

10. Droit administratif

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

Rubrique dirigée par **Grégory KALFLECHE**, Professeur à l'Université de La Réunion

Table raisonnée des arrêts et jugements

Les arrêts qui suivent sont classés selon leurs matières principales.

Ils proviennent du Conseil d'État, de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, compétente en appel des jugements des Tribunaux administratifs de Saint-Denis et Mamoudzou, ainsi que de ces deux tribunaux.

- 10.1 - Collectivités territoriales
- 10.2 - Contentieux administratif
- 10.3 - Contrats et Commande publique
- 10.4 - Diplômes et formations
- 10.5 - Domaine public
- 10.6 - Droit de l'environnement
- 10.7 - Fonction publique et droit du travail
- 10.8 - Droit public économique
- 10.9 - Responsabilité
- 10.10 – Urbanisme
- 10.11 – Fiscalité

10.2 - Contentieux administratif

Communication de documents administratifs - loi 78-753 du 17 juillet 1978 - qualité d'intéressé - droit à un procès équitable - convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - procédure contradictoire et accès aux pièces produites en cours d'instance - inapplicabilité aux litiges dont l'objet est la communication de documents - contrôle de la dénaturation

Conseil d'Etat, 10 février 2010, Sté Chevron Réunion Limited, n°299517

Grégory KALFLECHE, Agrégé de droit public, Professeur à l'Université de La Réunion

La société Caltex Oil Limited est l'une des principales marques de stations-services de La Réunion avec 32 lieux de vente. Propriété de la Société américaine Chevron, elle s'appelle aujourd'hui Chevron Réunion Limited. La marque Chevron est bien moins connue de la population réunionnaise, mais elle a fait partie, avec bien d'autres, des sociétés impliquées dans la décision du conseil de la concurrence du 4 décembre 2008 *Entente sur l'approvisionnement en kérosène d'Air France à La Réunion*¹ par laquelle le Conseil avait sanctionné quatre compagnies pétrolières à hauteur de 41 millions d'euros pour avoir faussé la concurrence lors

¹ Décision n° 08-D-30 du 4 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés des Pétroles Shell, Esso SAF, Chevron Global Aviation, Total Outre Mer et Total Réunion, cf. L. Gard, « Air France victime d'une collusion dans es approvisionnements en carburant à La Réunion », Revue de droit des transports, 2009 p. 35-36

d'un appel d'offres organisé par Air France pour la fourniture de carburant sur l'escale de La Réunion. L'augmentation du coût du kérosène avait été de 30% sur la période 2002-2003 et la sanction du groupe Chevron de 10 millions d'euros. Le groupe Chevron serait d'ailleurs en train de vendre les stations Caltex de La Réunion à la société sud-africaine Engen Petroleum.

En l'espèce la société Chevron Réunion Limited se pourvoit en cassation après deux arrêts lui étant consécutivement défavorable, l'un du tribunal administratif de Saint-Denis du 18 juin 2003 et l'autre du 10 octobre 2006 de la Cour administrative d'appel de Bordeaux. Les deux décisions avaient en effet refusé d'annuler le refus du préfet de La Réunion en date du 6 septembre 2002 de lui communiquer une correspondance qui lui avait été adressée par la S.R.P.P. (Société Réglementation des Produits Pétroliers) en date du 20 janvier 1999 et le tableau des quantités stockées annexé à cette correspondance. L'intérêt pour la Société Chevron était de déterminer la rémunération perçue par la S.R.P.P. pour le stockage du pétrole. La Société Chevron demande l'annulation de l'ensemble de ces décisions et assortit cette demande d'une injonction au préfet de communiquer le document en cause. Cet arrêt du Conseil d'État en date du 10 février 2010 est intéressant à un double titre au regard de l'appréciation de la loi 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*.

D'abord, la société requérante invoquait un argument de procédure conduisant à résoudre l'affaire au fond. Elle estimait, en se fondant sur les stipulations de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme que l'on retrouve aux visas de l'arrêt, que le caractère contradictoire de la procédure impliquait que chaque partie reçoive communication de toutes les pièces produites au cours de l'instance, y compris la correspondance au cœur du litige. La stratégie était un peu grossière puisque l'application des principes procéduraux en serait venue à nier l'objet même de la loi. Effectuant de fait un contrôle de conventionnalité, le Conseil d'État avait déjà donné à ce type de moyen une réponse par un arrêt de section en date du 23 décembre 1988 *Banque de France*¹. Cette solution avait depuis déjà été suivie une trentaine de fois, sans référence à la CEDH ou avec, et l'arrêt présenté en reprend la formule : si le principe du contradictoire impose l'échange de pièces « cette exigence est nécessairement exclue s'agissant des documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige ». Il en ressort que le moyen ne saurait faire aboutir la requête.

Ensuite, un second considérant porte sur l'obligation de communication des documents administratifs elle-même. L'arrêt est sur ce point à la fois très et très peu pédagogique. Il l'est sur le fond du droit, il ne l'est pas du tout sur l'appréciation des faits. Sur le fond du droit, l'arrêt reprend le texte de la loi de 1978, et notamment de ses articles 2 et 6.

La première limite que reprend le Conseil d'État est celle qui avait fondé la solution de la Cour administrative d'appel², à savoir que le refus de communiquer est justifié par le fait que la communication porterait atteinte au secret en matière industrielle et commerciale. Il est vrai que cette lettre donne un élément de constitution du prix de l'essence et, éventuellement, démontrerait que certaines considérations améliorent la rentabilité de concurrents de Caltex. Reste néanmoins que l'impact sur le prix est nul, puisque les prix de l'essence sont réglementés par le Préfet dans notre département. Il ne s'agit donc pas de secret conduisant à prendre des parts de marchés, mais bien de secrets permettant d'améliorer la rentabilité des entreprises. Sur ce point, l'atteinte à un secret industriel ne paraît pas si évidente, même s'il peut être soutenu. Reste que le Conseil d'État refuse de remettre en cause cette qualification : il ne voit pas là un moyen de casser l'arrêt puisqu'il s'agit d'une appréciation des faits dont la qualification revient

¹ CE Sect. 23 déc. 1988, *Banque de France*, req. n° 95310

² CAA Bordeaux, 6 avril 2010, *Caltex Oil Réunion Limited (CORL)*, req n° 03BX02030

souverainement aux juges du fond. N'estimant pas qu'il y aurait là une erreur de la part qui pourrait être qualifiée de dénaturation des faits, il estime qu'il ne lui revient pas de remettre en cause cette qualification. La critique de fond ne peut en effet être accueillie en cassation et le Conseil le rappelle avec délicatesse.

La seconde limite à la communication du document est nouvelle et n'avait pas été avancée par la CAA. Le Conseil d'État estime en effet que la société requérante n'a pas « la qualité d'intéressé au sens du II précité de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 ». Il faut bien reconnaître que le texte de la loi est spécialement réduit, et que la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) en a toujours fait une appréciation relativement stricte. Au terme de l'article 6, il s'agit essentiellement de personnes physiques puisque seul le cas de documents « dont la communication porterait atteinte (...) au secret en matière commerciale et industrielle » semble pouvoir s'appliquer à des entreprises. Ces personnes sont alors intéressées si la loi le prévoit (comme c'est le cas de l'article R 1111-1 du code de la santé publique), ce qui n'est pas le cas ici, lorsque le document est intervenu en considération de la personne, et lorsqu'elle est la personne dont le comportement est décrit par le document et dont la divulgation pourrait lui porter préjudice. Même si le contenu de la lettre est peu clair dans l'arrêt. On voit mal, en effet, comment l'entreprise requérante n'a pas eu accès à un document qui semble être une lettre qui lui était adressée. L'analyse rapide pourrait laisser penser que la société requérante est nécessairement « intéressée » puisque, justement, elle était destinataire de la lettre. C'est pour cette raison que les juges du fond n'ont pas abordé cette question. Mais le caractère d'intéressé doit effectivement être analysé au regard de la loi, et en ce sens, la Société Caltex n'est pas intéressée.

