Robert se retrouve dès lors pleinement entaché par l'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel. Sur la base de ce seul élément, M. Thierry Robert doit être considéré comme démissionnaire de son mandat de conseiller municipal de la ville de Saint-Leu ». Le 6 décembre 2018, M. Robert démissionna finalement de lui-même de son poste.

Ce sont semble-t-il les débats autour de la loi de clarification du droit électoral, dont l'une des dispositions consistait à corriger la malfaçon précitée, ainsi que l'approche des élections municipales de mars 2020, qui ont conduit M. Robert à vouloir remettre en cause son inéligibilité pour pouvoir se présenter. La politique est une drogue dure, paraît-il. Souhaitant anticiper les difficultés prévisibles lors du dépôt des déclarations de candidature, il utilisa une procédure tout à fait hétérodoxe pour contrer son inéluctable impossibilité, le délai de 3 ans n'étant pas expiré. Par une correspondance du 29 août 2019 reçue en préfecture le 2 septembre, M. Robert demanda au préfet de La Réunion de lui donner l'autorisation officielle et sans équivoque de se porter candidat lors des prochaines élections municipales. M. Robert introduisit ensuite deux recours en référé, un référé-suspension et un référé-liberté, contre l'inévitable décision implicite de rejet de sa demande.

Le juge du référé du tribunal administratif de la Réunion, s'il a logiquement écarté le référé-suspension par une première ordonnance du 18 novembre 2019 (n° 1901470) au motif qu'« il apparaît, en l'état de l'instruction, qu'aucun des moyens de la requête n'est de nature à susciter un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée », s'est montré très compréhensif dans la deuxième ordonnance, du même jour, rendue sur le référé-liberté (n°1901471). Il a tout d'abord procédé à la requalification de la requête qui aurait pu être rejetée comme tendant à obtenir une action de l'administration qu'elle n'était pas été compétente pour réaliser, dans la mesure où si le préfet enregistre effectivement les candidatures le moment venu (c'est-à-dire peu avant l'élection), il n'a pas à donner d'« autorisation officielle et sans équivoque » à une personne de se porter candidate, car en France les candidatures sont libres. Le juge de l'extrême urgence a ensuite appliqué une conception large de l'office du juge du référé-liberté pour considérer que « la demande de M. Robert doit donc être regardée comme devant uniquement tendre à faire prononcer par le juge du référé liberté la levée de son inéligibilité prononcée par la décision du conseil constitutionnel n° 2018-1 OF du 6 juillet 2018 ».

Il était cependant douteux que le juge administratif puisse faire cela, et le tribunal juge qu'en application de l'article 62 de la Constitution « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes autorités administratives et juridictionnelles ». Or « par la décision (...) du 6 juillet 2018, le Conseil Constitutionnel a expressément prononcé l'inéligibilité de M. Robert à tout mandat pour une durée de trois ans. Cette décision s'imposant à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution, il ne peut donc être sérieusement soutenu par M. Robert qu'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale pourrait être retenue par le juge des référés du tribunal de céans ». Il en résulte que M. Robert est bien inéligible, ce que le tribunal ne pouvait que constater pour les élections municipales : pour ce faire, on peut noter qu'en l'absence de référence à l'article LO. 136-4 à l'article L. 45-1 du code électoral qui dispose que « Ne peuvent pas faire acte de candidature » les personnes déclarées inéligibles sur le fondement des autres inéligibilités-sanctions (c'est une autre malfaçon), le juge dut utiliser le truchement des articles L. 233 et L. 199, affirmant que « sont inéligibles les personnes (...) privées de leur droit d'éligibilité par décision judiciaire en application des lois qui autorisent cette privation ». Il peut être souligné que malgré cette solution qui avait le caractère d'évidence, le tribunal prit soin de motiver au maximum sa décision en actant la constitutionnalité de l'article LO. 136-4 (« Dans sa décision n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017 se prononçant sur la constitutionnalité notamment de l'article 4 de la loi organique n° 2017-1338 à l'origine de l'article L.O. 136-4 du code électoral, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la constitution, sans aucune réserve, ces dispositions organiques »), en examinant l'intelligibilité suffisante de la loi organique du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique, ou en jugeant que la décision du Conseil constitutionnel n'avait méconnu ni l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme, ni l'article 7-1 de la conv. EDH, ni le principe de rétroactivité de la loi pénale ! Une décision finalement aussi exotique que la requête qui était adressée au juge.

M. Robert a fait appel de cette ordonnance devant le Conseil d'Etat, lequel a rendu le 2 décembre 2019 (n°436154) une décision beaucoup plus classique en se fondant sur le fait qu'en toute hypothèse, le préfet n'avait pas le pouvoir de faire ce que M. Robert lui demandait : « si M. Robert soutient que le refus que lui a opposé le préfet porte une atteinte grave et manifestement illégale à son droit de se porter candidat, le code électoral, qui fixe les conditions dans lesquelles doivent être déposées et examinées les déclarations de candidature aux élections municipales, n'habilite pas le préfet à autoriser, par anticipation, une telle candidature ». Le Conseil d'Etat a montré l'égard qu'il a eu pour cette requête en utilisant la procédure de tri prévue par l'article L. 522-3 CJA, qui permet de rejeter une requête sans instruction ni audience, au motif que celle-ci était « manifestement mal fondée », en tant qu'elle essayait de se prévaloir de

l'illégalité de la décision du Conseil constitutionnel elle-même, ce qui est une gageure.

À l'issue de toutes ces péripéties, c'est le tribunal administratif de la Réunion qui a eu le dernier mot en jugeant au fond la requête qui avait accompagné le référé-suspension. Dans son jugement du 17 février 2020 (n°1901469), celui-ci a considéré que le préfet ne disposant pas du pouvoir dont M. Robert demandait à avoir le bénéfice, il n'existait pas de décision faisant grief susceptible d'être attaquée par le biais d'un recours en excès de pouvoir. Tout ça pour ça.

Pour qui les fréquente, il est toujours frappant de constater l'audace du personnel politique. Il y a hélas un inconvénient à cette situation : ils n'écoutent pas toujours suffisamment en amont ceux qui essayent de les conseiller. C'est seulement *a posteriori*, quand l'erreur est faite et la situation difficile à rattraper, qu'ils se montrent plus réceptifs. Souvent, le conseil est en capacité de dénicher une disposition ou un argumentaire susceptible de sortir la personnalité politique de l'impasse. Mais parfois, c'est impossible. De ce point de vue, la situation de M. Robert, régularisant trop tardivement sa situation fiscale, est topique, car il était évident que rien ne pouvait être fait contre la décision du Conseil constitutionnel. Les candidats et les élus devraient prendre le droit électoral au sérieux.

10.2. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Crise requin – Référé-liberté (article L. 521-2 du code de justice administrative) – Atteinte grave et manifestation illégale à une liberté fondamentale – Droit au respect de la vie – Liberté du commerce et de l'industrie – Urgence – Nature des mesures susceptibles d'être prescrites par le juge du référé-liberté – Suspension d'exécution d'un arrêté préfectoral – Injonctions adressées à l'autorité administrative

Tribunal administratif de La Réunion, 5 juillet 2019, *Association Océan Prévention Réunion et autres c/ Préfet de La Réunion*, req. n^{os} 1901011, 1901012, 1901013, 1901014

Agnès VIDOT, Doctorante en droit public, Université de La Réunion

Depuis 2011, La Réunion fait face à une recrudescence d'attaques de requins. À ce jour, vingt-quatre attaques, dont onze mortelles, ont été recensées. La gestion de ce qui est désormais communément désigné comme la « crise requin »¹ fait l'objet d'un contentieux fourni devant le juge du tribunal administratif de La Réunion. Ce dernier a eu, en effet, à connaître de diverses procédures en la matière, notamment en référé. Parmi les ordonnances rendues par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion figure l'ordonnance *Association Océan Prévention Réunion et autres c/ Préfet de La Réunion* du 5 juillet 2019.

En l'espèce, l'association Océan Prévention Réunion, l'EURL Stéphane Lescarret, la SARL Ziclone Boutique Parska et la SARL La Tortue saisissent, le 28 juin 2019, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA), afin que soit constatée l'atteinte grave et manifestation illégale portée par l'autorité administrative aux libertés fondamentales que constituent le droit à la vie et la liberté du commerce et de l'industrie. À titre principal, les requérants demandent au juge, d'une part, de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de La Réunion du 13 février 2019 portant réglementation de la baignade et de certaines activités nautiques dans la bande des 300 mètres, et d'autre part, d'enjoindre à l'autorité administrative d'ordonner un prélèvement plus important des requins sur la zone Ouest, d'installer des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant, ainsi que des filets maillants, dans les zones de protection renforcée de niveau 2 de la Réserve marine. À titre subsidiaire, ils demandent au juge d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures susmentionnées, complétées par la mise en œuvre d'une « *évaluation du risque réalisée tous les 6 mois avant de pouvoir permettre la réouverture des plages* ».

¹ Cette expression renvoie aux « *conséquences majeures des attaques de requins tant au niveau humain (...) qu'en terme d'impact économique, social et politique* » ; cf. F. TAGLIONI, S. GUILTAT, « Le risque d'attaques de requins à La Réunion », *EchoGéo*, Sur le Vif, 2015 [en ligne].

Dans l'ordonnance rendue le 5 juillet 2019, le juge administratif ne traite pas la question de l'intérêt à agir des demandeurs. Toutefois, il paraît évident que tant l'association (dont l'objet est d'œuvrer en vue de la réduction du risque requin) que les trois entreprises requérantes (dont les activités² sont directement affectées par les mesures d'interdiction de la baignade et des activités nautiques sur le littoral) ont intérêt à agir au titre d'un référé-liberté dont l'objet est de contraindre l'autorité administrative à adopter des mesures jugées plus appropriées dans le cadre de la gestion du risque requin. Par ailleurs, le fait que les requérants ne puissent justifier subir directement l'atteinte au droit au respect de la vie dont ils se prévalent ne fait pas nécessairement obstacle à la recevabilité de la requête. En effet, le Conseil d'État a admis le cas particulier du « *référé-liberté pour autrui* », c'est-à-dire la possibilité que des personnes privées puissent saisir le juge du référé-liberté afin de défendre les libertés d'une ou plusieurs autres personnes³. Précisément, la haute juridiction a reconnu que pouvaient agir sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA des associations dont l'objectif est de défendre des intérêts en lien avec leur objet statutaire⁴, mais aussi des sociétés dont le but est d'assurer la protection du droit au respect de la vie de leurs clients et salariés⁵.

Après avoir, classiquement, repris les termes de l'article L. 521-2 du CJA et rappelé les demandes des requérants, le juge constate « *l'insuffisance manifeste des mesures prises* » pour remédier au risque requin, sans pour autant y attacher un quelconque effet juridique (I). Par la suite, il évoque les conditions du référé-liberté mais renonce à vérifier le respect de toutes ces conditions en l'espèce (II). Enfin, et c'est ce qui justifie le rejet des requêtes, il relève le caractère inapproprié des mesures sollicitées par les requérants (III).

I. Le constat d'une « insuffisance manifeste des mesures prises » dépourvu d'effets juridiques

L'état des lieux de la situation. Dès le point 3 de l'ordonnance, le juge administratif dresse un état des lieux de la situation au moment où il statue. Il commence par relever que les attaques de requin, qu'elles soient mutilantes ou mortelles, sont « *demeurées très nombreuses* » depuis l'instauration, en juillet 2013, de la première mesure d'interdiction quasi-générale de baignade et d'activités nautiques sur le littoral. À l'appui de cette affirmation, il insiste particulièrement sur le nombre important d'attaques mortelles survenues depuis

² Ces activités sont, respectivement, des activités d'école de surf, de vente de matériel et accessoires de sports nautiques et de vente d'articles de plage.

³ Voir notamment X. DUPRÉ de BOULOIS, « Le référé-liberté pour autrui », *AJDA* 2013, p. 2137.

⁴ CE, 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons*, req. n° 280866.

⁵ CE, Sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris*, req. n° 353172.

le début de la crise requin (onze décès ont été constatés depuis 2011), sur le caractère récurrent de ces attaques (cinq attaques sont survenues entre février 2011 et juillet 2013 et six attaques ont eu lieu depuis février 2015, dont deux en 2019), mais aussi sur la diversité des catégories d’usagers de la mer victimes de ces attaques (en plus des surfeurs et bodyboarders, une baigneuse et un pêcheur de bichiques – public *a priori* moins exposé au risque d’attaques – ont été les victimes d’attaques mortelles de squales).

L’insuffisance manifeste des mesures prises. Si le juge reconnaît que l’imprudence et le non-respect de la réglementation ont joué un rôle dans la survenance de ces attaques, il insiste sur tout autre chose : la récurrence des attaques, qui se manifeste à La Réunion « *dans des proportions tout à fait anormales* » est à l’origine d’une situation qu’il qualifie de « désastreuse » et les mesures prises jusqu’à ce jour pour y remédier sont manifestement insuffisantes. Bien que le constat dressé par le juge des référés soit pour le moins expéditif, l’on pourrait s’attendre à ce qu’il en tire des conséquences juridiques particulières. Il n’en est rien.

Un constat dépourvu d’effets juridiques. Dans le point 4 de l’ordonnance, le juge précise simplement que l’accentuation des prélèvements de requins-bouledogues et de requins-tigres est « *au nombre des options à envisager* » pour prévenir de nouvelles attaques. Le juge se contente, autrement dit, ***d’encourager*** l’autorité administrative à considérer la possibilité d’adopter la mesure proposée, sans toutefois la ***contraindre*** à quoi que ce soit. À cette fin, est rappelé à l’autorité administrative que ne fait pas « *nécessairement obstacle* » à l’adoption de la mesure préconisée le décret du 21 février 2007 portant création de la Réserve marine dont l’objet est notamment « *d’interdire en principe toute atteinte aux animaux d’espèces non domestiques, d’interdire et de réglementer la pêche professionnelle, de loisir et la pêche sous-marine et d’encadrer la circulation humaine et de véhicules nautiques* ». Reprenant la décision du Conseil d’État du 27 novembre 2015⁶, le juge rappelle que le préfet peut délivrer des autorisations dérogeant à ces mesures en vue d’assurer la gestion de la Réserve et, en vertu du décret lui-même, prendre toutes mesures pour limiter les espèces surabondantes ou éliminer les espèces envahissantes. Il s’ensuit que le préfet peut « *notamment autoriser, à des fins de protection de la sécurité des personnes, des mesures de prélèvements des espèces dangereuses* ».