La solution de cet arrêt est donc intéressante en ce qu'elle rappelle aux juges du fond (et aux avocats des parties) que le champ d'application de la loi de 1978 est au fond très réduit. Belle avancée dans les relations entre les administrés et les administrations, elle est essentiellement fondée sur une défense des libertés individuelles des citoyens. En aucun cas elle ne met en place un véritable principe d'accès aux documents administratifs. Le développement du principe de transparence de l'action administrative (en marchés publics et ailleurs) devrait peut-être conduire à renforcer cette loi pour la rendre un peu plus actuelle et lui redonner sa réputation d'innovation démocratique.

10.3 - Contrats et Commande publique

Référé contractuel - Marchés publics - Procédure adaptée - absence de lésion - rejet de l'offre - information des candidats - principes fondamentaux de la commande publique – SMIRGEOMES - rejet.

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, ord., 22 juin 2010, req. n° 1000560, Société OC.I.I. c/ Commune de Sainte-Marie

Laurent BENOITON, Docteur en droit, chargé d'enseignements à l'Université de La Réunion

Devancé par le tribunal administratif de Lyon¹, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a rendu, le 22 juin 2010, l'une des premières ordonnances de « référé contractuel ». Nouvelle procédure issue de l'ordonnance n° 2009-515 du

¹ TA Lyon, ord., 26 mars 2010, *Société Chenil Service*, req. n° 1001296, *AJDA* 2010, p. 1423, note M. DREIFUSS ; *Contrats et marchés publics* juin 2010, comm. 205, note G. ECKERT ; *JCP A* 5 juillet 2010, n° 27, 2216, note F. LINDITCH.

7 mai 2009¹, qui **transpose la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007**, dite directive "recours", afin d'accroître l'efficacité des procédures de recours et de lutter contre la passation des marchés de gré à gré illégaux, le référé contractuel permet au juge d'intervenir postérieurement à la signature du contrat².

En l'espèce, par un avis d'appel public à la concurrence, la Commune de Sainte-Marie a lancé une consultation pour l'acquisition d'un progiciel de gestion des inscriptions scolaires ainsi que de facturation et d'encaissement pour la régie scolaire de la Commune. La procédure de passation du marché était la procédure adaptée, en application de l'article 28 du code des marchés publics. Trois offres ont été déposées dans les délais. La Commission *ad hoc* de gestion de la commande publique de la Commune a alors procédé à l'ouverture des plis reçus, noté les éléments des offres, sollicité des services municipaux une analyse détaillée des trois propositions et, *ultimo*, demandé qu'ait lieu une présentation des différents logiciels par les candidats avant le choix du titulaire par la Commission. La société OCII a ainsi été amenée, comme les deux autres candidats, à présenter son offre et à répondre aux diverses questions des élus et du personnel municipal. La Commission de gestion de la commande publique s'est ensuite réunie le 25 mars 2010 et, après avoir pris connaissance du rapport d'analyse des offres, a décidé de retenir l'entreprise ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et de rejeter celle de la société requérante en l'en informant par courrier. La société OCII a par la suite demandé la communication des motifs du rejet de son offre, demande à laquelle la Commune de Sainte-Marie a fait droit. Elle a ensuite saisi le juge des référés du Tribunal administratif d'une requête en référé contractuel en demandant au juge de suspendre l'exécution du marché, d'ordonner à la Commune de lui communiquer les documents et pièces de la procédure en vue de développer son recours et, enfin, d'annuler le marché litigieux.

L'ordonnance commentée prononce le rejet de la requête de la société OCII. Le juge du référé contractuel a d'abord pris soin de rappeler utilement que, dans le cadre de son office, d'une part, il n'entre pas dans ses attributions d'ordonner la communication des documents et pièces de la procédure de passation d'un marché, et d'autre part, il ne peut pas prononcer la suspension de l'exécution d'un marché signé, un tel pouvoir n'appartenant qu'au juge du référé-suspension. Il s'est ensuite prononcé sur deux moyens qui retiennent traditionnellement l'attention du juge administratif et de la doctrine, à savoir les obligations en matière d'information des candidats évincés et la précision des critères de sélection des offres. L'ordonnance commentée renseigne particulièrement ses lecteurs sur la recevabilité des moyens invoqués à l'occasion d'un référé contractuel. Dans les faits, le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a rigoureusement rejeté les moyens tenant à la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière d'information des candidats évincés et à l'insuffisante précision de l'un des critères de sélection des offres.

Ce faisant, il a rappelé l'application de l'article 1^{er} du code des marchés publics aux marchés passés selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du même code (I) et a fait application de la jurisprudence *SMIRGEOMES* au référé contractuel (II).

I. – L'application de l'article 1^{er} du code des marchés publics aux marchés passés selon la procédure adaptée

¹ *JORF* 8 mai 2009, n° 107, p. 7796.

² Articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

Soulevant le moyen tiré de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière d'information des candidats évincés, la société requérante soutenait que ni la lettre de notification du rejet de sa candidature, ni le courrier en réponse de la demande d'explication, ne permettent de comprendre les motifs de rejet de l'offre, alors que, de surcroît, la Commune aurait entendu, dans ces courriers, se soumettre à l'article 83 du code des marchés publics, bien que le marché ait été passé selon les règles de la procédure adaptée.

Les marchés passés selon la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics sont également soumis aux dispositions de l'article 1^{er} de ce code¹. Ainsi le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, exige que le pouvoir adjudicateur prenne les mesures appropriées pour aviser les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur(s) offre(s), « *en indiquant, avec une précision suffisante pour qu'ils soient à même de présenter utilement leur argumentation devant le juge des référés, les motifs de ce rejet* ». Le juge des référés a estimé, en l'espèce, que le pouvoir adjudicateur avait, par deux courriers, informé la société OCII que son offre avait été écartée au motif que le prix qu'elle proposait était plus élevé que celui de la société attributaire du marché et que, s'agissant du critère de la valeur technique, cette dernière remplissait les conditions énoncées dans le cahier des clauses techniques particulières. La société requérante avait donc reçu une information suffisante, ce qui lui a permis de contester utilement la décision de rejet de son offre. Il est vrai que le juge estime suffisante, dans une affaire dont les faits ne sont pas éloignés de ceux de la présente espèce, l'information donnée dans la lettre de rejet de l'offre sur le nom de l'entreprise attributaire du marché et sur le fait que l'entreprise dont l'offre a été rejetée, qui avait obtenu la même note que la société attributaire sur le critère de la valeur technique, s'était distinguée de sa concurrente sur le critère du prix².

Le juge des référés a également considéré qu'« *aucune pièce du dossier n'indique, par ailleurs, que la Commune de Sainte-Marie aurait entendu se soumettre volontairement aux exigences des articles 80 et 83 du code des marchés publics, qui ne sont applicables qu'aux seules procédures formalisées* ». Il confirme en cela la jurisprudence récente du juge administratif rendue en la matière. En effet, le juge administratif a expressément reconnu que ni l'article 80, qui prévoit la notification aux candidats malheureux du rejet de leur candidature ou de leur offre ainsi que des motifs de ce rejet, ni l'article 83, qui exige la communication des motifs du rejet de l'offre aux candidats qui en font la demande écrite, ne s'appliquent aux MAPA³.

Le moyen tiré de la méconnaissance par la Commune de ses obligations en matière d'information des candidats évincés était donc inopérant. Si l'article 1^{er} du code des marchés publics est pleinement applicable aux marchés passés selon la procédure adaptée, l'information donnée à la requérante était suffisante en l'espèce. L'autre manquement allégué était quant à lui bien réel, mais n'a néanmoins pas lésé la société requérante au sens de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, dont le juge des référés a fait application.