Au terme de ces développements, la question qui se pose inévitablement est la suivante : pourquoi le juge des référés – alors même qu’il est convaincu, de son propre aveu, de la pertinence de l’une au moins des deux mesures sollicitées par les requérants – renonce-t-il à adresser au préfet une quelconque injonction ? La réponse à cette question réside dans le cadre de l’instance engagée, « *le cadre*

⁶ CE, 27 novembre 2015, *Commune de Saint-Leu*, req. n° 381826, cons. 3.

spécifique du référé-liberté » dont les conditions sont listées mais non vérifiées par le juge.

II. L'absence de certitude quant au respect de l'ensemble des conditions substantielles du référé-liberté

L'exposé des conditions substantielles du référé-liberté. Au point 5 de l'ordonnance, le juge administratif commence, classiquement, par rappeler les conditions du référé-liberté figurant à l'article L. 521-2 du CJA : premièrement, il doit être porté atteinte à une liberté fondamentale ; deuxièmement, cette atteinte doit être grave et manifestement illégale ; enfin, la situation soumise au juge doit permettre « *de prendre utilement et à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaire* »⁷.

À propos de cette dernière condition (la condition d'urgence), il est intéressant de noter que la formule employée par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion se distingue de la formule, plus précise, employée par le juge des référés du Conseil d'État dans la première ordonnance relative à la crise requin rendue par la haute juridiction le 13 août 2013⁸. Dans cette ordonnance, le juge exige, en effet, que la situation permette « *de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures* ».

L'atteinte à une liberté fondamentale. Pour ce qui est de la première condition évoquée, le juge reconnaît en l'espèce que les libertés dont se prévalent les requérants sont des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Cette opération ne pose aucune difficulté dans la mesure où le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de qualifier le droit au respect de la vie⁹ et la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰ de libertés fondamentales au sens de cet article.

L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale et l'urgence. Pour ce qui est des deux dernières conditions listées, les choses sont plus incertaines : le juge administratif ne vérifie à aucun moment que ces conditions sont remplies. Il importe néanmoins de s'interroger sur le respect de

⁷ Notons que le juge ne fait aucune référence à la dernière des conditions substantielles du référé-liberté : l'atteinte doit être le fait de l'Administration dans l'exercice d'un pouvoir lui appartenant. Cette condition ne pose, en l'espèce, aucune difficulté.

⁸ CE, 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, req. n° 370902. Voir notamment O. LE BOT, « Attaques de requins à La Réunion : le juge des référés ordonne l'information des populations », *AJDA* 2013, p. 2104 ; L. PEYEN, « Le "risque requin" devant le juge des référés. Note sous CE, ordonnance du 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Leu*, req. n° 370902 », *RJOI* 2014, n° 18.

⁹ CE, Sect., 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, req. n°s 353172 et 353173, cons. 4 ; CE, 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, req. n° 370902, cons. 5.

¹⁰ CE, 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840, cons. 7.

ces conditions en l'espèce, notamment en se référant à l'ordonnance du Conseil d'État du 13 août 2013¹¹.

Dans cette ordonnance, la haute juridiction précise qu'il y a atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie lorsque « *l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* ». Pour caractériser un tel danger, le juge des référés du Conseil d'État tire de faits¹² – qui ne sont pas sans rappeler ceux énoncés par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion dans son ordonnance de 2019 – l'existence d'un « *risque mortel, notamment pour une activité ordinaire de baignade proche du rivage* ». Par ailleurs, après avoir recensé les mesures prises par les communes, l'État et le préfet, le juge constate que « *ces mesures étaient insuffisantes pour remédier à la situation résultant de la multiplication des attaques de requins, notamment de celles qui se sont produites à proximité du rivage* ». Il conclut alors à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie avant de préciser que « *dans ces conditions, la condition d'urgence est également satisfaite* ».

Ces précisions étant faites, la question qui s'impose est la suivante : s'il s'était sérieusement penché sur la question, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion aurait-il pu retenir une telle solution ? Rien n'est moins sûr. De nouvelles attaques mortelles ayant eu lieu entre 2013 et 2019, il fait peu de doute que le « *risque mortel* » et donc le danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes persiste en 2019. Mais qu'en est-il de la caractérisation d'une carence de l'autorité administrative ? Dans l'ordonnance de 2019, le juge se contentant d'envisager cette condition à travers une simple hypothèse (« *à supposer que puisse être constatée en l'espèce une carence de l'autorité administrative (...) et à supposer que cette carence puisse se rattacher à la notion d'illégalité manifeste (...)* »), son discours n'est, de ce point de vue, d'aucun secours. À ce propos, il importe également de relever que la référence à « *l'insuffisance manifeste des mesures prises jusqu'à ce jour* » pour remédier au risque requin (point 3) n'est pas une référence à la condition de carence de l'autorité administrative dont il est ici question. À travers cette formule, le juge semble simplement constater que les mesures prises par les autorités publiques n'ont pas permis pour le moment, manifestement, de mettre fin ou à tout le moins, de prévenir plus efficacement le risque d'attaques. De même, si le juge reconnaît qu'une accentuation des prélèvements de requins « *est au nombre des options à envisager* », cela ne signifie pas pour autant que renoncer à adopter une telle mesure constituerait une carence de l'autorité administrative. Enfin, il faut noter

¹¹ CE, 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, req. n° 370902.

¹² Ces faits sont les suivants : onze attaques de requins, dont cinq mortelles, sont survenues entre juin 2011 et juillet 2013. Ont été victimes de ces attaques des pratiquants de sport de glisse, mais aussi une adolescente qui se baignait à proximité du rivage.

que la situation a considérablement évolué entre 2013 et 2019, les mesures prises pour prévenir de nouvelles attaques ayant été renforcées. La solution retenue en 2013 n'est donc pas nécessairement la solution qui aurait été retenue en 2019. En tout état de cause, le juge rejette les requêtes qui lui ont été soumises car les mesures sollicitées par les demandeurs ont été jugées inappropriées dans le cadre d'une instance en référé-liberté.

III. La sanction du caractère inapproprié des mesures sollicitées par les requérants

Le refus d'adresser une injonction à l'autorité administrative. Le juge administratif refuse d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures de prélèvement de requins ou d'installation de drum-lines et filets maillants sollicitées par les requérants. Il retient, en effet, que ces mesures « *dont les effets favorables éventuels sont insusceptibles de se produire à bref délai, ne peuvent être prescrites par le juge du référé-liberté* ». L'on prend ici toute la mesure du « *poids des contraintes procédurales du référé-liberté* »¹³ : cette procédure ayant pour finalité de remédier à une situation d'urgence, seules les mesures dont le seuil d'efficacité peut être atteint immédiatement ou quasi-immédiatement peuvent être ordonnées par le juge des référés.

Est ici reprise, *in extenso*, la solution retenue par le Conseil d'État dans son ordonnance du 13 août 2013. Dans cette ordonnance, le juge avait estimé que, contrairement aux mesures de prélèvements de requins et d'installation de dispositifs limitant l'incursion de ces derniers dans certaines zones, « ***à court terme, seules les mesures d'interdiction de baignade et d'activités nautiques, dans des zones où un dispositif efficace de surveillance et d'alerte n'a pas été mis en place, sont susceptibles de supprimer le risque d'attaques*** »¹⁴.

La solution retenue par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion en 2019 a été confirmée, en appel, par le juge des référés du Conseil d'État¹⁵.

Le refus de suspendre l'exécution de l'arrêté préfectoral. Enfin, le juge refuse également de prononcer la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 13 février 2019 car il n'est pas démontré « *qu'une mesure immédiate, prenant effet en juillet 2019, consistant à permettre à la population d'accéder plus largement à la mer serait bénéfique dans la perspective d'une réduction du risque requin* ».

¹³ O. DUPÉRE, « L'évaluation du risque requin et la détermination de l'orientation de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes », *RJOI* 2019, n° 26, p. 7.

¹⁴ CE, 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, req. n° 370902, cons. 10.

¹⁵ CE, 25 juillet 2019, req. n° 432876, cons. 4.

Plus que la temporalité des effets de la mesure envisagée, c'est la nature même des effets de cette mesure qui est ici problématique. Il est, en effet, difficile d'envisager que permettre aux usagers d'accéder plus largement à la mer réduirait le risque requin et participerait ainsi à la sauvegarde du droit au respect de la vie. Dans le meilleur des cas, la mesure sollicitée pourrait s'avérer sans conséquences (notamment dans le cas où, comme l'affirment les requérants, l'interdiction de la baignade et des activités nautiques ne serait pas respectée dans les faits). Dans le pire des cas, elle pourrait engendrer une augmentation du risque d'attaques.

S'il ne fait aucun doute que la crise requin fait d'ores-et-déjà l'objet d'un contentieux fourni devant le juge du tribunal administratif de La Réunion, il ne fait guère de doute non plus que ce dernier continuera à être alimenté. C'est du moins ce qu'inspire la lecture de l'ordonnance du 5 juillet 2019 tant elle insiste sur la gravité de la situation et révèle la difficulté à contraindre, par voie contentieuse, les pouvoirs publics à y porter remède.



Nouveau refus de concours de la force publique – Occupation irrégulière d'une durée manifestement excessive – Référé-suspension – Condition d'urgence – Modalités du contrôle de la légalité de la décision attaquée – Pouvoirs du juge

Tribunal administratif de Mayotte, 16 août 2019, req. n°1901607

Justine MACARUELLA, Doctorante en droit privé, Université de La Réunion

Dans une affaire jugée le 16 août 2019¹⁶, le juge du référé-suspension du Tribunal de Mayotte retient l'urgence à suspendre un refus de concours de la force publique. La décision constitue l'une des premières applications du contrôle des refus de concours de la force publique par le juge du référé-suspension et en même temps l'une des premières illustrations du succès de cette voie de recours.

Les faits litigieux trouvent leur origine dans l'occupation irrégulière, par une société d'ingénierie et de construction, de parcelles situées dans la zone de carrière de Kangani à Mayotte. Ces parcelles lui avaient à l'origine été données à bail par un particulier. La résiliation du bail ainsi que l'expulsion de cette société ont cependant été prononcées par le juge judiciaire dès 2008 et confirmées par arrêt d'appel devenu définitif en 2010. L'occupante depuis lors irrégulière se maintenant sur les lieux, le propriétaire requit du préfet de Mayotte le concours de la force publique. Sa demande n'ayant pas abouti, il saisit en 2012 le juge du

¹⁶ TA Mayotte, 16 août 2019, ord. réf., req. n°1901607.

référé-liberté¹⁷ d'une demande d'injonction à l'autorité administrative de prêter concours de la force publique. Faute d'urgence au sens de cette procédure et en raison d'un refus justifié par les risques de troubles à l'ordre public, ses demandes furent rejetées. L'occupation irrégulière perdurant, le propriétaire sollicita à nouveau le concours de la force publique et contesta en 2013 devant le juge de l'excès de pouvoir la décision implicite de refus née du silence du préfet. Peinant à obtenir le soutien demandé, il allait cependant trouver quelque satisfaction dans la vente en viager, en cours d'instance, des parcelles irrégulièrement occupées à un important groupe spécialisé dans le bâtiment et le génie civil. Une fois la vente conclue, il se désista en 2016 de l'instance au fond toujours pendante.

L'acquéreur, après une nouvelle saisine infructueuse du juge judiciaire, sollicita à son tour du préfet de Mayotte le concours de la force publique afin de pouvoir prendre possession effective des parcelles toujours irrégulièrement occupées. Sa demande donna lieu à une décision implicite de refus permettant, en 2019, une nouvelle saisine au fond tendant à l'annulation de cette décision. Une procédure d'urgence fut concomitamment engagée, l'acquéreur choisissant non la voie du référé-liberté mais du référé-suspension¹⁸ afin d'obtenir la suspension de la décision implicite de rejet ainsi que l'injonction au Préfet de Mayotte de prendre toutes mesures nécessaires afin d'assurer l'expulsion de l'occupante irrégulière des parcelles. Pour caractériser l'urgence, la requérante invoquait une atteinte grave et immédiate à la libre disposition de ses biens résultant de ce que l'absence d'expulsion de l'occupante irrégulière l'empêchait d'exploiter la carrière et la privait d'un important chiffre d'affaires. Elle se prévalait également de l'ancienneté de l'inexécution de la décision d'expulsion et des demandes, anciennes et vaines, de concours de la force publique. S'agissant du doute sérieux sur la légalité du refus de concours de la force publique, elle contestait le risque de trouble à l'ordre public pouvant résulter de l'expulsion, contrairement à ce qu'alléguaient, en défense, le Préfet de Mayotte ainsi que l'occupante irrégulière.

Le juge du référé-suspension allait ainsi se prononcer sur la question de savoir comment s'apprécient les conditions d'urgence de doute sérieux sur la légalité d'un refus de concours de la force publique dans le cas où, à la suite d'un premier refus de concours de la force publique, l'occupation illégale s'est poursuivie pendant une durée manifestement excessive.

¹⁷ CJA, art. L. 521-2.

¹⁸ CJA, art. L. 521-1 : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. ».

L'urgence est retenue au regard de l'ancienneté manifestement excessive des décisions d'expulsion et de l'ancienneté et de la répétition dans le temps des refus de concours de la force publique. Relevant certains risques pour l'ordre public et le préfet n'établissant pas avoir recherché toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux, le doute sérieux sur la légalité de la décision implicite de refus est également caractérisé. La décision implicite de refus de concours de la force publique est suspendue et il est fait injonction au Préfet de Mayotte de réexaminer la demande du requérant et de prendre une nouvelle décision dans un délai de trois mois.

Cette décision traduit une adaptation des conditions de fond du référé-suspension lorsque la saisine porte sur nouveau refus de concours de la force publique dans le cas où, à la suite d'un premier refus, l'occupation illégale se poursuit pendant une durée manifestement excessive. Si l'adaptation de la condition d'urgence paraît injustifiée (I), l'adaptation du contrôle du doute sérieux sur la légalité du refus était en revanche bienvenue mais inachevée (II).

I. L'adaptation injustifiée de la condition d'urgence

Le juge du référé-suspension adapte la condition d'urgence en excluant de l'appréciation de l'urgence les critères classiques de gravité et d'immédiateté de l'atteinte aux intérêts du requérant (A). Cette exclusion favorable au requérant conduit cependant à assouplir excessivement la condition d'urgence (B).

A. L'exclusion des critères de gravité et d'immédiateté

L'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative est traditionnellement caractérisée lorsque la décision attaquée « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »¹⁹. Cette urgence est par ailleurs appréciée globalement et au cas par cas²⁰, en tenant compte de l'ensemble de la situation et des intérêts en présence. En matière de décisions de refus de concours de la force publique pour l'exécution de décisions de justice ordonnant l'expulsion d'occupants d'une propriété privée, le Conseil d'État a cependant précisé en 2017 que l'urgence devait être « appréciée en fonction de l'atteinte aux intérêts du propriétaire résultant de la poursuite de l'occupation irrégulière »²¹. Dans la

¹⁹ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n°228815, *AJDA* 2001, n°2, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *D.* 2001, n°18, note B. SEILLER ; *D.* 2002, n°28, obs. R. VANDERMEEREN ; *RFDA* 2001, n°2, concl. L. TOUVET.