¹ L'article énonce que : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

² Conseil d'Etat, 6 mars 2009, *Syndicat mixte Région Auray Belz Quiberon*, req. n° 321217.

³ Voir respectivement, pour l'article 83 et l'article 80, les deux jurisprudences suivantes : TA Toulouse, ord. 16 juillet 2009, *Association Garonne Animation*, req. n° 09-03201 ; TA Lyon, ord., 26 mars 2010, *Société Chenil Service*, références préc. (« *l'article 80 n'est pas applicable aux marchés passés, comme en l'espèce, selon une procédure adaptée* »).

II. – L'application de la jurisprudence *SMIRGEOMES* au référé contractuel

La jurisprudence *SMIRGEOMES* du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008¹ a révolutionné le contentieux du référé précontractuel. Selon elle, « *il appartient (...) au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Ainsi, le juge considère comme inopérants les moyens soulevés par une entreprise qui ne démontre pas en quoi les manquements allégués ont pu la léser, c'est-à-dire n'explicite pas avec précision l'impact des irrégularités sur ses chances d'emporter le marché².

Préconisée par la doctrine³, l'application de cette jurisprudence à la nouvelle procédure de référé contractuel semble découler de la lettre même de l'article L. 551-14 du code de justice administrative⁴, qui reprend les termes de l'article L. 551-10 dudit code relatif au référé précontractuel. Il apparaît, dès lors, que la jurisprudence *SMIRGEOMES* et ses suites s'appliquent au référé contractuel. L'ordonnance ici commentée confirme bien que les requérants devront justifier du même intérêt lésé que pour l'exercice du référé précontractuel.

C'est en examinant le moyen tiré de l'insuffisante précision de l'un des critères de sélection des offres, plus précisément du critère de la valeur technique, que le juge des référés l'a énoncé. La société OCII alléguait que, aux termes de l'arrêt *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*⁵, les principes fondamentaux de la commande publique imposent au pouvoir adjudicateur d'énoncer les critères sur lesquels il entend fonder sa décision et de quelle façon lesdits critères vont jouer, alors qu'en l'espèce, selon elle, le critère de la valeur technique ne signifiait rien par lui-même et laissait une marge d'appréciation arbitraire au pouvoir adjudicateur. Il ressort des éléments du dossier que, s'agissant du critère de la valeur technique, pondéré à 35 % dans l'appréciation de la valeur des offres, le règlement de la consultation se bornait à préciser que ce critère serait apprécié par rapport au cahier des clauses techniques particulières du marché. Il en résultait une insuffisance de précision du critère, le cahier des clauses techniques particulières ne pouvant au demeurant « *être regardé comme contenant, ni même comme explicitant les critères d'évaluation des offres* ». Toutefois, si manquement il y a eu, il n'en demeure pas moins que, en vertu de la jurisprudence *SMIRGEOMES*, il incombe au juge « *de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Or, en l'espèce, la société requérante a déposé une offre comportant un mémoire technique de 19 pages, qui détaille les caractéristiques techniques du progiciel qu'elle proposait. De plus, elle a pu présenter les éléments essentiels de son offre aux membres de la commission *ad hoc* chargée

¹ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGÉOMES*, *RFDA* 2008, p. 1128, ccl. B. DACOSTA, et p. 1139, note P. DELVOLVÉ ; *Droit administratif* novembre 2008, p. 47, note B. BONNET et A. LALANNE ; *Contrats et marchés publics* novembre 2008, p. 31, note J.-P. PIETRI ; *JCP A* 17 novembre 2008, p. 27, note F. LINDITCH ; *RLCT* janvier 2009, p. 37, étude N. LAFAY.

² Conseil d'Etat, 16 novembre 2009, *Région Réunion*, req. n° 307620.

³ G. CLAMOUR, « L'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publics* 2009, comm. 177 ; S. BRACONNIER, P. DELELIS et A. PELLOUS, « Contentieux des contrats publics : quel référé choisir ? », *Contrats et marchés publics* août 2010, Pratique professionnelle 7.

⁴ Article L. 551-14 du CJA : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local* ».

⁵ CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, req. n° 333569, *Contrats et marchés publics* avril 2010, comm. 131, note W. ZIMMER ; *JCP A* 12 avril 2010, n° 15, 2132, note F. LINDITCH ; *Droit administratif* avril 2010, comm. 55.

de l'examen des offres. Dans la mesure où, à aucun stade de la procédure de passation, la société requérante n'a saisi le juge des référés précontractuels, ni même soulevé, à l'occasion de la présentation de son offre ou antérieurement, des objections ou demandé des éclaircissements touchant au caractère insuffisamment précis des éléments composant le critère de la valeur technique, la société OCII ne démontre pas, dans ces conditions, que le manquement en cause était susceptible de l'avoir lésée ou risquait de la léser. Du reste, il ressort du dossier que l'absence de lésion résultait également du fait que la société requérante avait obtenu la meilleure note sur le critère de la valeur technique (9 sur 10) et que c'est sur le critère du prix, pondéré à 65 %, que s'est faite la différence dans le choix de l'attributaire du marché.

Le second moyen invoqué par la société OCII à l'appui de ses allégations était, par conséquent, irrecevable.

Contrats et commande publique - marchés publics - communication des motifs détaillés de rejet de l'offre - rapport d'analyse des offres - informations confidentielles - atteinte à une concurrence loyale entre opérateur économique (non) - intérêt lésé (non).

Conseil d'État, 16 novembre 2009, sociétés Bagelec, Corem et Ragni c/ région Réunion, req. n° 307620

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

La construction de la route des Tamarins ne s'est pas faite sans déclencher de passions, notamment en matière de marchés publics. Dans un arrêt du 16 novembre 2009, le Conseil d'État admet que la région Réunion n'a commis aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en communiquant le rapport d'analyse des offres à un candidat évincé.

Il s'agissait d'une procédure d'appel d'offres ouvert ayant pour objet la réalisation d'ouvrages souterrains sur les sections 1 et 2 de la Route des Tamarins. Le groupement composé des sociétés Bagelec, Corem et Ragni, suite au rejet de son offre, a sollicité la communication des motifs détaillés de celui-ci en application de l'article 83 du Code des marchés publics¹ (dans sa version alors en vigueur). La région Réunion lui a notamment communiqué le rapport d'analyse des offres. Le groupement saisit donc le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion au motif que la divulgation d'informations confidentielles nuirait à une concurrence loyale. Le juge des référés du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion annule alors la décision de rejet de l'offre du groupement requérant, ainsi que, par voie de conséquence, la décision d'attribution à un autre groupement, enjoignant par ailleurs, à la région Réunion de mettre fin à la procédure en cours et d'en relancer une nouvelle.

Saisi en appel, le Conseil d'État annule l'ordonnance du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion et rejette la requête des requérants au motif que la communication du rapport d'analyse des offres « *étant intervenue après la sélection des offres, [elle] n'était plus susceptible de l'affecter et ne pouvait ainsi altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché.* »

¹ Article 83 du Code des marchés publics : « *Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre.* »

I. – La communication du rapport d'analyse des offres : une obligation mesurée

L'obligation d'information des candidats du rejet de leur offre et des motifs de celui-ci a été introduite, dans le droit des marchés publics par le Code de 2001. Elle permet de respecter le principe de transparence qui garantit notamment le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats.

Loin d'être spécifique au droit des marchés publics, cette obligation d'information est issue notamment de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public qui consacre le droit des tiers à la communication des documents administratifs. Conformément à ces dispositions, une jurisprudence constante depuis 1990 admet que l'ensemble des documents de nature contractuelle ainsi que leurs annexes relatifs à la conclusion d'un marché public est communicable¹.