²⁰ CE, Sect. 28 février 2001, *Préfet des Alpes Maritimes*, req. n°229562, *AJDA* 2001, n°5, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2001, n°2, concl. P. FOMBEUR ; *D.* 2002, n°28, obs. R. VANDERMEEREN.

²¹ CE, 1^{er} juin 2017, req. n°406103, *AJDA* 2017, n°33, note A. PERRIN ; *JCP A* 2017, n°23, obs. L. ERSTEIN.

décision commentée, le juge des référés reprend expressément ce référentiel²². Il évoque d'abord la persistance de l'occupation irrégulière pendant une durée manifestement excessive en dépit de l'ancienneté des décisions ordonnant l'expulsion²³ ; c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts du propriétaire à la libre disposition de ses biens. Là où l'on aurait pu s'attendre à ce que le juge recherche si la décision implicite de refus de concours de la force publique attaquée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à cette libre disposition des biens, tel n'est cependant pas le cas. Les critères de gravité et d'immédiateté de l'atteinte à la situation du requérant sont exclus des données de caractérisation de l'urgence, faute d'être mentionnés et analysés, alors même que la requérante tentait expressément de les rapporter. L'urgence, pour la requérante « privée à ce jour de la possibilité de disposer des parcelles », est caractérisée au regard « d'une part de l'ancienneté manifestement excessive des décisions d'expulsion » et d'autre part « de l'ancienneté et de la répétition dans le temps des différents refus de prêter le concours de la force publique »²⁴. Par conséquent, l'atteinte à même de caractériser l'urgence est non seulement celle causée par le nouveau refus, mais aussi celle causée par les refus précédents, répétés et anciens. C'est bien la persistance de l'ensemble des refus attaqués qui fait naître l'urgence, dès lors qu'elle est corrélée à la persistance excessive de l'atteinte à la libre disposition des biens résultant de l'inexécution des décisions prononçant l'expulsion. Ce qui s'apparente à une substitution du critère de la persistance de l'atteinte aux critères de gravité et d'immédiateté constitue un assouplissement significatif de la condition d'urgence, au grand avantage du requérant qui sera souvent en mal de rapporter l'urgence « particulière » exigée en matière de référé-liberté et pour qui le référé-suspension constitue en cas d'urgence la « voie normale »²⁵.

Il est cependant permis de se demander si cet assouplissement de la condition d'urgence n'est pas excessif.

B. L'assouplissement excessif de la condition d'urgence

Le référé-suspension est un référé d'urgence²⁶. Il est tout à fait acceptable que le degré d'urgence requis ne soit pas aussi élevé que celui exigé en matière

²² Point 9.

²³ Point 10.

²⁴ Point 11.

²⁵ A. PERRIN, « Les référés au service de l'exécution effective d'une décision du juge civil », *AJDA* 2017, n°33, p. 1892.

²⁶ Certaines procédures de référé ne sont pas subordonnées à une condition d'urgence : le référé provision (CJA, art. R. 541-1), le référé instruction ou « mesures utiles » (CJA, art. R. 532-1), le référé-constat (CJA, art. R. 531-1) ou le référé fiscal (CJA, art. L. 532-3).

de référé-liberté où les pouvoirs du juge sont très étendus et coercitifs²⁷. Dans le cadre du référé-suspension, les pouvoirs du juge sont moins étendus²⁸ mais contrebalancés par une condition d'urgence « simple » et l'exigence d'une illégalité simplement douteuse et non manifeste. Il paraît cependant excessif d'aller jusqu'à amputer la condition d'urgence des conditions de gravité et d'immédiateté. L'abandon de cette exigence, dans la décision commentée, met à mal la légitimité du recours à la procédure d'urgence. S'il appartient au requérant dans le cadre du référé-suspension de rapporter une urgence subordonnée aux conditions de gravité et d'immédiateté suffisantes du préjudice subi, c'est qu'elles permettent d'établir que le délai de jugement de l'instance au fond s'avèrerait bel et bien préjudiciable. L'urgence est classiquement celle « justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue »²⁹. Or, renoncer aux critères de gravité et d'immédiateté sans y substituer un critère à même de révéler un degré d'urgence équivalent implique de renoncer à l'idée selon laquelle « le référé n'est pas une voie rapide pour requérants impatientes »³⁰. En l'espèce, il est permis de douter que l'urgence aurait été caractérisée si le requérant avait dû démontrer une atteinte suffisamment grave et immédiate à la libre disposition de ses biens résultant de la poursuite de l'occupation irrégulière. L'occupation irrégulière des parcelles empêchait certes le propriétaire d'y exploiter une carrière, mais celui-ci ne justifiait pas avoir obtenu, ni même demandé, une autorisation d'exploiter une carrière³¹. Le juge des référés ne peut en l'espèce caractériser qu'une « intention (...) de maintenir l'affectation en carrière des parcelles » qui rend « l'exploitation effective d'une carrière » « difficilement envisageable »³². Or, si l'ancienneté manifestement excessive des décisions d'expulsion et l'ancienneté et la répétition dans le temps des différents refus de prêter le concours de la force publique traduisent une atteinte à la libre disposition des biens, cette atteinte ne saurait être *de facto* constitutive d'une urgence. La reconnaissance implicite de l'impossibilité d'attendre l'issue de la procédure au fond en l'absence d'un projet suffisamment défini et avancé est en l'espèce insatisfaisante. Exiger du propriétaire qu'il produise une autorisation d'exploiter ou *a minima* une demande d'autorisation paraissait en l'espèce la condition minimale pour que soit remplie la condition d'urgence. Envisager l'urgence comme une atteinte aux intérêts du requérant sans pour autant que cette atteinte ne requière un caractère suffisamment grave et

²⁷ Sur l'appréciation de la condition d'urgence selon les différents contentieux, v. O. LE BOT, *Le Guide des référés et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Paris, Dalloz, 2017.

²⁸ CE, 1^{er} juin 2017, req. n°406103, *op. cit.*

²⁹ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n°228815, *op. cit.*

³⁰ D. LABETOUILLE, « Le référé nouveau est arrivé », *AJDA* 2001, n°3, p. 211.

³¹ Point 10 : « l'exploitation effective d'une carrière est difficilement envisageable en pratique, même si une demande d'autorisation devait être faite et tant que ces parcelles demeurent illégalement occupées ».

³² Point 10.

immédiat pourrait conduire à ce que la condition d'urgence soit remplie sans pour autant que le requérant n'ait d'intérêt urgent à la reprise de possession effective de ses biens. Il importe cependant ne de pas assouplir excessivement la condition d'urgence, au risque de dénaturer la procédure d'urgence elle-même.

Si l'adaptation de la condition d'urgence est ainsi discutable, l'adaptation du contrôle du doute sérieux sur la légalité du refus présente le mérite de soulever d'intéressantes interrogations.

II. L'adaptation inachevée du contrôle du doute sérieux sur la légalité du refus attaqué

Le juge du référé-suspension adapte le contrôle du doute sérieux sur la légalité du nouveau refus attaqué en y intégrant le contrôle de l'obligation du préfet d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion. Cette intégration paraît nécessaire (A) mais ne permet malheureusement pas d'adapter de façon pleinement satisfaisante la procédure de référé-suspension aux contestations de refus du préfet d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion (B).

A. L'intégration nécessaire du contrôle de l'obligation de diligence du préfet

L'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution prévoit l'obligation pour l'État de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice. Cette obligation ne se traduit cependant pas uniquement par l'obligation de prêter ce concours mais également par une obligation de diligence, ainsi que le rappelle le juge des référés³³. Le préfet saisi d'une demande de concours de la force publique doit prêter ce concours seulement en l'absence de considérations impérieuses d'ordre public justifiant un refus. S'il oppose un premier refus justifié, le préfet saisi d'une nouvelle demande de concours de la force publique peut légalement opposer un nouveau refus si des considérations impérieuses d'ordre public le justifient toujours³⁴. La décision de justice ordonnant l'expulsion peut toutefois demeurer inexécutée pendant une durée manifestement excessive au regard des droits et intérêts en cause. Dans cette hypothèse, quand bien même le nouveau refus serait justifié, le Préfet a l'obligation non de prêter le concours de la force publique mais « de rechercher toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux »³⁵. L'obligation de concours à

³³ Point 1.

³⁴ CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, req. n°38284, n°48688, *D.* 1923, concl. RIVET ; *RDP* 1924, note JEZE ; C. Proc. civ. ex., art. L. 153-1. Sur les différents motifs susceptibles de justifier le refus de concours de la force publique, v. J.-M. PONTIER, « Le refus du concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice », *JCP A* 2015, n° 18, point 2131.

³⁵ CE, 27 nov. 2015, *SA Usine du Marin*, req. n°376208, *AJDA* 2015, n°41, obs. L. GENTY.

l'exécution des décisions de justice est donc duale : obligation de concours de la force publique et obligation de concours par l'accomplissement de diligences. Le Conseil d'État a modelé l'office du juge de l'excès de pouvoir au regard de ces deux obligations : « saisi d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir d'un nouveau refus de concours de la force publique, il appartient au juge administratif d'analyser les conclusions dont il est saisi comme dirigées non seulement contre ce refus, mais aussi, subsidiairement, contre le refus d'accomplir des diligences appropriées »³⁶. Cette intégration du contrôle de l'obligation de diligence lorsque la contestation porte sur un nouveau refus de la force publique était indispensable pour permettre la sanction de l'obligation de diligence du préfet, composante de l'obligation pour l'Etat de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice. Le juge du référé-suspension, saisi aux côtés du juge de l'excès de pouvoir d'une contestation de même nature, intègre lui aussi le contrôle du refus d'accomplir les diligences appropriées dans l'appréciation du doute sérieux sur la légalité du refus³⁷. Il retient le doute sur la légalité après s'être prononcé tant sur les risques de troubles à l'ordre public³⁸ que sur l'obligation de diligence du Préfet³⁹. Bien que le Conseil d'État n'ait pas eu l'occasion de se positionner sur la question, cette adaptation de l'office du juge du référé-suspension était nécessaire. Si aucun doute sur la légalité du refus de concours de la force publique n'est caractérisé en raison de motifs d'ordre public le justifiant, l'inexécution de la décision de justice pendant une durée manifestement excessive entraîne néanmoins une obligation de diligence pour le Préfet. Or, le refus de remplir cette obligation doit pouvoir être contesté dans le cadre de la procédure d'urgence dirigée contre le nouveau refus de concours de la force publique, puisqu'elle ne naît que dans le cas où ce refus est toujours justifié. Il en va de la bonne administration de la justice.

Dans l'affaire commentée, le requérant sollicitait précisément et à titre principal, l'accomplissement par le préfet des diligences appropriées pour permettre l'expulsion. Bien que le juge intègre le contrôle de cette obligation de diligence, il se heurte inévitablement à l'inadaptation du référé-suspension à ce type de contestation.

B. L'inadaptation inévitable du référé-suspension à la contestation du refus de diligences du préfet

L'intégration du contrôle de l'obligation de diligence du Préfet dans l'appréciation du doute sérieux sur la légalité du refus de concours de la force

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Point 12.

³⁸ Points 12 et 13.

³⁹ Point 12.

publique est très claire⁴⁰. La méthode choisie pour mettre en œuvre ce contrôle est en revanche plus imprécise. Pour caractériser le doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée, le juge évoque un risque d'ordre économique « très limité »⁴¹, un « risque de troubles sociaux » « confirmé »⁴² mais non qualifié d'impérieux et l'absence de démonstration par le Préfet d'« avoir mis en œuvre et suivi efficacement les moyens nécessaires pour rechercher et favoriser toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux »⁴³. La motivation de la décision ne permet pas d'identifier clairement si le doute sérieux sur la légalité tient au caractère non justifié du refus de concours de la force publique ou au refus d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion⁴⁴. Ces deux éléments semblent être appréciés de façon alternative⁴⁵, ce qui est regrettable. Reconnaître un doute sur la légalité du refus d'accomplir les diligences appropriées sans caractériser au préalable l'absence de doute sur la légalité du refus de concours de la force publique revient à postuler, sans la démontrer, l'absence de doute sur la légalité du refus de concours de la force publique. Or, ce n'est pas parce que l'autorité préfectorale aura accompli des diligences appropriées pour permettre l'expulsion qu'elle aura nécessairement opposé un refus justifié de concours de la force publique. Si le nouveau refus n'est plus justifié par l'ordre public, peu importe qu'elle ait accompli des diligences utiles : elle était tenue d'accorder le concours. Il importe de veiller à ce que l'autorité préfectorale ne puisse contester utilement le doute sérieux sur la légalité du refus de concours de la force publique du seul fait qu'elle soit en mesure de rapporter la preuve d'une certaine diligence. Par ailleurs, il importe de pouvoir distinguer à quelle décision se rapporte le doute sérieux sur la légalité pour distinguer quelle décision fera l'objet de la suspension par le juge des référés. Intégrer le contrôle du refus de diligences du préfet sans en tirer toutes les conséquences au niveau de la suspension fait courir un risque d'incohérence et d'inefficacité. En l'espèce, le juge sanctionne bien l'obligation d'accomplir les diligences appropriées, mais la décision suspendue est celle du refus de concours de la force publique. L'on peut donc espérer que le Conseil d'État définisse clairement l'office du juge du référé-suspension en la matière, de sorte à ce qu'il soit permis de distinguer clairement entre, d'une part, la recherche du doute sur la légalité du nouveau refus et, seulement dans le cas où un tel doute n'est pas caractérisé, la recherche du respect par le Préfet de son obligation de diligence

⁴⁰ Point 12 : « par ailleurs (...) le préfet de Mayotte requis le 26 décembre 2018 n'établit pas (...) avoir mis en œuvre et suivi efficacement les moyens nécessaires pour rechercher et favoriser toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux ».

⁴¹ Point 12.

⁴² Point 13.

⁴³ Point 12.

⁴⁴ Le juge ne se réfère d'ailleurs pas expressément à un « refus » du préfet d'accomplir les diligences appropriées, mais seulement au fait qu'il ne justifie pas les avoir mises en œuvre (Point 12).

⁴⁵ En témoigne le terme « par ailleurs », marquant la séparation de l'appréciation d'un risque pour l'ordre public et de l'absence de diligences appropriées mises en œuvre par le Préfet (Point 12).

d'autre part, avec la suspension de l'une ou l'autre décision selon les cas. On peut cependant se demander si cela permettrait vraiment de garantir l'adaptation de la procédure de référé-suspension à la contestation du refus d'accomplir les diligences appropriées. Quand bien même la possibilité serait reconnue au juge du référé-suspension de suspendre une telle décision, son pouvoir d'injonction se limiterait, en l'état de la jurisprudence, à « ordonner au Préfet de réexaminer la demande de concours de la force publique ». C'est l'injonction ordonnée en l'espèce par le juge⁴⁶, alors qu'était sollicité l'accomplissement par le préfet des diligences appropriées et jugé que le préfet ne justifiait pas les avoir mises en œuvre.