Concernant le rapport d'analyse des offres en particulier, une fiche de conseils aux acheteurs réalisée conjointement par la Direction des Affaires juridiques (DAJ) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) en 2009², rappelle que celui-ci est communicable sous réserve de l'occultation des mentions couvertes par le secret industriel et commercial. En effet, l'article 6-II de la loi du 17 juillet 1978 dispose que : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : - dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; (...)* ». Par ailleurs, l'article 80-III CMP dispose que « *le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ; b) serait contraire à l'intérêt public ; c) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.* »

Les limites qui s'opposent à la communication totale du rapport d'analyse des offres tiennent au fait qu'il s'agit d'un document préparatoire établi généralement par les services de l'acheteur public détaillant les offres et les analyses et comprenant les notations et classements des candidats. Selon la CADA, trois catégories de données sont concernées par le secret industriel et commercial dont celle des stratégies commerciales qui vise les informations sur les prix et les pratiques commerciales³. Ainsi, l'offre de l'attributaire n'est pas communicable sauf si elle ne contient pas d'éléments couverts par le secret industriel et commercial ou si elle est entièrement comprise dans l'acte d'engagement. La CADA rappelle encore que « *les notes et classement des offres des entreprises non retenues ne sont communicables qu'à celle-ci (...). En revanche, les notes, classements et éventuelles appréciations de l'entreprise lauréate du marché sont librement communicables et, lorsque la demande émane d'une entreprise non retenue, celle-ci a bien sûr le droit de connaître ses notes et classements* »⁴. Ainsi, la CADA recommande régulièrement de ne pas transmettre le rapport d'analyse des offres sans avoir préalablement occulté les mentions confidentielles⁵, « *sous réserve des spécificités propres à chaque marché* »¹.

¹ CE, 11 juillet 1990, req. n° 84994 85264, Centre hospitalier général de Neufchâteau c/ Union syndicale des ambulanciers vosgiens.

² Fiche DAJ / CADA du 3 juillet 2009 « *La communication des documents administratifs en matière de marchés publics* ».

³ CADA, avis n° 20052295 du 9 juin 2005.

⁴ CADA, avis n° 20102105 du 3 juin 2010.

⁵ CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007 : « *De plus, doivent être occultés dans les documents préparatoires à la*

En l'espèce, le Conseil d'État se fonde sur l'article 80 du CMP et examine, non pas le contenu des informations divulguées, mais le moment de cette divulgation pour contrôler l'existence d'une atteinte à une concurrence loyale : « *la circonstance qu'elles auraient reçu, après la sélection des offres, communication d'informations confidentielles sur les concurrents, n'a pas été susceptible, eu égard notamment au stade de la procédure auquel est intervenu cette communication, de les léser* ». Le Conseil d'État ne se place pas sur le terrain du droit de la concurrence, mais bien sur celui des référés précontractuels dont la recevabilité est subordonnée à la démonstration par le requérant d'une violation d'une disposition du droit de la commande publique le lésant. Ceci ne témoigne pas d'une indifférence du Conseil d'État au respect de l'article 80-III du Code des marchés publics et au droit de la concurrence. Il considère seulement que les manquements allégués, « à les supposer établis » selon ses propres termes, ne peuvent justifier l'annulation du marché en raison de l'absence d'un intérêt lésé.

II. – La communication du rapport d'analyse des offres : un tempo modulé

Le Conseil d'État, dans cet arrêt, laisse toutefois planer une incertitude quant au moment de la transmission du rapport d'analyse des offres. L'article 2 de la loi de 1978 précise, à ce sujet, que ce droit à communication ne s'applique que pour des documents achevés et non pour des documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration.

Précisément saisie sur ce point, la CADA y répond dans un avis du 22 août 2002². Elle estime que les documents relatifs à la passation d'un marché présentent un caractère préparatoire, tant que le marché n'est pas signé par les parties contractantes. Elle en déduit que ces documents ne deviennent communicables qu'après l'achèvement des procédures de signature et non dès l'attribution du marché. Elle confirme cette solution dans un avis du 25 octobre 2007³ en rappelant que c'est la signature du contrat qui lui confère le caractère de document administratif et qui le rend donc communicable. Dans un arrêt du 20 octobre 2006⁴, le Conseil d'État avait logiquement suivi cette position en annulant un marché au motif que le pouvoir adjudicateur avait transmis un rapport d'analyse des offres contenant des éléments relatifs aux prix et délais d'exécution des candidats retenus à un candidat évincé alors que l'analyse des offres n'était pas terminée, et l'attributaire non encore choisi⁵ ! La communication fautive pouvait donc « nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques »⁶.

En l'espèce, la région Réunion n'a pas transmis le rapport d'analyse des offres avant l'attribution, mais elle l'a fait alors que la signature du marché elle-même n'avait pas encore eu lieu⁷. L'ombre de la jurisprudence SMIRGEOMES¹ plane sans aucun doute sur ce contretemps.

passation du marché (procès verbaux, rapports d'analyse des offres) les mentions relatives aux détails techniques et financiers » des offres des entreprises candidates.

¹ *A contrario*, CADA avis n° 20052295 du 9 juin 2005, où la CADA considère que le rapport d'analyse des offres est intégralement communicable au contraire du « *mémoire justificatif et technique* » comprenant des éléments couverts par le secret industriel et commercial.

² CADA, avis n° 20023233 du 22 août 2002.

³ CADA, avis n° 20074116 du 25 octobre 2007.

⁴ CE, 20 octobre 2006, req. n° 278601, Syndicat des eaux de Charente-Maritime.

⁵ Voir l'article de Frédérique OLIVIER, *Information irrégulière d'un candidat évincé*, Contrats et marchés publics, 2007, comm. 5.

⁶ Article 80 du Code des marchés publics.

⁷ La procédure de cette affaire étant un référé précontractuel, sans indication expresse de la part du juge dans son arrêt, nous

En effet, le groupement requérant ne prouvant pas en quoi le manquement allégué a pu le léser, le Conseil d'État considère que la procédure querellée ne saurait être annulée.

Si l'objectif de l'efficacité de la commande publique conduit aujourd'hui le juge des référés à éviter l'annulation d'une procédure sans la preuve d'un intérêt lésé, rien n'empêchera les entreprises requérantes de saisir l'Autorité de la concurrence d'une entorse au droit de la concurrence en temps utiles.

Contrats et commande publique - marchés publics - candidature - capacité technique et financière - capacité juridique - pouvoir d'engager le groupement - irrégularité substantielle - régularisation article 52 (non).

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4 mars 2010, société PICO Océan Indien c/ préfet de La Réunion, req. n° 08BX02575

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

Progressivement, le Code des marchés publics (CMP) entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006 subit des évolutions qui peuvent aller parfois au-delà de toute attente.

Tel est le cas de la modification apportée par le décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009² qui modifie l'article 52 du Code des marchés publics relatif à l'examen des candidatures. Cet article permet au pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, de demander à tous les candidats concernés de compléter leur candidature³. Toutefois, cette possibilité était limitée aux documents des opérateurs économiques concernant leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché. En effet, la capacité juridique des candidats a été reconnue par le juge comme une formalité substantielle impossible à régulariser⁴. Le décret de 2009 introduit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de procéder d'une manière identique pour les « candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature » afin de leur demander « de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions ».

Si l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux est rendu alors que la nouvelle version de l'article 52 du Code des marchés publics est en vigueur, c'est l'ancienne version de ce même article qui a conduit le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion à annuler le marché public de travaux pour la construction d'un ouvrage d'art franchissant la ravine Saint-Gilles pour un montant de 3.0.983,41 euros conclu le 31 janvier 2007 entre la société PICO Océan Indien et le département de La Réunion. La Cour administrative d'appel de Bordeaux ne pouvait alors que confirmer le jugement du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion.

pouvons en déduire que ce rapport d'analyse des offres a été transmis avant la signature du marché.

¹ CE, section du contentieux, 3 octobre 2008, req. n° 305420, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur de la Sarthe (SMIRGEOMES).

² JO 4 septembre 2009, p. 14659.

³ Cette faculté n'a été introduite dans le Code des marchés publics que dans sa version 2004.

⁴ CE, 28 avril 2006, n° 283942, *Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault* : « La faculté de rectification des omissions ouverte par l'article 52 en matière de candidature, ne s'applique pas aux éléments relatifs à la capacité juridique des candidats et doit être exercée avant l'admission des candidatures », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2006, comm. 166, *Frédérique OLIVIER*.

I. – Le rappel de l'examen sur pièces des dossiers de candidature

En l'espèce, la société PICO Océan Indien n'a pas produit, dans son dossier de candidature, le pouvoir habilitant le mandataire désigné du groupement à signer les marchés pour un montant suffisant, ainsi que le requièrent les articles 45-I et 51-4 du Code des marchés publics¹. Il s'avère, en effet, que le pouvoir fourni habilitait le mandataire à hauteur de 3.000.000 d'euros seulement, ce qui était insuffisant pour le marché en cause. La société invoque pourtant l'existence d'une délibération régulière, sans limitation de montant, adoptée antérieurement à la candidature de la société PICO Océan Indien.

Toutefois, le fait que la personne concernée soit habilitée est sans influence sur le fait que la pièce n'a pas été produite au dossier de candidature. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande, en effet, que tous soient jugés sur de manière égale, ce qui conduit le pouvoir adjudicateur à examiner les candidatures et les offres uniquement au regard des pièces fournies par les candidats avant la date limite de remise des offres. En contrepartie, le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer précisément dans l'avis d'appel public à concurrence, ou à défaut dans le règlement de la consultation, les documents à fournir par les candidats qui lui permettront notamment d'étudier leur capacité à exécuter le marché².

II. – L'impossible régularisation de la capacité juridique : une jurisprudence dans l'oubli ?

L'article 52 du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de régulariser leurs offres, mais la version antérieure au décret du 2 septembre 2009 susmentionné, ne visait pas expressément la possibilité de régulariser la capacité juridique.

En effet, la capacité juridique des candidats se matérialise notamment par l'absence de signature de certains documents comme le DC4 ou l'acte d'engagement qui matérialisent l'engagement contractuel³, mais également par la signature de ces documents par une personne

¹ Article 45 CMP : I.-Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. (...)

Article 51 CMP : IV. - Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. (...)

² Le Conseil d'État rappelle, dans son arrêt CE, 28 mars 2008, *Cité urbaine de Lyon*, req. n° 303779 (*Contrats et Marchés publics* n° 6, 2008, *comm.* 125 note J.-P. Piétri ; *AJDA* 2008, p. 674 ; *RJEP* 2008, *comm.* 40, note D. Moreau ; *BJCP* n° 59-2008, p. 299), l'obligation qui impose à l'acheteur public d'indiquer dans l'avis d'appel public à concurrence, ou à défaut dans le règlement de la consultation, les documents sur lesquels ils s'appuiera pour examiner les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats, qu'il doit contrôler.

³ « En revanche, l'absence de signature de la personne pouvant engager un candidat à se présenter à un appel d'offres est substantielle et doit conduire la commission d'appel d'offres à écarter la candidature (cf. CE, 13 nov. 2002, n° 245354, *Cne Mans* et CE, 13 nov. 2002, n° 245355, *Communauté urbaine du Mans*, concl. D. Piveteau) » : Conclusions du Commissaire du Gouvernement Didier Casas sur CE, 28 avril 2006 (voir supra note 3) : *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2006, *comm.* 206.

non habilitée¹, ou encore par une personne habilitée mais qui ne produit pas le document l'habilitant expressément à engager son entreprise ou le groupement constitué pour soumissionner (dans le cas de l'espèce). C'est ainsi que, suivant les conclusions du Commissaire du Gouvernement Didier Casas, le Conseil d'État a jugé dans son arrêt du 28 avril 2006 que la capacité juridique constituait une formalité substantielle et était donc insusceptible de régularisation.

« *Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 52 du même Code : avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique... ; que si ces dispositions ont pour effet de donner à la personne publique la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché, elles ne sauraient lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande ;* »

L'arrêt commenté confirme ainsi le jugement du Tribunal administratif en rappelant que le département de La Réunion était tenu de rejeter la candidature de la société PICO Océan Indien, d'une part, au regard du caractère substantiel de l'irrégularité et d'autre part, au regard de l'absence de disposition autorisant le pouvoir adjudicateur à inviter le candidat à régulariser son offre. La nouvelle version de l'article 52 du Code des marchés publics devrait donc être accueillie avec bienveillance par les opérateurs économiques candidats aux marchés publics. Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de procéder à cette demande. S'il le fait, il doit le faire pour tous, en informant même les candidats dont la candidature est complète. Et s'il ne fait pas, il se doit alors de rejeter les candidatures qui sont incomplètes².

10.7 - Fonction publique et droit du travail

Fonction publique - Autorisation de licenciement - Refus - Transaction - droit civil - Non-lieu à statuer.

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 13 avril 2010, Madame Mimose DIGANAMASSO c/ SEMADER, req. n° 09BX01292

Laurent BENOITON, docteur en droit, chargé d'enseignements à l'Université de La Réunion

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 13 avril 2010 a le mérite de rappeler les incidences d'une transaction conclue par les parties sur le procès administratif, à l'occasion d'un litige intervenu en droit de la fonction publique.

¹ Le juge administratif considère qu'un marché ne peut valablement être attribué à un groupement d'entreprises que dans la mesure où, à la date de la remise des soumissions, le mandataire du groupement est dûment habilité par ses autres membres à les représenter (CE, 14 déc. 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines* : Rec. CE 1988, tables p. 891 ; LPA 7 juill. 1989, p. 4, note F. Moderne ; D. 1989, somm. p. 218, obs. Ph. Terneyre ; RD publ. 1989, p. 1797, obs. F. Llorens).

² CAA Bordeaux, 14 mai 2009, n° 07BX00650, *Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest (TCO)*, Contrats et Marchés publics n° 8, Août 2009, comm. 274, A noter également par François LLORENS

En l'espèce, la SEMADER (Société d'économie mixte d'aménagement, de développement et d'équipement de La Réunion), qui souhaitait licencier Madame Diganamasso en 2006, s'était vue opposer une décision de refus d'autoriser le licenciement émanant de l'inspecteur du travail, décision confirmée par le ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement. Ces deux décisions avaient été attaquées par la SEMADER devant le tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, qui a prononcé leur annulation par jugement en date du 17 février 2009. C'est sur l'appel interjeté par Madame Diganamasso que la cour administrative de Bordeaux a prononcé un non-lieu à statuer le 13 avril 2010. En effet, postérieurement à l'enregistrement de la requête, l'appelante et la SEMADER ont conclu une transaction le 24 juin 2009, aux termes de laquelle la première « *renonce à tout recours judiciaire direct ou indirect de quelque nature que ce soit concernant le présent litige et son licenciement dont elle reconnaît le caractère définitif* ». Conclue en application de l'article des dispositions de l'article 2044 du code civil, qui dispose que « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* », la transaction avait rendu la requête de l'appelante sans objet, ce que la cour administrative d'appel a constaté.