C'est peut-être sur ce dernier point qu'apparaît l'intérêt majeur de l'ordonnance commentée. Cette décision révèle que l'injonction de réexaminer la demande de concours de la force publique sera inadaptée chaque fois que le doute sérieux sur la légalité résultera non du caractère injustifié du refus de concours de la force publique mais du refus de mettre en œuvre des diligences appropriées pour permettre l'expulsion⁴⁷. En d'autres termes, sauf à adapter les pouvoirs du juge, la procédure de référé-suspension n'aurait aucun intérêt pour toute une catégorie de requérants : ceux qui souffrent non d'un refus injustifié de concours de la force publique mais d'un refus d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion. Or, l'existence d'une voie de recours dont la sanction ne permet pas de garantir efficacement les intérêts qu'elle protège est particulièrement regrettable pour l'État de droit. Elle l'est d'autant plus lorsqu'est en jeu une entorse à la séparation des pouvoirs pendant une durée manifestement excessive.

⁴⁶ Point 15.

⁴⁷ CE, 27 nov. 2015, *SA Usine du Marin*, req. n°376208, *op. cit.* : seul le juge de l'excès de pouvoir a dans cette hypothèse la possibilité d'« enjoindre au représentant de l'État, le cas échéant sous astreinte, de les accomplir, dans un délai qu'il fixe ».

10.4. DIPLÔMES ET FORMATIONS

Droit à l'éducation – Obligation scolaire – Refus d'inscription à l'école – Caractérisation de l'urgence – Circonstances particulières à Mayotte

Tribunal administratif de Mayotte, 14 mars 2018, *M. Charif Keldi*, req. n° 1800227 et 1800228
Fleur DARGENT, Maître de conférences en droit public, CUF de Mayotte

La présente ordonnance du tribunal administratif de Mayotte concerne la scolarisation des enfants, qui constitue un sujet hautement sensible dans cette île où le manque de places dans les écoles est criant et qui est confrontée à la problématique d'une immigration régionale croissante et difficilement contrôlée. Elle met en lumière la prise en compte de circonstances particulières dans la caractérisation de l'urgence par le juge face à une requête en référé-suspension à la suite du refus d'un maire d'inscrire certains enfants dans les écoles de sa commune.

En l'espèce, un père de famille s'est vu refuser l'inscription à l'école primaire de Koungou de ses deux filles, nées aux Comores, respectivement âgées de neuf et sept ans par le maire de la commune pour la rentrée 2017-2018. Le juge des référés du tribunal administratif ayant rejeté une première requête, fondée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative pour défaut d'urgence, c'est désormais au moyen d'un référé-suspension, basé sur l'article L. 521-1 du même code, que le demandeur tente d'obtenir la suspension de la décision du maire de la commune de Koungou. Ayant déposé deux requêtes le 2 février 2018, il demande, en outre, que le maire de Koungou soit enjoint d'assurer la scolarisation de ses enfants. Il estime que la condition d'urgence est remplie du fait d'une atteinte grave à l'obligation scolaire à laquelle sont soumis ses enfants qui risquent de perdre une année de scolarisation alors que les demandes ont été faites au moment opportun. Il invoque par ailleurs la violation du droit à l'éducation et du droit à l'instruction protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Enfin, il considère que le Préambule de la Constitution de 1946 et l'article L. 131-1 du code de l'éducation qui dispose que l'enseignement est obligatoire dès l'âge de six ans¹ et jusqu'à l'âge de seize ans ont été violés, ainsi que le principe d'égal accès à la scolarisation, aucune discrimination ne pouvant exister en fonction de la nationalité ou de la situation administrative de l'enfant.

¹ Trois ans désormais, depuis la loi n° 2019-791 du 26 juill. 2019, art. 11.

Rappelons que selon les termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, « *Quand une décision administrative (...) fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* ». Le juge doit donc apprécier concrètement l'urgence qui peut être caractérisée lorsque l'exécution de l'acte litigieux porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant² ou aux intérêts qu'il entend défendre selon une jurisprudence bien établie³. En l'espèce, le risque de retard de scolarisation permettrait, selon le requérant, de caractériser l'urgence et donc d'entraîner la suspension de la décision du maire.

Dans l'exercice de ses pouvoirs liés à l'inscription des enfants résidant dans la commune⁴, le maire ne bénéficie que d'une marge d'appréciation très restreinte puisqu'il se trouve en situation de compétence liée, dès lors que les critères légaux sont remplis. Il en résulte que les responsables légaux qui souhaitent demander l'inscription d'un enfant dans l'un des établissements d'une commune ne sont tenus de produire que la copie d'un document d'identité, un document relatif aux vaccinations effectuées et une preuve de résidence sur la commune pouvant être apportée par tout moyen. Tout refus d'inscription fondé sur un autre motif que le non-respect de l'une de ces conditions devra être considéré comme illégal, selon une jurisprudence constante, essentiellement relative à l'établissement de la preuve de résidence ou à la qualité de l'habitat. C'est ainsi que le juge administratif a pu considérer qu'un maire ne pouvait refuser l'inscription d'un enfant dont la famille vivait dans un logement financé par le SAMU social⁵ ou encore celle d'un enfant dont la famille résidait dans une caravane stationnée irrégulièrement sur un terrain inondable⁶. Il n'est également pas possible, pour le maire, de refuser d'inscrire un enfant issu d'une famille de réfugiés syriens en

² Dans le cas d'un référé-suspension déposé à la suite d'un refus d'inscription opposé par un maire aux responsables légaux d'un enfant, le juge a considéré que la seule proximité de la rentrée scolaire ne suffisait pas à caractériser l'urgence, le juge ayant commis une erreur de droit en omettant de rechercher si la décision préjudiciait de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts que celui-ci entendait défendre. V. CE, 12 décembre 2013, req. n° 371750. Le juge ne peut donc uniquement se fonder sur des considérations de délai.

³ CE, Sect., 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes*, req. n°229562, *Rec.* 2001, p.110.

⁴ Rappelons que seul le maire est compétent pour accepter ou refuser l'inscription d'un enfant dans une école. V. TA Paris, 11 octobre 2002, req. n° 0112261/7. Le maire agit alors en tant que représentant de l'Etat. V. CAA Bordeaux, 19 décembre 2006, req. n° 05BX01967. Le préfet n'est compétent pour prendre une telle décision qu'en cas de carence du maire. V. TA Amiens, 23 octobre 2007, req. n° 0700219.

⁵ TA Cergy-Pontoise, 15 novembre 2013, req. n° 1101769.

⁶ TA Bordeaux, 21 octobre 2004, req. n°^{os} 0202058 et 022073.

arguant de difficultés d'adaptation, notamment linguistiques, et de la précarité de leur habitat⁷.

Plus généralement, la circulaire n°2002-063 du 20 mars 2002 a rappelé qu'« *en l'état actuel de la législation aucune distinction ne peut être faite entre élèves de nationalité française et de nationalité étrangère pour l'accès au service public de l'éducation* » et qu'« *en conséquence, l'inscription, dans un établissement scolaire, d'un élève de nationalité étrangère, quel que soit son âge, ne peut être subordonnée à la présentation d'un titre de séjour* ». Le maire ne peut donc se fonder sur l'absence de nationalité française d'un enfant pour refuser de l'inscrire dans l'une des écoles de sa commune.

En l'espèce, le juge a dû se livrer à une balance des intérêts en jeu et tenir compte, outre ceux du requérant, des intérêts qui pourraient s'opposer à ce que l'urgence soit reconnue et notamment l'intérêt général. Après avoir rappelé l'article L. 131-1 du code de l'éducation et l'article L. 131-5 du même code qui postulent l'obligation de scolarisation des enfants entre six et seize ans, le juge cite les articles L. 131-6 et R. 131-3 qui précisent l'obligation pour le maire de dresser la liste de tous les enfants résidant dans la commune et soumis à l'obligation scolaire. L'urgence pourrait être caractérisée dans la mesure où le refus de l'inscription à l'école des deux enfants du requérant par le maire de Koungou serait de nature à porter atteinte à l'obligation scolaire à laquelle sont soumis les enfants et au droit à l'éducation et à l'instruction dont ils bénéficient.

Toutefois, en l'espèce, si l'obligation de scolarisation et le droit à l'éducation reconnus en droit interne, comme en droit international⁸, imposent au maire d'une commune d'accéder à une demande d'inscription régulière, la balance des intérêts en jeu conduit le juge à prendre en considération plusieurs facteurs prégnants à Mayotte qui ne résultent pas du comportement fautif des collectivités locales concernées. Le manque de places dans les établissements scolaires est un phénomène qui existe également en France métropolitaine et que le juge considère comme susceptible d'empêcher la caractérisation de l'urgence. Le tribunal administratif de Versailles a ainsi pu considérer que le maire d'une commune pouvait légalement opposer le manque de places disponibles à une demande d'inscription, mais il avait agi dans le cas particulier d'une inscription en école maternelle qui, dès lors que l'instruction n'était alors obligatoire qu'à partir de l'âge de six ans, ne constituait pas un droit. En revanche, il a déclaré que le maire « *était tenu d'inscrire à l'école primaire l'enfant du requérant, âgé de plus de six ans à la rentrée scolaire et dont la famille réside sur le territoire de la commune même de façon précaire, sans pouvoir légalement opposer*

⁷ TA Versailles, 15 mars 2018, req. n° 1800382.

⁸ V. la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

l'insuffisance des infrastructures d'accueil ni les difficultés d'adaptation des enfants ne parlant pas français »⁹.

Ce raisonnement n'a pas été suivi par le tribunal administratif de Mayotte, vraisemblablement soucieux de justifier le manque de places disponibles comme argument susceptible de faire obstacle à la suspension de la décision de refus d'inscription. Le juge rappelle la situation particulière de Mayotte, confrontée « *depuis des années une forte évolution démographique, objectivement aggravée par un phénomène d'immigration massive difficilement contrôlé qui est le fait de populations souvent peu soucieuses des capacités d'accueil, de l'intérêt général et du bon fonctionnement des services publics du pays dans lequel elles se rendent, notamment dans les domaines de l'éducation et de la santé* ». Il souligne le fait que la commune concernée ait dû faire face à l'arrivée de 1900 nouveaux élèves à la rentrée 2017-2018 qui aurait dû impliquer l'ouverture de 63 classes supplémentaires, d'autant que le recensement prévu par le code de l'éducation est rendu difficile par la problématique de l'immigration clandestine. Les collectivités locales concernées ont répondu à cet afflux par une surcharge en effectifs des classes existantes déjà préjudiciable au bon fonctionnement du service public de l'enseignement, au-delà même du seuil maximum autorisé réglementairement. Elles ne sauraient donc être responsables d'un défaut d'anticipation dans l'accueil des élèves.

Selon le juge, les intérêts en cause, et plus particulièrement celui tiré de l'intérêt général lié au bon fonctionnement du service public de l'enseignement s'opposent à ce que l'urgence soit reconnue. Si les circonstances à Mayotte sont d'une difficulté telle que le juge doive en tenir compte dans l'appréciation concrète qu'il fait de la décision du maire lorsqu'il argue du manque de places pour refuser l'inscription d'un enfant dans l'une des écoles de sa commune¹⁰, certains éléments retenus dans l'ordonnance de référé semblent assez contestables. C'est ainsi que le juge relève qu'« *il n'est pas établi que les enfants du requérant [...] ne pourraient pas suivre une scolarité dans l'école d'une autre commune publique de Mayotte ou ailleurs* » alors que le maire est tenu de procéder à l'inscription dès lors que le demandeur réside sur le territoire de la commune. Plus surprenant encore, le tribunal administratif énonce qu'« *au surplus et sans que cela ne soit déterminant le requérant qui est d'origine comorienne n'a donné aucune précision sur sa situation personnelle notamment au regard de son droit au séjour ; qu'il en est de même de la mère de l'enfant [...] dont la carte nationale d'identité a été établie en 2014 aux Comores, pays dont*

⁹ TA Versailles, 15 mars 2018, préc.

¹⁰ Pour un état des lieux de ces difficultés sur le plan de l'accueil scolaire, voire par ex. le Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des Affaires culturelles et de l'Éducation en conclusion de la mission effectuée à Mayotte et à La Réunion pour la rentrée scolaire (16-21 septembre 2018), par M. Bruno Studer et Régis Juanico, députés. Disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale.

elle est originaire, ce qui tend à établir que la famille du requérant se trouvait, encore récemment, dans ce pays ». Rappelons pourtant que selon les termes de la circulaire du 20 mars 2002 précitée, l'école est un droit pour tous les enfants résidant sur le territoire national et qu'aucune distinction ne peut être faite entre élèves pour l'accès au service public de l'éducation, quels que soient leur nationalité, leur statut migratoire ou leur parcours antérieur¹¹ et qu'un comportement contraire pourrait être constitutif d'une discrimination au sens de l'article 225-2 du code pénal. Or ici, le juge administratif semble considérer, « *sans que cela ne soit déterminant* » que la situation personnelle des requérants peut être utilisée à l'appui du refus par un maire de l'inscription d'enfants dans une école de sa commune.

Face à une situation très tendue au sein de l'Education nationale, qui reflète les problématiques auxquelles l'île de Mayotte est exposée de manière croissante depuis plusieurs années, le juge administratif a dû faire preuve de pragmatisme dans l'appréciation de l'urgence nécessaire à la suspension de la décision du maire. Par ce réalisme, le juge cherche certainement à éviter un afflux important de contentieux émanant de requérants de nationalité étrangère placés dans une situation identique et souhaitant contester, par voie de référé, un refus d'inscription à l'école de leurs enfants par l'édile de leur commune de résidence.

¹¹ V. également la décision du Défenseur des droits n°2019-256 du 22 novembre 2019.

10.6. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Référé-suspension – recevabilité – vice de l’avis de l’autorité environnementale – intérêt public majeur – intérêt environnemental – espèces protégées, carrière – nouvelle route du littoral – appréciation téléologique du critère de l’urgence

Tribunal administratif de La Réunion, 29 avril 2019, *SREPEN et COMMUNE DE SAINT LEU C/ PRÉFET DE LA RÉUNION*, req. n°1900354

Rémi RADIGUET, Maître de conférences en droit public, Université de Perpignan Via Domitia, CDED EA 4216, Membre associé du CRJ (EA 14), Université de La Réunion et de l'IMH (EA 4657), Université Toulouse 1 Capitole

« *C'est l'arbre qui cache la forêt* » ! Ainsi peut-on résumer l'ordonnance du 29 avril 2019 rendue par le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion suspendant l'exécution de l'arrêté préfectoral du 9 novembre 2018 autorisant la société de concassage et de préfabrication de La Réunion (SCPR), au titre d'une dérogation à l'interdiction générale de défricher édictée à l'article L.363-2 du code forestier¹, à procéder au défrichement d'un terrain de 35 ha sis Bois Blanc (commune de Saint-Leu), sous réserve de l'obtention de l'autorisation d'exploiter portant sur la carrière envisagée en ce lieu.

En effet, l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de La Réunion résulte de l'un des nombreux épisodes contentieux relatifs à la réalisation du titanesque chantier de la Nouvelle route du littoral (NRL). Ce feuilleton contentieux se focalise sur la réalisation de la partie « digue » de cette route (soit 3,6 km de long) qui nécessite un besoin conséquent en enrochement impliquant la création de carrières. Plus spécifiquement, l'arrêté litigieux en date du 9 novembre 2018 porte sur le défrichement d'un terrain de 35 ha sis à Bois Blanc (commune de Saint-Leu) afin d'extraire des roches massives du site dans le cadre de l'exploitation d'une future carrière. Il apparaît alors comme une clairière au milieu de cette forêt contentieuse en interrompant le projet NRL.

En l'espèce, cet arrêté est contesté dans le cadre d'un référé-suspension pris sur le fondement de l'article L.521-1 du code de justice administrative déposé respectivement le 19 mars 2019 par la Société Réunionnaise pour l'étude et la protection de l'environnement (SREPEN) et le 2 avril 2019 par la Commune de Saint-Leu. Les parties requérantes justifient leur recours d'une part sur le plan de la

¹ On notera que le droit forestier, spécifiquement au cas du défrichement, fait l'objet de dispositions spécifiques sur le territoire de La Réunion qui opte pour le principe de l'interdiction de défricher. Ainsi l'autorisation de défricher est supplantée par une dérogation à l'interdiction de défricher dont les dispositions, non mentionnées dans l'ordonnance commentée, relèvent des articles L. 374-1 et suivants du code forestier et non de celles générales issues des articles L.341-1 et suivants du même code.

recevabilité en affirmant qu'elles ont intérêt à agir et que le recours n'est pas forclus du fait que l'arrêté litigieux n'était pas suffisamment visible depuis la voie publique et d'autre part, au fond en invoquant de nombreux moyens juridiques pour instiller un « doute sérieux » sur la légalité de la décision de défrichement auprès du juge administratif – insuffisance de l'étude d'impact, atteinte à l'équilibre biologique de l'île, illégalité de l'avis de l'autorité environnementale, incomplétude du dossier d'enquête publique – ainsi que l'urgence à suspendre la décision du fait des dégradations environnementales susceptibles d'être causées au milieu naturel par l'opération de défrichement. Le préfet de La Réunion, la SCPR et la Région Réunion qui intervient dans l'affaire du fait des conséquences de la décision sur la réalisation de la « Nouvelle Route du Littoral » (NRL) soutiennent principalement en défense la tardiveté du recours de la SREPEN et le défaut d'urgence au motif que l'impact environnemental est minime au vu des mesures de compensation prévues et de l'intérêt public qui s'attache à la poursuite sans interruption de l'opération NRL.

Le juge des référés considère que les recours sont recevables et suspend l'arrêté litigieux au motif d'une part que l'irrégularité des avis de l'autorité environnementale est susceptible de créer un doute sérieux et d'autre part que la condition d'urgence est remplie au vu des atteintes à l'environnement que causera la réalisation du projet. Ces trois éléments ne sont pas exempts de critiques au vu de l'argumentaire développé par la juridiction administrative.

La recevabilité du recours de la SREPEN.

Le référé-suspension étant un recours accessoire dirigé contre un acte administratif contesté au principal par la voie de l'excès de pouvoir, la conséquence principale qui en découle est que la recevabilité d'une requête au fond conditionne celle du référé si bien que le juge administratif doit opposer d'office l'irrecevabilité de la demande au fond lorsqu'elle ne peut être couverte en cours d'instance². Tel est le cas de la condition de délai de recours. En l'espèce le délai de recours de droit commun de deux mois s'appliquait et, à l'évidence, la SREPEN ne l'avait pas respecté³.

Pour s'extraitre d'une irrecevabilité, le requérant fait valoir la condition de double affichage qui fait courir le délai de recours à l'égard des tiers. Celle-ci est prévue par l'article L. 341-4 du code forestier qui dispose que « *l'autorisation de défrichement fait l'objet, par les soins du bénéficiaire, d'un affichage sur le terrain de manière visible de l'extérieur ainsi qu'à la mairie de situation du terrain. L'affichage a lieu quinze jours au moins avant le début des opérations de défrichement ; il est maintenu à la mairie pendant deux mois et sur le terrain*

² CE, 1^{er} mars 2004, *Socquet-Juglard*, n°258505.

³ On relèvera à cet égard que le juge des référés ne donne aucune indication dans son ordonnance sur la procédure au fond ne permettant pas ainsi au commentateur d'apprécier l'irrecevabilité du recours autrement que par le truchement des moyens repris dans ladite ordonnance.

pendant la durée des opérations de défrichement ». Il est mentionné dans l'ordonnance, sans qu'aucune indication factuelle sur les dates ne soit faite, que la SREPEN soutient qu' « au regard de la date d'affichage en mairie et du caractère non visible depuis la voie publique de l'affichage effectué sur le terrain aucune forclusion ne saurait lui être opposée ». Le juge des référés fait droit à cette argumentation en précisant « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'autorisation de défrichement litigieuse ait donné lieu, dans des conditions de visibilité normale depuis la voie publique, à un affichage sur le terrain plus de deux mois avant l'introduction des requêtes de la SREPEN ». L'une des deux conditions d'affichage n'étant pas remplie, le délai n'a pu courir.

Le délai entre l'arrêté qui date du 9 novembre 2018 et la requête en référé-suspension qui date du 19 mars 2019 met en exergue en tout état de cause le fait que la forclusion prévue de façon prétorienne par la décision *Czabaj*⁴ d'un an entre le recours principal - dont on peut supputer qu'il est intervenu à la même date sans en avoir la certitude faute d'indication de la part de la juridiction administrative – et l'arrêt litigieux ne pouvait s'appliquer en l'espèce. Il est étonnant par ailleurs de constater que la commune de Saint-Leu a effectué un référé-suspension en date du 2 avril 2019, soit ultérieurement au recours de la SREPEN sans que ne soit évoqué dans l'ordonnance la question de la recevabilité. Doit-on en déduire que la requête au fond aurait été réalisée dans les conditions de délai de droit commun ? Rien ne permet de l'affirmer en l'espèce. Quoi qu'il en soit, le référé étant jugé recevable, le juge s'est ensuite prononcé sur la question du doute sérieux.

Le doute sérieux sur la légalité de l'avis de l'autorité environnementale.

Au nom de la cruelle loi de l'*imperatoria brevitatis* justifiée à plus forte raison dans le cadre des procédures d'urgence, le juge administratif ne se fonde que sur le doute sérieux sur le moyen tiré de l'illégalité de l'avis de l'autorité environnementale pour rendre son ordonnance. Et il n'est pas douteux en l'espèce que ce moyen prospérera dans le cadre du recours au fond, dans la mesure où, il fait l'objet d'une jurisprudence bien balisée tant au niveau européen qu'au niveau national. À cet égard et conformément aux nouvelles méthodes de rédaction des décisions, le juge des référés prend le soin de citer et l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 20 octobre 2010, C-74/10 indiquant qu'il doit y avoir une séparation fonctionnelle impliquant une réelle autonomie entre l'entité administrative qui prend la décision d'autorisation d'un projet ou d'un ouvrage et celle qui rend un avis en matière environnementale, et l'arrêt du Conseil d'État du 28 décembre 2017, *Association France Nature Environnement* considérant comme

⁴ CE, Ass, 13 juillet 2016, *Czabaj*, n°387763 ; *AJDA* 2016, p. 1479 ; *ibid.*, p. 1629, chron. L. DUTHELLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *AJFP* 2016, p. 356 ; *AJCT* 2016, p. 572, obs. M.-C. ROUAULT ; *RDT* 2016, p. 718, obs. L. CRUSOÉ ; *RFDA* 2016, p. 927, concl. O. HENRARD ; *RTD com.* 2016, p. 715, obs. F. LOMBARD.

illégal le fait d'attribuer au préfet de région la compétence consultative en matière environnementale alors qu'il peut être par ailleurs compétent pour autoriser le projet concerné. En l'espèce le juge des référés précise en son considérant 7 que l'avis initial du 10 août 2016 a été émis par le préfet lui-même en contradiction de l'exigence de séparation fonctionnelle et de réelle autonomie de l'autorité environnementale.

Il précise comme inopérant, le fait que l'avis du 11 avril 2018 ait été émis par l'autorité environnementale du conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) en raison de l'objet différent sur lequel elle s'est prononcée, à savoir la demande d'autorisation de carrière et de mise en compatibilité du PLU de la commune de Saint-Leu. La dure loi de l'indépendance des législations, particulièrement prolixes en droit de l'environnement⁵, ne l'empêche néanmoins pas, et de façon quelque peu étonnante, de mentionner cet avis en affirmant que selon celui-ci, la « *demande de dérogation relative au défrichement devrait nécessairement, au cas particulier, intégrer une demande de dérogation au titre des espèces protégées (L.411-1 du code de l'environnement)* ». On notera à cet égard qu'il ne s'agit guère d'une intégration, mais d'une demande spécifique au titre du droit des espèces protégées qui est indépendante de celle relative au défrichement.

Sur ce dernier point, le juge administratif aurait alors pu reconnaître l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la demande de dérogation de défrichement en reprenant les critères de fond inhérents à une telle autorisation. Plus précisément l'article L.374-2 dispose que la dérogation à l'interdiction de défricher peut être accordée par l'autorité administrative lorsque la conservation des bois et forêts n'est nécessaire à aucune des fonctions suivantes : « *l'équilibre biologique d'une région ou d'un territoire présentant un intérêt remarquable et motivé du point de vue de la préservation des espèces animales ou végétales et de l'écosystème* ». C'est d'ailleurs ce que relèvent les parties requérantes et il est vrai que par le truchement de cette condition de fond, le juge administratif a étendu son contrôle de la légalité des autorisations de défrichement aux atteintes portées à la biodiversité⁶. L'atteinte potentielle au droit des espèces protégées, réprimée par ailleurs de lourdes sanctions pénales⁷, invitait à aller en ce sens. Elle fut davantage exploitée pour apprécier le critère de l'urgence.

La reconnaissance de l'urgence environnementale. Pour suspendre une décision administrative, le juge des référés doit être convaincu que la décision va

⁵ R. RADIGUET, « Les polices administratives spéciales de l'environnement, facteur ou frein à une protection globale de l'environnement ? », in E. NAIM-GESBERT, L. PEYEN, R. RADIGUET. (dir), *Figures de la préservation de l'environnement outre-mer*, Aix-en-Provence, PUAM, 2015, p. 13-34, en particulier p. 17-18.

⁶ F. ROMAGOUX, « L'extension du contrôle du juge administratif sur les déboisements des forêts domaniales portant atteinte à la biodiversité », *Rev. Jur. Env.* 2010, n°3, p.409 et s.

⁷ Articles L. 415-3 et s. du code de l'environnement.

porter un préjudice suffisamment grave et immédiat à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Le critère de l'urgence à suspendre une décision fait alors l'objet d'une appréciation objective et concrète, compte tenu des justifications fournies par le requérant⁸. Et celles-ci sont principalement d'ordre environnemental ; les requérants évoquent l'urgence à suspendre la décision du fait que l'exécution des travaux qui ont été entamés de façon prématurée générera d'importantes perturbations pour le milieu naturel digne de protection. À l'inverse, les défendeurs arguaient du faible impact environnemental des travaux, de l'importance des mesures de compensation et surtout de l'intérêt public majeur à faire en sorte que l'opération NRL ne soit pas interrompue.

Il appartenait alors au juge administratif de faire la balance entre les intérêts en présence. Si quelques décisions remarquées ont pu donner raison à l'intérêt écologique lié à la préservation du milieu naturel lors d'opération d'aménagement⁹, il est néanmoins à relever que le juge administratif confère rarement du crédit à l'urgence écologique face à un projet d'ampleur¹⁰, et particulièrement face à une demande de dérogation d'espèces protégées¹¹. Pourtant, en l'espèce, le juge des référés va longuement s'appuyer sur la présence d'espèces protégées à proximité du site pour justifier le caractère d'urgence. Il relève à cet égard que le terrain « *jouxte la Ravine du Trou, où plusieurs espèces endémiques protégées ont été recensées, notamment le bois de lait et le bois d'ortie qui sont en danger critique d'extinction, et se trouve à proximité presque immédiate de zones naturelles dont la richesse environnementale, notamment à l'égard de la végétation, a justifié des classements au titre des espaces remarquables* ». Il note en outre la présence de la Vanesse de Bourbon, papillon en danger d'extinction ou encore de caméléons, d'une espèce de chiroptère rare pour conclure à une importante perturbation des écosystèmes qui implique, « eu égard [...] à la perspective d'un démarrage à très brève échéance de l'opération de défrichement » à suspendre la décision.

⁸ CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n°228815, concl. L. TOUVEL, *CJEG*, n°575, p. 161 ; note. B. SEILLER, *D.* 2001, p. 1414 ; CE, 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*, req. n°229562, 229563, 229721, note. A. SEBAN, *BDEI* 2001, n°3, p. 9.

⁹ Cf. notamment : CE, 24 juillet 2009, *L'association Les amis de la terre du Val d'Ysieux et autres*, req. n°319836, *Rev. Jur. Env.* 2010, n°3, p. 513, note J. SIRONNEAU ; *LPA* 2010, n°85-86, p. 43, note P. GWENDOLINE ; *BDEI* 2009, n°23, p. 22, S. LEBRIERO ; TA Dijon, 19 juin 2012, *M. Antonio Mejas de Haro*, req. n°1201087 ; TA, 2 octobre 2012, *M. Antonio Mejas de Haro*, n°1201906 ; TA, 27 février 2013, *M. Antonio Mejas de Haro*, req. n°1300303, *Rev. Jur. Env.* 2013, n°3, p. 481, note. R. RADIGUET

¹⁰ Cf. CE, 15 février 2006, *Association Ban Abestos France et Association Greenpeace France*, req. n°28801 ; CE, 10 octobre 2007, *AOMSL*, n°309286.

¹¹ X. BRAUD, « Opération d'aménagement : le contrôle du juge sur la dérogation à la protection des espèces », *Dr. Env.* 2015, n°238, p. 334.