L'utilisation des règles du droit civil, instrument pour le juge administratif au service de l'élaboration des règles du droit administratif, a souvent répondu à un but précis, celui du comblement des lacunes du droit administratif¹. Les règles régissant la transaction, énoncées aux articles 2044 à 2058 du code civil, en offrent un exemple pertinent, même si la mise en œuvre d'une transaction en droit administratif pose des problèmes². Ces règles sont appliquées par le juge administratif, comme en l'espèce. Exécutoire de plein droit, la transaction intervenue en cours d'instance a mis fin au procès, bien que le juge administratif n'ait pas pris soin ici de vérifier que celle-ci comporte des « *concessions réciproques* » des parties.

Il importe de préciser qu'une transaction extrajudiciaire, qui intervient en dehors de toute instance, peut elle aussi, à la demande d'une partie qui le saisit de conclusions en ce sens, être homologuée par le juge administratif, qui doit alors exercer un contrôle rigoureux sur la transaction³. Le juge administratif suprême a déjà eu l'occasion de considérer « *qu'en vertu de l'article 2052, un tel contrat de transaction a entre les parties l'autorité de chose jugée en dernier ressort* » et « *qu'il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique* »⁴.

10.9 – Responsabilité

Appel en déclaration de jugement commun -- Responsabilité des établissements publics hospitaliers – Faute médicale – Défaut d'information – Montant du préjudice indemnisable

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 12 mai 2010, N° 09BX01551

¹ Voir sur ce point la thèse du professeur Benoît PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2003.

² Voir de manière générale : B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in *La transaction dans toutes ses dimensions*, B. MALLETT-BRICOUT et C. NOURISSAT (dir.), Actes, Paris, Dalloz, 2006, p. 133 et s. ; G. CHAVRIER, « Réflexions sur la transaction en droit administratif », *RFDA* 2000, pp. 548-566 ; J.-M. AUBY, « La transaction en matière administrative », *AJDA* 1956, pp. 1-4.

³ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de "l'Hay-les-Roses"*, *Rec.* p. 433 ; *BJCP* 2003, p. 54, concl. LE CHATELIER.

⁴ CE, Ass., 11 juillet 2008, *Soc. Krupp Hazemag c/ Communauté d'agglomération Sarreguemines Confluences*, *Droit administratif* 2008, comm. 137, note F. MELLERAY.

L'arrêt dont il sera ici question est rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux, en date du 12 mai 2010. Le litige oppose Mme X au Groupe Hospitalier Sud Réunion (GHSR), établissement public hospitalier. Mme X, fonctionnaire territorial de son état, exerçant son activité au service du Conseil Général de La Réunion, a subi le 18 juillet 2003 une opération médicale au sein du Centre Hospitalier Sud Réunion, en raison de douleurs cervicales récurrentes. « Subir », le mot semble approprié en l'espèce car, si elle escomptait de cette intervention une indolence totale, Mme X a présenté ultérieurement une paralysie de la corde vocale droite par lésion du nerf récurrent entraînant une dysphonie, une dyspnée, et une dysphagie. A chaque science son langage et ses spécialistes, il ne sera guère question ici que de points de droit. Mme X attaque le GHSR devant le Tribunal Administratif de Saint Denis, qui en son jugement en date du 3 mars 2009 condamne l'établissement public à indemniser Mme X en réparation des préjudices qu'elle a subis, et d'autre part, à verser la somme de 6.925,82 euros à la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion (CGSS). Le GHSR interjette alors appel devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, et demande l'annulation du jugement du 3 mars 2009 ainsi que le rejet par la Cour des prétentions présentées antérieurement au Tribunal Administratif par la CGSS et Mme X. Par la voie de l'appel incident, cette dernière conclut à ce que l'indemnisation allouée par les premiers juges soit portée à un niveau supérieur ; quant à la CGSS, ses prétentions sont similaires.

Le défaut d'appel en déclaration de jugement commun comme motif classique d'annulation du jugement.

Lors de la procédure suivie par le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, et alors même que Mme X a fait connaître sa qualité de membre de la fonction publique territoriale, les juges administratifs de droit commun n'ont pas communiqué sa requête au « *département de La Réunion qui l'employait et à la caisse des dépôts et consignations, en sa qualité de gérante de la caisse nationale des retraites des agents des collectivités locales* ». Or, afin de permettre que soient mises en cause des personnes publiques susceptibles d'avoir versé ou de devoir verser des prestations à la victime ou à ses ayants droit, aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'Etat et de certaines autres personnes publiques, les agents de l'Etat ou d'une personne publique mentionnée à l'article 7 de cette ordonnance ou leurs ayants droit qui demandent en justice la réparation d'un préjudice qu'ils imputent à un tiers doivent appeler en déclaration de jugement commun la personne publique intéressée et indiquer la qualité qui leur ouvre droit aux prestations de celle-ci. Devant les juridictions administratives, en raison du caractère inquisitorial de la procédure, c'est le juge lui-même qui doit appeler les personnes publiques dans l'instance¹. En cas de méconnaissance de cette obligation, toute personne intéressée peut demander pendant deux la nullité du jugement sur le fond. La Cour bordelaise ne fait pas ici œuvre originale et reprend presque mots à mots le raisonnement des conseiller d'Etat dans leur arrêt rendu en date du 10 avril 2009². A noter, qu'il n'y a là rien de nouveau, le Conseil d'Etat parvenait à la même solution, en 1992, déjà, relativement à l'action d'un agent de l'Etat en réparation du préjudice médical subi³. Ainsi,

¹ V. à titre d'exemple, dans le cadre d'un litige opposant un particulier à l'Etat, CHAUVAUX D., « Les droits des caisses de sécurité sociale en appel dans le contentieux indemnitaire, ccl. sur CE, Section, 1 juillet 2005, *Strada*, RFDA 2005 p. 1015

² CE, 5^{ème} et 4^{ème} SSR, 10 avril 2009, n° 296630, Rec. 2009

³ CE, 5^{ème} et 3^{ème} SSR, 19 février 1992, *Musset*, n° 73403, Rec. 1992

lorsque la victime d'un accident est un agent de l'État, l'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 crée pour le juge administratif l'obligation de mettre en cause l'État en vue de l'exercice par celui-ci de l'action subrogatoire qui lui est ouverte de plein droit par l'article 1^{er} de la même ordonnance contre le tiers responsable de l'accident, disposition modifiée par la loi du 21 décembre 2006. Les juges girondins ne procèdent pas autrement¹. C'est donc fort logiquement que la Cour prononce l'annulation du jugement du TA de Saint-Denis. En revanche, la formation d'appel ne s'arrête pas là car, ayant mis en cause département de La Réunion et Caisse des dépôts et des consignations dans le litige, elle décide de juger l'affaire au fond par la voie de l'évocation. C'est l'occasion de se pencher plus avant sur la faute médicale, telle qu'alléguée.

L'engagement de la responsabilité de l'établissement public hospitalier à raison du défaut d'information du patient : la méconnaissance d'un devoir d'humanisme médical.