Cette argumentation est poursuivie par une autre, aux allures parfois « politiques » aux confins du juge-administrateur, visant à dénier l'intérêt public majeur lié au maintien de la dérogation à l'interdiction de défrichement. S'il indique que l'opération est d'utilité publique et que l'achèvement du tronçon de 2,7 km F digue est de nature à garantir la sécurité et de bonnes conditions de circulation pour les déplacements entre le Nord et l'Ouest de La Réunion, le juge administratif relève que le besoin en roche massive ne rend pas indispensable la réalisation de la carrière sur le site de Bois-Blanc. Il note, parmi les solutions alternatives mettant en exergue une façon toute particulière de prendre en compte des éléments extrinsèques au service de l'appréciation de l'urgence¹², l'usage possible des andains agricoles ou l'importation de roches massives. Il effectue *in fine* une appréciation sévère du projet qui ne semble pas relever de son office, mais bien plus d'un jugement en opportunité en affirmant que « *le projet NRL dans sa conception se caractérisait par l'absence d'une réelle réflexion sur les moyens d'approvisionnement à mettre en œuvre pour réaliser la partie « digue » de l'ouvrage, laquelle n'a été imaginée et validée que dans le but de diminuer le coût global de l'opération* ». Il précise au surplus que « *le retard susceptible d'être constaté en juin 2019 [...] peut être regardé comme principalement imputable au maître de l'ouvrage de l'opération et à l'autorité préfectorale, qui ont négligé de lancer en temps utile les procédures [...] permettant de conforter la base juridique de l'une ou l'autre des hypothétiques autorisations d'exploitation de roches massives* ». L'ensemble de ces propos le conduise à conclure inévitablement à ce que « *l'intérêt public dont se prévalent les défenseurs est insuffisamment caractérisé* ». En somme, le juge administratif mobilise un argumentaire sur les erreurs commises par l'administration dans le cadre de la réalisation de l'opération « NRL » pour dénier l'urgence à ne pas suspendre et en vient à juger l'administration sur un plan autre que la légalité. Pourtant, l'environnement érigé au niveau constitutionnel comme intérêt fondamental de la nation¹³ pouvait s'extraire de ces considérations par trop périphériques relativement à la décision attaquée et il est à craindre que l'espèce montre une certaine réminiscence du « gouvernement des juges » au détriment de la crédibilité du droit de l'environnement.

¹² Approche non sans rappeler le débat autour de la prise en compte d'éléments extrinsèques dans le cadre du contrôle juridictionnel des déclarations d'utilité publique : B. SEILLER, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA* 2003, p. 1472 ; L. XENOU, « Expropriation : un pas supplémentaire vers le contrôle des solutions alternatives ? », *AJDA* 2011, p. 2417.

¹³ Alinéa 7 du préambule de la charte de l'environnement. Dans le même sens, cf. CC, 31 janvier 2020, req. n°2019-823 QPC, §.4 qui reconnaît que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle ».

10.7. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

Concours – préférence locale – impartialité

Tribunal administratif de La Réunion, 31 octobre 2019, req. n°1700932

Mathieu CARNIAMA, Doctorant en droit public, Université de La Réunion

L'impartialité d'un membre du jury de concours et la préférence locale : le mythe du juré n° 8 ?

En 1957, les États-Unis découvraient sur grand écran les arcanes d'un procès pénal. Un jury populaire devait alors se prononcer sur la culpabilité ou non d'un jeune homme accusé de parricide. Si tous se prononcent en faveur de sa culpabilité, le juré n° 8 doute. L'intrigue de *Douze hommes en colère* dévoilera la capacité de celui-ci à convaincre les autres membres du jury du doute qui l'envahit.

Autres temps, autres lieux, autres enjeux, l'affaire qu'a eu à trancher le Tribunal Administratif de La Réunion, dans sa décision du 31 octobre 2019, s'apparente, à bien des égards, aux craintes que peut révéler le mythe du juré n°8 au sein des concours. Dans quelle mesure un seul membre du jury peut-il avoir un impact sur l'ensemble du jury ainsi que sur les candidats ? Dans quelle mesure cet impact peut-il vicier le concours ?

Mode principal d'accès aux emplois publics, le *droit des concours*¹ demeure, à l'instar du droit de la fonction publique, essentiellement lié au principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics. Le concours serait alors perçu comme le procédé de recrutement le plus objectif permettant de garantir l'égalité méritocratique et l'égalité de traitement entre les candidats², conformément à

¹ O. GOHIN, « Le droit des examens et des concours : les apports de la jurisprudence », *RDP* 1988, p. 1647 et s. Pour plus de développements voir : A. PLANTEY, *La fonction publique. Traité général*, Litec, 2001 ; J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE et A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique. État, collectivités locales, hôpitaux*, Dalloz, 2005 ; F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Économica, 2017.

² J.-L. MESTRE, « Le système du mérite en France », in. S. CASSESE et J. PELLEW (dir.), *Le système du mérite – The merit system*, Cahiers d'Histoire de l'Administration, 1987, n°2, p. 89 et s. ; V. FABRE-ALBERT, « Le principe d'égal accès aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle », *RDP* 1992, p. 425 et s. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnelle », *RFDC* 1994, p. 241 et s. ; *Cahiers de la fonction publique* 2005, n°241, Dossier « Le mérite dans la fonction publique » ; F. EDEL, « Deux siècles de principe d'égal admissibilité aux emplois publics », *RFAP* 2012/2, n°142, p. 339-367 ; A. TAILLEFAIT, « Constitution et fonction

l'article 6 de la DDHC de 1789. Toutefois, le contentieux abondant³ en cette matière a pu conduire la doctrine à constater une forme de *déclin* du principe d'égalité⁴.

La décision du Tribunal Administratif tend ainsi à affirmer que le principe d'égalité *n'a ni perdu de son charme, ni perdu de son éclat*⁵, agissant, en l'espèce, comme un « droit-tuteur »⁶, en soutien du principe d'impartialité. Pour s'en convaincre, il convient de rappeler les circonstances à l'origine de la présente décision.

Voilà, qu'est organisé, au titre de l'année 2016, un concours interne de sergent de sapeurs-pompiers par le service départemental d'incendie et de secours (SDIS). Par une délibération, en date du 19 août 2017, le jury du concours a fixé la liste des candidats déclarés admis. Selon un arrêté, du 23 août 2017, la présidente du conseil d'administration du SDIS de La Réunion a établi, au titre de l'année 2016, la liste d'aptitude pour l'accès au grade de sergent de sapeurs-pompiers.

Cinq candidats, non-reçus et surtout « non-locaux », contestent, le 20 octobre 2017, devant le Tribunal Administratif de La Réunion, les actes susmentionnés. Les requérants demandent à la juridiction administrative l'annulation de la délibération et l'arrêté. Parmi les moyens invoqués, les requérants relèvent l'impartialité d'un des membres du jury du concours. Cette impartialité découlerait d'une prise de position publique de M. M., membre du jury, affirmant sa volonté de favoriser au nom de la préférence locale, le recrutement ou la promotion de sapeurs-pompiers d'origine réunionnaise.

Au Tribunal Administratif, était donc soumise la problématique suivante : un membre du jury qui a pu manifester publiquement sa volonté de favoriser les candidats locaux peut-il siéger au sein du jury du concours, sans porter atteinte au principe d'impartialité ?

publique », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2012, n°37 ; G. MARCOU, *L'accès aux emplois publics*, LGDJ, 2014 ; A. ZARCA, *L'égalité dans la fonction publique française*, Bruylant, 2014.

³ E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux du recrutement », *Répertoire du contentieux administratif*, Juin 2014. Voir également : F. CAFARELLI et P. IDOUX, « Contentieux des concours de la fonction publique », *JurisClasseur Administratif*, Juillet 2016, Fasc. 1138-10.

⁴ G. MORANGE, « Le déclin du principe d'égalité dans les concours », in *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 621 et s.

⁵ D. BOTTEGHI, « Le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat », *AJDA* 2011, p. 150 et s.

⁶ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité entre collectivités locales », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Mai 2002.

Dans leur décision du 31 octobre 2019, les juges de la rue Félix-Guyon accueillent l'argumentation des requérants, et répondent donc par la négative. Selon le Tribunal, la position de principe, consistant à manifester publiquement sa volonté de favoriser les candidats locaux fait obstacle, eu égard au principe d'impartialité auquel est soumis un jury de concours et au principe d'égal accès aux emplois publics, à ce que le membre du jury puisse participer aux opérations du concours litigieux.

Si formellement, l'affaire intéresse directement le droit de la fonction publique et spécifiquement le droit des concours, elle doit cependant s'analyser à l'aune de la préférence locale.

Cette hydre d'outre-mer ne cesse, au sein de la vie locale ultramarine, de se revendiquer. Entre farouches opposants et fervents défenseurs, la préférence locale ne laisse personne indifférente. *Lato sensu*, la préférence locale s'analyse comme une *discrimination positive territoriale*⁷ dont les bénéficiaires seraient les « locaux ». *Stricto sensu*, la préférence locale révèle une mesure de protection socio-économique, se traduisant par un régime explicite de faveur, qui a pour support un territoire envers lequel les bénéficiaires, expressément identifiés selon leur ancrage territorial, s'estiment liés par une identité territoriale commune.

Pratique réputée, par nature, discriminatoire et communautariste, elle serait, *per se*, contraire à la tradition républicaine⁸. En annulant les actes des opérations du concours, le Tribunal Administratif se positionne comme le gardien de la tradition républicaine. Conforme à la jurisprudence déjà établie par ses confrères, la préférence locale serait une *discrimination suspecte* nécessitant une attention toute particulière de la part du juge (I). Toutefois, il reste peu probable que cette annulation puisse mettre un terme à toutes tentatives locales d'instaurer des mesures de préférence locale : telle l'hydre, *pour une tête coupée, deux autres repousseront-elles ?* (II).

⁷ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1997, p. 218 et s. Voir également, pour une littérature non exhaustive : Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public, La Documentation française, 1996 ; G. CALVES, *La discrimination positive*, PUF, 2010.

⁸ O. GOHIN, « Commentaire des lois organiques n° 99-909 et 99-910 du 19 mars 1999 relatives à la Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 1999, p.500 et s. ; A.-M. LE POURHIET, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP* 1999, n°4, p. 1005 et s. ; A. ORAISON, « Les limites à la préférence régionale à l'embauche dans les Outre-Mer. Analyse critique des dispositions "discriminatoires" proposées par certains responsables politiques et syndicaux en vue de réduire l'ampleur du Chômage à La Réunion », *RJOI* 2015, n°21, p. 99 et s. ; A. ORAISON, « Le principe de la "préférence régionale" reconnu en Polynésie française par la loi organique du 27 février 2004 sur la base de l'article 74 de la Constitution. (La consécration par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 d'un principe anti-républicain) », *RRJ* 2006-3, p. 1431 et s.

I. Ni le chameau, ni le moustique ne passeront !⁹

En 1981, J. RIVERO s'inquiétait à propos d'un Conseil constitutionnel trop diligent en matière de protection des droits et libertés fondamentaux. Cette attitude, commandée par un « self-restraint revendiqué »¹⁰, ne semble pas s'appliquer à la juridiction administrative notamment lorsqu'est en cause la préférence locale pour l'accès aux emplois publics et alors même qu'un jury de concours semble jouir d'une liberté certaine.

Si la préférence locale, se présente *per se* comme une *discrimination suspecte* contraire à l'universalisme républicain par la doctrine, elle a pu être, à certaines occasions, directement confrontée par le juge au principe de légalité et d'égalité. Toujours, alors, fut-elle condamnée par la juridiction administrative et notamment par les juridictions du fond. Gardien, parfois « zélé » de la tradition républicaine à l'encontre des réalités ultramarines¹¹, le Tribunal Administratif de La Réunion s'inscrit dans la politique jurisprudentielle éprouvée en matière de préférence locale pour l'accès aux emplois par d'autres tribunaux administratifs. A l'encontre du principe d'égalité, aucune atteinte avérée (A) ou simplement supposée (B) ne sera tolérée.

A. Le Tribunal Administratif censeur de la préférence locale avérée

En matière de préférence locale pour l'accès aux emplois, de nombreuses décisions de tribunaux administratifs ont invariablement censuré toutes réglementations locales visant à instaurer la discrimination positive.

En Polynésie française, alors que les acteurs politiques locaux militaient pour la mise en place, jugée nécessaire, de la préférence locale¹² et en raison de l'absence de réponses nationales, les institutions publiques locales décidèrent d'élaborer un certain nombre de réglementations dans cette optique. Par un décret n°82-622 du 19 juillet 1982 relatif aux dispositions statutaires applicables au corps des instituteurs de Polynésie française était exigée aux candidats au

⁹ Expression empruntée à : J. RIVERO, « Autour de la loi sécurité et liberté. "Filtrer le moustique et laisser passer le chameau" ? », *AJDA* 1981, p. 275.

¹⁰ D. RIBES, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, Juin 2007.

¹¹ M. EXCOFFIER et P. DAVIN, « Les tribunaux administratifs du Pacifique », *AJDA* 1986 p. 471 et s. ; G. AGNIEL, « Le Conseil d'État et la décentralisation : toujours plus d'État ? », *RFDA* 1994, p. 954 et s. ; P. MOYRAND, « Le tribunal administratif de Papeete et l'équilibre institutionnel de la Polynésie française », *RJP* 1994, p. 1 et s. ; L. JANICOT, « Le juge administratif est-il centralisateur ? Réflexions à partir de quelques arrêts du Conseil d'État », in P. CHRETIEN et N. FERREIRA (dir.), *L'État dans ses rapports avec les collectivités territoriales*, Lextenso, 2011.

¹² CESC de Polynésie française, *Rapport n°60 sur la protection de l'emploi local : possibilités et contraintes*, Mai 1987 ; P. LECHAT, « La préférence territoriale en Polynésie française : éléments de réflexion », *Annales du Centre universitaire de Pirae*, 1990-1991, p. 73 et s.

concours, en son article 4, une durée préalable de résidence de 5 ans. Cette condition de résidence sera, par la suite, reprise par l'Assemblée Territoriale dans l'accès aux emplois d'agents immobiliers¹³, d'huissiers et de clercs assermentés¹⁴, de pharmaciens¹⁵ ainsi que pour l'accès à la fonction publique territoriales¹⁶.

Ces réglementations locales seront déférées au Tribunal Administratif de Papeete. Sur saisine du Haut-Commissaire de la République, la délibération, du 29 janvier 1991, relative à la préférence locale dans la fonction publique territoriale est annulée¹⁷. Fondée, *a priori*, sur un vice de forme, l'Assemblée territoriale adopte, le 23 juillet 1992, une nouvelle délibération. Immédiatement déférée au Tribunal Administratif de Papeete, elle est également annulée¹⁸. L'affaire est portée devant le Conseil d'État qui confirme la décision du Tribunal Administratif¹⁹. Le même jour, le Conseil d'État annulait la délibération relative à l'accès aux emplois d'huissiers²⁰. Par la suite, seront également annulées les délibérations relatives aux pharmaciens²¹ et aux agents immobiliers²².

La question à laquelle devait répondre le juge administratif était la suivante : l'exigence d'une condition de résidence pour l'accès aux emplois publics est-elle conforme aux exigences de l'article 6 de la DDHC de 1789 ? En d'autres termes, l'exigence d'un critère de résidence pour l'accès aux emplois publics est-elle une *distinction* que l'on peut fonder sur les *vertus* et les *mérites* d'un candidat ?

Pour le Tribunal Administratif de Papeete, l'exigence d'une condition de résidence pour l'accès aux emplois publics est une *distinction* « (...) étrangère à la condition de capacité du candidat (...) »²³. Par conséquent, elle méconnaît le principe d'égal accès aux emplois publics. Cette violation, sur le fondement de l'article 6 de la DDHC de 1789, est saluée par J.-C. DOUENCE pour qui : « *la publication au recueil Lebon souligne avec force la réaffirmation des principes fondamentaux de l'État de droit* ».

¹³ Délibération AT n°90-40 du 15 février 1990.

¹⁴ Délibération AT n°92-112 du 20 août 1992.

¹⁵ Délibération AT n°83-156 du 14 octobre 1983. La condition de résidence, en l'espèce, est portée à 10 ans.

¹⁶ Délibérations AT n°63-2 du 18 janvier 1963, n°91-36 du 29 janvier 1991 et n°92-119 du 23 juillet 1992.

¹⁷ TA Papeete, 12 décembre 1991, *Haut-commissaire de la République c. Territoire*, req. n°91-00214.

¹⁸ TA Papeete, 29 juin 1993, *Etat c. Assemblée territoriale*, req. n°93-00093.

¹⁹ CE, SSR, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de Polynésie française*, req. n°152657, note J.C. DOUENCE, in *Annuaire des collectivités locales*, 1996, p. 328-349.

²⁰ CE, SSR, 6 janvier 1995, *Assemblée territoriale de Polynésie française*, req. n°152637.

²¹ TA Papeete, 6 décembre 1998, *Mme. Liao c. Territoire*.

²² TA Papeete, 14 avril 1998, *Pruvost c. Territoire de la Polynésie française*, req. n°97-276.

²³ TA Papeete, 14 avril 1998, *Pruvost c. Territoire de la Polynésie française*, req. n°97-276.

Toutefois, lorsque le principe spécifique d'égalité méritocratique n'est pas pertinent, dans le cas notamment de l'accès aux emplois privés, le juge administratif se fonde sur le principe général d'égalité. Ainsi, à propos des délibérations relatives aux emplois de pharmacien ou d'agent immobilier, le Tribunal Administratif de Papeete a pu se fonder sur l'ex article 2 de la Constitution de 1958 qui interdit toute distinctions d'origine, de race et de religion entre les citoyens. S'il n'était, formellement, pas question, pour la juridiction administrative, d'une discrimination sur l'origine ou la race, la condition de résidence : « *institue une discrimination entre citoyens français selon qu'ils sont ou non-résidents du territoire (...) et sans que cette discrimination puisse être justifiée par aucun intérêt général propre au territoire* ». En d'autres termes, la préférence locale fondée sur un critère de résidence n'est pas une discrimination interdite par la Constitution²⁴ ; elle se doit, toutefois, d'être justifiée par un motif d'intérêt général conformément à la formulation prétorienne du principe d'égalité²⁵.

De même, sur le fondement du principe général d'égalité et notamment sur le principe constitutionnel d'unicité du peuple français²⁶, le Tribunal Administratif de Nouméa a pu annuler une décision du Gouvernement du territoire refusant l'intégration d'un professeur certifié d'Anglais au motif que : « *les postes disponibles pour l'enseignement de la langue anglaise étaient peu nombreux et devaient être réservés aux étudiants calédoniens* ». Au même titre qu'il ne saurait exister, au sein de l'universalisme républicain un « peuple corse », il ne saurait – semble-t-il – exister des « étudiants calédoniens » titulaires de droits. L'ombre-portée *ethnicsante* de la formule ne peut que conduire à sa censure.

Plus récemment, le Tribunal Administratif de La Réunion était également en proie à des mesures de préférence locale mises en place par le SDIS de La Réunion. Était mis en cause, le tableau d'avancement au grade d'adjudant de sapeur-pompier professionnel qui parmi les critères avait posé la durée des services au sein du seul SDIS de La Réunion, à l'exclusion des autres SDIS. Cette prime au « local » avait alors été jugée discriminatoire par les juges de la Rue Felix Guyon et fut annulée²⁷.

²⁴ A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4, p. 55 et s.

²⁵ C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, p. 299 et s. ; F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP* 1986, p. 1229 et s. ; B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Mélanges Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 979 et s. ; O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus politicum* 2012, n°7.

²⁶ CC, 9 mai 1991, n°91-290 DC ; CC, 15 juin 1999, n°99-412 DC.

²⁷ TA Saint-Denis, 26 octobre 2017, req. n°1600732.

En matière de préférence locale donc, le juge *veille au grain*. Pour J.-C. DOUENCE, le principe d'égalité est « *gravement atteint par une volonté de localisme aussi explicite* », mais, *a contrario*, n'affirme-t-il pas, que lorsque la préférence locale ne serait pas aussi *explicite*, aussi avérée et instituée par les institutions locales, ne pourrait-elle pas être mise en œuvre ? A cette interrogation, le Tribunal Administratif de La Réunion répond par la négative : toute volonté de *promouvoir* la préférence locale pour l'accès aux emplois publics peut également être condamnée. Il existerait alors un droit à *l'apparence* d'égalité.

B. Le Tribunal Administratif de La Réunion censeur d'un risque de préférence locale

En l'espèce, le Tribunal Administratif de la Réunion, dans sa décision du 31 octobre 2019, retient, pour fonder l'illégalité de la délibération du 19 août 2017, ainsi que l'arrêté du 23 août 2017 établissant la liste d'aptitude pour l'accès au grade de sergent, le grief de l'impartialité d'un membre du jury soulevé par les requérants.

Ce moyen semble du reste parfaitement cohérent, mais n'appelle en définitif que peu d'observations. En effet, le juge administratif vérifie traditionnellement, au terme d'un contentieux abondant²⁸, que le jury du concours respecte le principe d'impartialité. Lorsqu'il est relevé une atteinte au principe, les opérations du concours sont annulées. Sa portée, dont la valeur de principe général du droit est reconnue²⁹, a pu être précisée par le Conseil d'État dans un arrêt du 18 juillet 2008³⁰. Ainsi : « *le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie professionnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation ; qu'en outre un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat ; qu'en dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable* ». En d'autres termes, la partialité du membre du jury serait relevée

²⁸ Pour exemple : CE, Sect., 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët c. Delle Podeur*, req. n°67973 ; CE, 26 janvier 2007, *Mme Berthet-Cahuzac*, req. n°280955 ; CE, 20 avril 2005, *Drouche*, req. n°271995 ; CE, 28 décembre 2005, *Allaud*, req. n°278351.

²⁹ CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transports routiers*, req. n°61958. Voir également : E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478 et s.

³⁰ CE, Sect., 18 juillet 2008, req. n°291997.

dès lors que sa « (...) *position est susceptible de reposer sur des motifs ou des considérations extérieurs (...), celui qui est, en quelque sorte parti pris* »³¹.

L'intérêt de la décision réside, à bien des égards, dans la caractérisation par le juge de la partialité d'un des membres du jury du concours. En effet, le juge administratif note que M. M., à l'encontre duquel est retenu le grief d'impartialité, a pu manifester publiquement « *sa volonté de favoriser, au nom de la "préférence régionale", le recrutement ou la promotion de sapeurs-pompiers d'origine réunionnaise* ». La circonstance que cette prise de position s'est faite en dehors du cadre de sa fonction de membre du jury n'a, pour les juges de la rue Félix Guyon, aucune incidence. Eu égard à sa prise de position publique, ce membre ne saurait participer à un jury de concours au regard du principe d'impartialité. En d'autres termes, le simple fait de se prononcer publiquement en faveur de la préférence locale conduit à vicier l'ensemble du concours. Nul besoin dans ce cas d'apporter une preuve d'un quelconque « favoritisme » au bénéfice des locaux.

Sur le plan des « concepts », le raisonnement mérite d'être explicité. A l'instar, du *droit du contentieux administratif*, il existerait en matière d'impartialité des membres du jury deux conceptions. La première, *l'impartialité subjective* s'attacherait classiquement à la personne du membre. Le « parti pris » se traduirait par « *un préjugé, favorable ou défavorable, un manque d'objectivité et un défaut de neutralité (...)* »³² à l'encontre du candidat, ou d'une catégorie de candidat. La seconde, *l'impartialité objective* se référerait à « l'apparence »³³ du concours. Le concours serait « réputé » vicié par la seule présence d'un membre qui engendrerait une rupture d'égalité entre les candidats. Il s'agit par exemple de la présence d'un supérieur hiérarchique dans le jury du concours.

À vrai dire, le Conseil d'État se montre extrêmement prudent à l'égard de cette théorie de l'apparence. Il y aurait au bénéfice des membres du jury, une forme de « présomption de bonne foi »³⁴. La justification pragmatique a été posée par le président LABETOULLE, dans ses conclusions sous l'arrêt *Spina*³⁵ : « *pour les concours de promotion interne mais aussi pour les concours de recrutement, il est à peu près impossible de faire en sorte qu'aucun membre du jury ne connaisse aucun des candidats* ».

En l'espèce, le juge administratif n'affirme pas, que M. M., membre du jury, a « favorisé » les locaux au détriment des non-locaux. D'ailleurs, les requérants ne soulèvent pas, explicitement, le moyen de la rupture d'égalité de traitement

³¹ M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2012, p. 290.

³² *Ibidem*, p. 294.

³³ E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux du recrutement », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Juin 2014, 198.

³⁴ Y. AGUILA, « L'impartialité du jury d'examen professionnel », *AJDA* 2008, p. 2124 et s.

³⁵ CE, 18 mars 1983, *Spina*, req. n°33379.

entre les candidats, mais seulement le grief d'impartialité. En accueillant ce moyen, le juge annihile tout risque hypothétique de préférence locale au sein du concours. En effet, en l'espèce, le risque de rupture d'égalité n'est ni certain, ni *a priori* suspecté, il demeure simplement dans l'ordre du possible. Ce faisant, le juge rappelle qu'en matière de concours, doit être préservée une *apparence d'égalité*.

En l'espèce, le juge administratif applique ici une forme de principe de précaution afin de sauvegarder l'égalité de traitement dans le déroulé du concours. En définitive, le juge retient ici la dimension objective de l'impartialité. Par principe, le fait, pour un individu, de se prononcer publiquement en faveur de la préférence locale rend sa participation à un jury de concours impossible.

Bien que le raisonnement, en droit, soit parfaitement justifié et cohérent ; il n'est pas déraisonnable de penser que le juge ait *cédé à la tyrannie des apparences*³⁶. D'une part, qu'un membre du jury puisse, en dehors du concours, partager publiquement des convictions politiques ne préjuge pas de sa bonne foi, ni de son éthique que requiert sa fonction au moment de l'examen des mérites du candidat. D'autre part, c'est encore faire peu de cas de la bonne foi et de l'éthique du jury dans son ensemble. Enfin, la question de la portée de cette interdiction demeure indécise. Que l'on puisse attendre légitimement un devoir de réserve de la part d'un fonctionnaire, même membre d'un syndicat, peut-on faire peser la même obligation sur l'ensemble des membres du jury ?

En effet, au terme de l'article 8 du décret n°2012-730 du 7 mai 2012 fixant les modalités d'organisation du concours prévu à l'article 4 du décret n°2012-521 du 20 avril 2012 portant statut particulier du cadre d'emplois des sous-officiers de sapeurs-pompiers professionnels, le jury est composé, entre-autre, de deux élus locaux. Or, peut-on imposer à l'élu local le même devoir de réserve ?

Du reste, le membre du jury aurait-il pu s'abstenir de siéger ? En effet, la pratique des jurys de concours ou d'examens serait la suivante : lorsqu'ils suspectent un risque d'impartialité, les membres s'abstiennent de participer à l'évaluation du candidat³⁷. Cette pratique de bonne intention semble pour le Tribunal administratif de La Réunion n'aurait pas, semble-t-il, permis de purger le vice d'impartialité. En effet, le juge administratif tend à poser une interdiction générale de siéger au sein du jury : « (...) *cette position de principe consistant à instituer une discrimination au détriment des candidats en provenance de la métropole, faisant obstacle, (...), à ce que l'auteur de telles déclarations participe aux opérations du concours litigieux, particulièrement au stade de l'épreuve d'orale d'admission* ». Bien que le juge spécifie le stade de l'épreuve d'orale

³⁶ Y. AGUILA, *op. cit.*; D. ESPAGNO, « Le droit français des concours entre permanence et évolution », *RFAP* 2012/2, n°142, p. 377 et s. ; E. AUBIN, *op. cit.*, 201.

³⁷ En ce sens : CE, 22 juin 2011, *Roche Gambini*, req. n°336757.

d'admission, il ne saurait s'agir d'une possibilité qu'il serait possible de déduire selon un raisonnement *a contrario*. En effet, le juge tient ici un raisonnement *a fortiori* : par principe, le membre du jury ne pouvait participer aux opérations du concours ; *a fortiori*, il ne pouvait participer aux épreuves d'oral. Dans ce cadre, le risque de « localisme » serait plus important.

Cette opposition de principe semble du reste parfaitement conforme au droit positif. En effet, le Conseil d'État a pu consacrer le principe d'unicité du jury du concours comme étant le corollaire du principe d'égalité entre les candidats³⁸. Selon Y. AGUILA, ce principe « (...) implique que le jury doit être au complet, tout au long des épreuves et jusqu'à la délibération finale »³⁹. Il revêt une force particulière : non seulement la présence de tous les membres du jury est obligatoire tout au long des épreuves⁴⁰, mais en plus, il doit exprimer son opinion⁴¹.

En définitive, en matière de concours, le raisonnement est manichéen : soit un membre du jury est définitivement empêché de siéger en raison de son impartialité ; soit, il n'y a aucun risque d'impartialité ; dans ce cas, il doit participer à l'ensemble des épreuves.

En raison de l'impartialité retenue par les juges de la rue Félix Guyon, sont annulées la délibération du jury du concours interne de sergent du 21 août 2017 et l'arrêté du 23 août 2017 établissant la liste d'aptitude pour l'accès au grade de sergent. En pratique, quelles sont les conséquences ? Tout risque d'impartialité est-il définitivement écarté ? En creux, est-il tué dans l'œuf tout risque de préférence locale ? Rien n'est moins sûr.