Sur le fond, la Cour commence par rappeler un principe réaffirmé dans le I de l'art. L. 1142-1 du code de la santé publique tel qu'il résulte de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : la responsabilité des établissements publics hospitaliers suppose une faute, quelles que soient les caractéristiques de l'acte fautif dommageable², commise par son préposé³. C'est une obligation de moyens à laquelle est tenu le praticien hospitalier, cela se justifiant par l'aléa qui plane sur les résultats de l'acte médical. Le médecin ne peut pas promettre une guérison qui est étroitement dépendante de l'inachèvement des connaissances médicales et de l'état de santé de chaque patient. Or, en l'espèce, la Cour, si elle reconnaît l'existence d'un lien de causalité entre l'opération subie par Mme X le 18 juillet 2003 et la dysphonie, la dyspnée et la dysphagie dont elle demeure atteinte, conclue que : « *la faute médicale alléguée par Mme X ne saurait être établie par la seule circonstance que le nerf récurrent a été lésé au cours de l'opération* ». Quant au régime de la responsabilité sans faute institué à l'art. 1141-2, il ne vise que des situations exceptionnelles, au nom de ce que certains nommeront une « *éthique de la solidarité* »⁴. Ainsi, la mise en jeu d'une garantie nationale en indemnisation de « l'aléa thérapeutique » ou de la méconnaissance d'une obligation de sécurité⁵, suppose que celui-ci présente un certain « caractère de gravité », résultant en un taux d'incapacité permanente fixé par l'art. D. 1142-1 du code de la santé publique à 24 %⁶. En l'espèce, la Cour note qu'il résulte de l'instruction que les séquelles dont Mme X reste atteinte correspondent à un taux d'incapacité permanente en deçà du seuil requis. Et, comme celle-ci n'a semble-t-il pas assez souffert des suites de l'opération subie, « *Mme X ne peut prétendre à indemnisation* ».

¹ Parmi d'autres, CAA Bordeaux, 29 mai 2008, n°06BX01132, inédit au recueil Lebon

² CE, 10 avril 1992, *Epoux V*, Rec. p. 171 ccl. Légal ; J.C.P., G., 1992, II, 21881, note J. MOREAU.

³ C.E., 5 janvier 2000, *A.P.-H.P. de Paris, Cts Telle*, deux arrêts, Rec. p. 5 ccl CHAUVAUX ; A.J.D.A., 2000, p. 180 chron. M. GUYOMAR et P. COLIN ; R.F.D.A., 2000, p. 641, ccl. CHAUVAUX, note p. Bon ; R.D. sanit. et soc, 2000, p. 357 note L. DUBOIS.

⁴ L. DUBOIS, La responsabilité, l'établissement hospitalier et le corps humain, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?* : actes du colloque, 11 et 12 mai 2001, disponible en ligne sur : http://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique19.html (consulté le 26/09/2010)

⁵ La loi est ainsi venue consacrer une construction jurisprudentielle établie, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, à partir de l'arrêt du 9 avril 1993, *Bianchi*, Rec. p. 127 ccl. S. DAEL ; A.J.D.A., 1993, p. 349 chron. C. MAUGE et L. TOUVET ; J.C.P., G., 1993, II, 22601 note J. MOREAU, R.D.P., 1993, p. 1059 note M. PAILLET. V. également N. REBOUT-MAUPIN, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », *Petites Affiches*, 19 juin 2002, p. 77.

⁶ Relèvent également de la solidarité nationale, la réparation des préjudices résultant d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales au-delà d'un certain seuil de gravité.

Les juges d'appel vont, en revanche, engager la responsabilité du GHSR à raison du défaut d'information de la patiente, telle que prévue à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. Le défaut d'information est, depuis une décennie au moins, à l'origine de plus de la moitié des actions contentieuses formées contre les médecins libéraux ou hospitaliers en France¹. L'obligation générale qui pèse sur l'établissement hospitalier est celle d'une information loyale, claire, et appropriée sur son état, les investigations et les soins qui sont proposés au patient ; cette obligation figure également à l'art. 35 du Code de déontologie médicale. Ainsi, lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans le règles de l'art, comporte des risques connus² de décès ou d'invalidité, le patient doit être en mesure de prendre sa décision en fonction d'un véritable bilan thérapeutique qui lui permette d'en évaluer les risques et les avantages, et ce afin de prendre une décision éclairée³ : cela suppose une information simple, intelligible et appropriée⁴. En cas de survenance du risque, la charge de la preuve incombe alors à l'établissement hospitalier⁵. S'il ne parvient pas à rapporter cette preuve, qu'elle soit orale ou écrite, il verra sa responsabilité engagée, même en l'absence de faute médicale. Peut-on y voir un rééquilibrage de l'action médicale, mettant en rapport l'homme de science et le profane, et ce, au profit du second ?⁶

Calcul du montant du préjudice indemnisable et comptes d'apothicaires

L'évaluation du préjudice résultant de l'obligation complémentaire d'information tend à atténuer quelque peu l'efficacité du dispositif de responsabilité. L'indemnisation est ainsi rarement équivalente à l'intégralité des dommages liés à la réalisation du risque, et le défaut d'information n'est réparé qu'autant qu'il en est résulté pour le patient une perte de chance de refuser l'acte litigieux et d'échapper, par ce biais, à un risque de maladie ou d'infirmité. Comme le relève à juste titre la Cour administrative d'appel de Bordeaux, « *la réparation du dommage résultant pour Mme X de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction du préjudice subi* ». Il appartient alors au juge d'évaluer, dans un premier temps, le montant total des dommages subis par la victime, au regard de ses préjudices patrimoniaux comme extrapatrimoniaux, temporaires ou permanents⁷. Ensuite, il lui revient d'apprécier, dans ce montant, la part du préjudice lié au défaut d'information, en calculant l'indemnisation due en fonction de la probabilité que la patiente aurait eue de refuser l'intervention en ayant été correctement informée⁸ : l'indemnité est alors fraction des différents chefs supportés par la victime. Notons que les tiers payeurs disposent d'un recours à la seule

¹ H. LUSSAN, « L'évolution du droit médical : les médecins aujourd'hui en France », *ADSP*, n°32, septembre 2000, p. 54-55.

² Quand au caractère prévisible du risque, l'on se réfèrera à l'arrêt de la haute juridiction : CE 4 avril 1990, *CHR Toulouse c/ Mme Raymonde Gibrac*, n°61-132 Lexilaser.

³ C.E., 5 janvier 2000, *A.P.-H.P. de Paris, Cts Telle*, deux arrêts, préc.

⁴ F. AMPERE SIMO KOUAN, « La faute en droit médical », *RGDM*, n°34, mars 2010, p. 188

⁵ CE, 7 octobre 1998, En ce qui concerne le praticien qui exerce en libéral ou en clinique privée, cela résulte d'un revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation : v. Civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Hédreul*, *Juris Data* n°00781, arrêt n°426.

⁶ F. AMPERE SIMO KOUAN, « La faute en droit médical », art. préc.

⁷ Pour ce faire, les magistrats ont la possibilité de se référer à la nomenclature dite DINTILHAC, du nom du Président de la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation, qui a remis au Garde des Sceaux le 28 octobre 2005, le rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels en vue d'améliorer les conditions d'indemnisation du préjudice corporel.

⁸ CE, 5 janvier 2000, préc.

mesure des prestations qu'ils ont versées à celle-ci, en relation directe avec le fait dommageable. En l'espèce, et après de savants calculs, la Cour administrative d'appel accède à la demande de Mme X en relevant le montant de son indemnisation, tout en abaissant le total des sommes que le GHSR devra verser à la CGSS.

Responsabilité de l'État - réparation de préjudice - mesure de placement en métropole - loi du 31 décembre 1968 - prescription quadriennale - prescription de créance (oui) - point de départ du délai - fait générateur du dommage (non) - connaissance acquise (oui) - origine du dommage - date de l'acquisition de la majorité - absence d'interruption du délai. Intervention du département (recevable). Voie de fait (incompétence).

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 23 mars 2010, M. Jean-Pierre X., req. n° 09BX01136 (affaire des enfants de la Creuse)

Marianna Tassone-Lagrange, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

La perspective d'une surpopulation de l'île effrayant le gouvernement français, des politiques d'émigration furent menées à partir des années 1950. C'est dans ce contexte que le BUMIDOM¹ fut créé en 1963, en vue de conduire une émigration de travail, conciliant la nécessité de main d'œuvre qualifiée en métropole pour certaines catégories d'activités et la surpopulation des DOM TOM. Si la Guadeloupe et la Martinique ont également souffert de cette politique, c'est l'île de La Réunion qui a fourni plus de la moitié des émigrants arrivés en métropole par le BUMIDOM entre 1963 et 1981, la population majoritairement blanche de l'île (du Sud et des Hauts en particulier) était réputée « s'adapter plus facilement » en métropole.