II. Pour une tête coupée, deux autres repousseront ?

Pour les requérants, la « victoire » semble totale. La délibération du jury du 21 août 2017 fixant la liste des candidats admis au concours interne de sergent organisé par le service départemental d'incendie et de secours de La Réunion au titre de l'année 2016 et l'arrêté du 23 août 2017 par lequel la présidence du conseil d'administration du SDIS a établi, au titre de l'année 2016, la liste d'aptitude pour l'accès au grade de sergent de sapeurs-pompiers sont annulées par le juge administratif.

En pratique, quelles sont les conséquences attachées à ces annulations ? Du reste, l'ombre-porté de la préférence locale est-elle définitivement écartée ?

³⁸ CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ Schmitt et dame Delmares*, Rec. 1968, p. 223.

³⁹ Y. AGUILA, *op cit.*

⁴⁰ CE, 17 juin 1927, *Bouvet*, Rec. 1927, p. 676.

⁴¹ CE, 28 juillet 1908, *Mathieu*.

À bien des égards, cette décision prend l'allure d'un *coup d'épée dans l'eau* à l'encontre de la préférence locale. En effet, il semble douteux que tout risque de préférence locale soit définitivement écarté : le Tribunal Administratif paraît en l'espèce être un gardien limité de la tradition républicaine (A). Colosse au pied d'argile, la juridiction administrative pourra-t-elle toujours lutter contre le localisme ? (B).

A. Des conséquences immédiates limitées

Quelles sont les conséquences immédiates de l'annulation des opérations du concours ? En d'autres termes, quelles sont les conséquences de l'annulation sur le concours interne ?

En l'espèce, le juge n'apporte aucune information. En théorie donc l'annulation de la délibération et de l'arrêté doit conduire à un retour *au statu quo ante*. En d'autres termes, le concours interne serait annulé. Et pour cause, ce n'est pas tant l'arrêté de nomination des membres du jury qui est contesté, mais bien la décision finale au concours : la liste d'aptitude. Si les actes d'opération d'un concours forment une opération complexe⁴², il semble ici que le juge ait fait application de la théorie de l'absence d'indivisibilité des actes⁴³ ainsi que la théorie de l'exception d'illégalité puisqu'en principe, la liste d'aptitude n'est pas un acte susceptible de recours direct en annulation⁴⁴. Par la théorie de l'exception d'illégalité, toutefois, il demeure possible de contester la composition irrégulière du jury⁴⁵. L'on peut, à cet égard, regretter que le défendeur ne se soit pas pleinement approprié l'ensemble de ces questions en soutien de sa demande de rejet.

Quoiqu'il en soit, l'annulation contentieuse des actes semble emporter l'annulation du concours et soulève des conséquences notables à plus d'un titre : *quid*, en premier lieu des lauréats inscrit sur la liste d'aptitude ?

L'application du strict principe de légalité devrait conduire à rendre caduque la nomination des lauréats. Or, une telle position serait de nature à porter atteinte à la théorie des droits acquis, mais également au principe de sécurité juridique. Cette conception stricte a pu effectivement être mise en œuvre. La censure des opérations du concours obligeait l'administration à déclarer la caducité des nominations⁴⁶, quand bien même, ces nominations seraient devenues définitives.

⁴² Voir en ce sens : R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, §781.

⁴³ CE, 20 juin 1990, *De Carvalho*, req. n°100888.

⁴⁴ CE, 25 mai 1979, *Toledano-Abitbol*, req. n°04056 et 04286.

⁴⁵ CE, 13 octobre 1982, *Moulin*, req. n°28007.

⁴⁶ CE, 21 novembre 1962, *Pelbois*, *Rec.* 1962, p. 624.

La jurisprudence sur ce point a pu évoluer⁴⁷. Ainsi, lorsque la décision de nomination est devenue définitive, les lauréats conservent le bénéfice du concours. En l'espèce, si la nomination des candidats inscrits sur la liste d'aptitude est devenue définitive, conformément aux dispositions du Titre IV du Code des relations entre le public et l'administration ; ceux-là préservent le bénéfice de la nomination. En d'autres termes, l'annulation n'aura *a priori* aucune conséquence pour eux. A défaut, seule une loi de validation devra « sécuriser » leur nomination.

Quid, en second lieu, du sort des requérants, évincés du concours ? Dans cette optique, le Tribunal Administratif n'apporte aucun éclairage. Si l'impact du membre du jury jugé impartial aura été significatif – sans autres études statistiques du concours et sans préjuger de l'absence d'éthique du jury, ni surtout de la qualité des candidats locaux, il est notable que sur 51 candidats inscrits sur la liste d'aptitude, seuls 3 candidats non-locaux ont été *in fine* retenus –, il ne pèse sur l'Administration aucune obligation d'organiser un nouveau concours⁴⁸. En d'autres termes, l'annulation n'emporte, en définitive aucun bénéfice à l'endroit des requérants ; sinon, celui de la préservation de la légalité.

D'autres conséquences auraient d'ailleurs pu être imaginées par les requérants. En soutien du recours pour excès de pouvoir, les requérants auraient pu lier un contentieux indemnitaire sur le fondement de la perte de chance. En effet, eu égard à l'impartialité du membre du jury, les candidats évincés auraient pu y voir une perte de chance de réussir le concours. La notion de perte de chance en matière de fonction publique a pu être consacrée par le Conseil d'État, dans un arrêt du 3 août 1928⁴⁹. Le candidat subissant un préjudice spécial et anormal pourrait engager la responsabilité sans faute de l'Administration⁵⁰.

De même, le grief tiré d'une éventuelle discrimination aurait pu être examiné par le juge. En effet, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires interdit toutes discriminations directes – lorsque la différence de traitement se fonde sur des critères expressément prohibés – et indirectes – lorsqu'une pratique apparemment neutre, est susceptible d'impliquer une distinction illégitime entre les candidats. Toutefois, la preuve de la discrimination tend à relever, à de rares exceptions près⁵¹, de la *probatio diabolica*, la preuve difficile, voire impossible à fournir.

⁴⁷ CE, Sect., 10 octobre 1997, *Lugan*, req. n°170341 ; CE, 10 janvier 2007, *Grass et a.*, req. n°297864.

⁴⁸ CE, 13 mars 2002, *Benadhira*, req. n°2333157.

⁴⁹ CE, Sect., 3 août 1928, *Bacon c/ Gouverneur général de l'Indochine*, Rec. 1928, p. 1035.

⁵⁰ CAA Marseille, 23 novembre 1999, *Min. de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, req. n° 97MA00827 ; CE, 6 novembre 2000, *Gregory*, req. n°189398. Voir en ce sens : P. MOUKOKO, « La responsabilité de l'État du fait de la violation du principe d'égalité d'accès aux emplois publics », *AJFP* 2009, p. 10 et s.

⁵¹ Pour exemple : CE, 10 avril 2009, req. n°31188.

Lié par les écritures des parties⁵², le Tribunal Administratif n'aura pas eu l'occasion de se prononcer sur l'existence ou non d'une véritable discrimination révélant au sein du jury une pratique de préférence locale. Le pouvait-il seulement ? En définitive, la préférence locale serait-elle impunie ?

B. Des conséquences médiates limitées

Cette décision, si elle permet de rappeler l'attention, toute particulière, du juge administratif à l'égard de la préférence locale, ne saurait décourager certaines pratiques « localistes ». Et pour cause, ce même SDIS, toujours sur fond de localisme, a pu déjà être condamnée par le Tribunal Administratif de La Réunion⁵³.

Car, d'emblée, il convient de l'affirmer : le localisme n'est pas la préférence locale. Le localisme s'entend d'une pratique, d'une manœuvre visant, sous couvert d'objectivité et du respect formel du principe d'égalité de favoriser un candidat local au détriment d'un candidat non-local. En d'autres termes, le localisme s'habille, pour mieux se développer, des apparets de la légalité. Il profite et se développe, en raison de la marge de manœuvre dont bénéficie l'Administration ou toute autre entité, d'un contrôle juridictionnel à faible intensité. En ce sens, le localisme se développe dans le non-droit⁵⁴. Par exception, il est révélé par le juge. Lorsqu'il l'est, le juge ne peut s'en saisir que de manière indirecte. Tel est le cas en l'espèce.

Le localisme est, en ce sens, particulièrement stigmatisé dans le recrutement des enseignants-chercheurs. Sous couvert, du respect apparent des règles formelles, d'aucuns notent une pratique des universités à recruter « leur » candidat⁵⁵. Or, une telle pratique s'inscrit, selon nous, moins en rupture avec le principe d'égalité de traitement des candidats que celui de transparence. En effet, nombres de justifications pourraient légitimer le recrutement préférentiel des candidats locaux. Faut-il, alors, que les critères de distinctions soient parfaitement connus de tous les candidats ; qu'ils soient conscients de se lancer dans une « course à handicap » dès le départ.

⁵² C. MEURANT, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 2019.

⁵³ TA Saint-Denis, 26 octobre 2017, req. n°1600732.

⁵⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001.

⁵⁵ O. GODECHOT et A. LOUVET, « Le localisme dans le monde académique : un essai d'évaluation », *La vie des idées*, Avril 2008 ; O. BEAUD, « La réforme du recrutement ou l'aggravation des tares du système français », *Cités* 2012/2, p. 126 et s. ; F. LICHERE, « De la méritocratie à la médiocratie », *AJDA* 2012, p. 1873 et s. ; B. BERNELA et O. BOUBA-OLGA, « Le recrutement des universitaires français : de la question du localisme à celle de l'inertie spatiale », 2013, disponible en ligne ; A. LEGRAND, « Le recrutement local des universitaires », *AJFP* 2013, p. 67 et s. ; C. FORTIER, « Le recrutement des universitaires en France ou le mouvement perpétuel », *Ius Publicum*, 2016.

En l'espèce, rien ne saurait préjuger d'une pratique localiste au sein du concours. Pourtant, l'Administration ne pouvait ignorer les prises de positions publiques du membre du jury, ni ignorer quels impacts psychologiques positifs et négatifs que la présence du membre du jury pourrait avoir sur les candidats. L'observateur le plus candide ou le plus complotiste s'étonnera, même, de la période d'admission, où le prix des billets d'avions s'envole. Dans la presse locale, les requérants ont, ainsi, pu rappeler l'ensemble des dépenses afin de pouvoir participer au concours⁵⁶.

La préférence locale, tout au contraire, est un droit ; plus encore, il est *dans* le droit. En ce sens, il s'insère explicitement dans l'ordre juridique. De fait, l'ordre juridique peut le contenir au regard du principe de légalité et de la hiérarchie des normes. Ainsi, posée explicitement comme une dérogation, pour la Nouvelle-Calédonie – au titre des accords de Nouméa de 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999 – et pour la Polynésie française – au titre de l'article 74 de la Constitution et de la loi organique du 27 février 2004 –, la préférence locale fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du Conseil constitutionnel⁵⁷, allant jusqu'à élaborer un contrôle analogue au *strict scrutiny* de la discrimination positive⁵⁸.

D'aucuns affirmeront, alors, que pour mettre en œuvre la préférence locale pour l'accès à l'emploi, il suffirait d'évoluer statutairement en COM-DA. En effet, conformément à l'article 74 de la Constitution de 1958, ces collectivités d'outre-mer dotées de l'autonomie peuvent prendre des mesures justifiées par les nécessités locales en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi. Le recours à l'article 72-4 de la Constitution, autorisant l'évolution statutaire, permettrait aux outre-mer de mettre en œuvre la préférence locale pour l'accès à l'emploi.

En d'autres termes, l'ordre juridique français résout statutairement la question de la préférence locale pour l'accès à l'emploi. La préférence locale est conçue comme un « *packaging* constitutionnel ». Pour en bénéficier, il faut être une collectivité autonome. Or, la préférence locale ne devrait pas se résumer à une simple question statutaire. Du reste, c'est toute la question outre-mer qui ne saurait être résolue par la seule question statutaire.

Comme en Nouvelle-Calédonie, comme en Polynésie française, l'outre-mer français repose sur des contraintes similaires : éloignement, insularité, climat, chômage. L'ensemble des outre-mer souffre d'un manque de représentativité au

⁵⁶ C. de COMARMOND, « Concours au SDIS : des pompiers crient à la discrimination et demandent l'annulation des résultats », *Clicanoo* 21 octobre 2017, disponible en ligne.

⁵⁷ CC, 15 mars 1999, n°99-410 DC.

⁵⁸ G. CALVES, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, LGDJ, 1998.

sein des administrations locales, au moins s'agissant des cadres⁵⁹. L'ensemble des outre-mer semble stigmatiser une administration « accaparée ». La préférence locale serait alors l'un des moyens – elle ne saurait être la seule ou l'unique – visant à contenir ce phénomène qui crispe la vie locale.

En d'autres termes, n'est-il pas temps d'affirmer que, par-delà ses diversités, l'outre-mer français est en proie aux mêmes difficultés ? Or, les mêmes problèmes n'appellent-ils pas les mêmes solutions ? A ces questions, seuls le législateur et le constituant pourront y apporter une réponse. Jusqu'alors, il reviendra au Tribunal Administratif et plus largement à la juridiction administrative de « traquer » toutes formes de localisme.

À titre informatif, nous ne saurions que rappeler, au membre du jury « stigmatisé », à ses obligations de réserve et de neutralité ; quand bien même serait-il amené à promouvoir la préférence locale dans une action syndicale. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu, dans un arrêt du 9 septembre 2016⁶⁰, affirmer qu'un syndicat, en l'espèce corse, qui promeut la préférence locale poursuivait manifestement un but politique, qui excède les objectifs des organisations syndicales et apparaissait comme un outil pour diffuser la doctrine de certains courants politiques ; que le syndicat agit comme une organisation régionaliste défendant des intérêts régionalistes. Dès lors, le syndicat poursuit, dans son action, un objet illicite, contraire aux valeurs républicaines.

Or, si le combat semble légitime, faut-il, toutefois ne pas se tromper d'arènes, ni de méthodes afin de ne pas exacerber les crispations autour de l'illustre controversée « préférence locale » ; surtout, à l'heure où les avantages de la fonction publique d'outre-mer sont de plus en plus stigmatisés.

⁵⁹ J.-M. BÉDIER, *La place des Ultramarins dans la fonction publique de l'Etat outre-mer*, Rapport de mission, avril 2012 ; P. LEBRETON, *La régionalisation de l'emploi*, Rapport élaboré à la demande du Premier ministre, Décembre 2013.

⁶⁰ C. Cass., Ch. Soc., 9 septembre 2016, n°16-20605. Voir également : C. Cass., Ch. Soc., 12 décembre 2016, n° 16-25793.