Une plainte déposée en 2002² fait éclater une affaire encore plus douloureuse, dont les médias se sont largement fait écho touchant le public, en particulier le public réunionnais³. Sous la direction du BUMIDOM, plus de 1600 enfants auraient été arrachés à l'île de La Réunion pour contribuer à repeupler certains départements ruraux de la métropole et notamment la Creuse. Les enfants expatriés étaient généralement issus de foyers de l'aide sociale à l'enfance de La Réunion (des orphelins ainsi que des enfants « placés »), mais aussi retirés à leurs familles au prétexte d'un meilleur avenir en métropole. Arrivés en métropole, ces enfants auraient été confiés à des familles de paysans pour travailler aux champs et ballotés de familles d'accueil en familles d'accueil. Nombreux sont ceux qui ont conservé des traumatismes de cette période⁴.

C'est suite à la requête de l'un de ces enfants, en réparation des préjudices subis à la suite de son admission au service de l'aide sociale à l'enfance de La Réunion puis de son placement en métropole le 27 décembre 1966, que la Cour administrative de Bordeaux rend son arrêt le 23 mars 2010.

¹ Bureau pour le développement des migrations dans les départements d'outre-mer, créée par Michel Debré, ancien Premier ministre et élu député de La Réunion en mai 1963.

² Jean-Jacques Martial, exilé en 1966, dépose plainte devant la juridiction pénale pour « enlèvement et séquestration de mineur, rafle et déportation » le 30 janvier 2002.

³ Georges Châtain, « Les Réunionnais de la Creuse veulent faire reconnaître leur « déportation » en métropole » [archive], Le Monde, 18 août 2005 ; *Les enfants volés de La Réunion*, Mariella Righini, Le Nouvel Observateur, jeudi 6 juin 2002, n° 1961 ; *Enfants de la Creuse : Qu'on leur rende justice !*, Témoignages, vendredi 15 juillet 2005.

⁴ *L'avenir est ailleurs*, documentaire cinématographique d'Antoine Léonard-Maestrati 2006 ; *La déportation des Réunionnais de la Creuse*, Élise Lemai, Éditions L'Harmattan, 2004 ; *Le Pays des enfants perdus*, téléfilm réalisé par Francis Girod, 2004 ; *Enfants en exil, transfert de pupilles réunionnais en métropole (1963-1982)*, Ivan Jablonka, Éditions du Seuil, Paris, septembre 2007.

Si la recherche de la responsabilité de l'administration est chose délicate, dans cette espèce, le juge n'a pas eu à reconnaître explicitement l'existence de la faute, ni son étendue, ni même la part exacte à imputer à l'administration. En effet, en opposant la prescription quadriennale prévue à l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1968¹, le juge exonère totalement l'administration du versement d'une indemnité à sa victime potentielle.

La Cour administrative d'appel de Bordeaux reprend les termes du Conseil d'État, qui a déjà statué sur une affaire similaire². Le juge considère que le point de départ de la prescription quadriennale aux termes de l'article 3 de la loi³ « est la date à laquelle la victime est en mesure de connaître l'origine du dommage ou du moins de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles ce dommage pourrait être imputable au fait de l'administration » et non à la date du fait générateur du dommage. Il revenait donc au requérant d'entreprendre les démarches nécessaires dès la date de sa majorité, « date à laquelle les mesures de placement ayant pris fin, il était à même de percevoir la nature et la portée des dommages qu'il invoque et de s'informer sur les circonstances dans lesquelles il avait été initialement placé ».

Ainsi, le moyen selon lequel le délai de prescription n'aurait pu courir du fait du défaut de notification régulière d'un courrier, à supposer même que ce courrier puisse être regardé comme constituant une décision administrative individuelle, ne pouvait prospérer. Le juge considère, en effet, que le requérant a connaissance de l'origine du dommage dès l'instant où il subit le dommage et lorsqu'il atteint la majorité, il acquiert la maturité pour prendre conscience de celui-ci et être en mesure d'en rechercher l'origine. Certes, le Conseil d'État a pu parfois reconnaître que le requérant ne pouvait avoir eu connaissance de l'origine du dommage, mais il s'agissait de cas particuliers, soit du fait d'une impossibilité technique⁴, soit du fait d'informations erronées⁵. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Si l'administration pouvait donc légalement opposer la prescription au requérant, cette solution apparaît renforcer une irresponsabilité de l'État⁶ difficilement conciliable avec le principe de continuité de l'État. Certes, le juge adopte une position qui peut être analysée comme favorable aux requérants dans cette situation. En droit pénal, également, la prescription concernant les délits et crimes à l'encontre des mineurs ne commence à courir qu'à compter de leur majorité, ce qui dans les faits rallonge la durée de la prescription. En revanche, c'est la durée de la prescription quadriennale qui est en rupture avec le temps qu'il a fallu aux « victimes » de ces placements pour renouer avec leurs familles biologiques et leur île natale, et pour réparer leurs traumatismes.

¹ Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968, relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics.

² CE, 11 juill. 2008, n° 306140, Jean-Marie, Rec. Lebon 2008, p. 000 ; JCP A n° 30, 21 juillet 2008, act 660, confirmant ainsi un arrêt de la Cour administrative de Bordeaux du 27 mars 2007, req. n° 05BX01944, Jean-Marie ; AJDA 2007, p. 1670. Il s'agissait d'une requête d'un autre enfant réunionnais placé en métropole dans le cadre du BUMIDOM.

³ Article 3 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 : « La prescription ne court ni contre le créancier qui ne peut agir, soit par lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant légal, soit pour une cause de force majeure, ni contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance (...) ».

⁴ CE, 6 décembre 2002, req. n° 230291, Commune d'Albestroff, Gazette du Palais 14 août 2003, n° 226, p. 8 Graveleau Philippe ; La requérante ne pouvait connaître l'origine de la pollution de l'étang où elle possède un élevage piscicole avant d'avoir pu constater clairement la baisse de rendement de son élevage et le lien avec une pollution de l'étang.

⁵ CE, 27 juin 2005, req. 261574, consort X ; Des informations délibérément erronées avaient été transmises par un établissement public hospitalier à une patiente pour justifier une intervention chirurgicale.

⁶ Cette règle de prescription quadriennale se justifie à l'origine par un souci de bonne gestion des deniers publics, en particulier dans le but d'alléger la dette publique ; Voir Jurisclasseur Administratif Fascicule 111, n° 1 et s.

Accessoirement, il ressort de cet arrêt ainsi que de l'arrêt précédemment rendu par Conseil d'État le 11 juillet 2008¹ que l'intervention du département, en tant que collectivité territoriale, est recevable, car celui-ci est susceptible de voir sa responsabilité engagée, cela même si l'action pouvait directement être dirigée contre l'État. En effet, celui-ci est responsable de l'action de ses agents, or le service de l'aide sociale à l'enfance était à l'époque des faits un service départemental.

Enfin, le requérant soulève le moyen de l'existence d'une voie de fait, au motif que le comportement dont il a été victime ne peut se rattacher à un pouvoir conféré à l'administration. Toutefois, le juge rejette ce moyen conformément à la jurisprudence du Tribunal des conflits du 8 avril 1935², ayant donné lieu à une jurisprudence constante selon laquelle ce moyen relève de la compétence du juge judiciaire et non du juge administratif. On ne peut qu'être surpris de trouver un tel moyen soulevé par le requérant.

¹ Voir note 6.

² TC, 8 avril 1935, req. n° 00822, Rec. Lebon p. 1226.