

Rapporteur public : Arnaud Bories
Audience du 22 juin 2018

Dans quelle mesure les riverains d'un « clos » ou d'un lotissement privé peuvent-ils demander la création d'une association syndicale autorisée (ASA), qui est un établissement public, pour s'assurer de la gestion, de l'entretien et de la réfection des voies internes du clos ?

Les 24 requérants de ce dossier résident à Garches au sein du Clos Bretigny, lotissement résidentiel. Ils entendent contester l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine du 10 juin 2015 rejetant leur demande de constitution d'une association syndicale autorisée (ASA) destinée selon eux à permettre la remise en état et l'entretien des voies privées du Clos Bretigny, ainsi que de la décision du 21 septembre 2015 rejetant leur recours gracieux.

Cette affaire est atypique, et, rares sont les jurisprudences sur les refus préfectoraux de constitution d'une ASA, voire sur les décisions de création de telles ASA. Elle vous mènera à vous prononcer sur la question de savoir si le seul entretien de voies privées, qu'elles soient ou non ouvertes à la circulation publique, constitue une mission d'intérêt général susceptible de justifier l'utilité publique, préalable indispensable à la constitution d'une telle association, dont la dénomination est fallacieuse puisqu'il s'agit, non d'une structure privée, mais d'un établissement public administratif soumis à des règles fortement dérogoires et titulaire de prérogatives de puissance publique.

La reconnaissance du caractère administratif de ces associations autorisées a donné lieu, chacun le sait, au célèbre arrêt du CE 9 décembre 1899 *Association syndicale du Canal de Gignac* GAJA, dont la postérité s'explique, tant par le lien qui est fait entre l'existence de telles prérogatives et la qualité d'établissement public, que par la note acide de Maurice Hauriou parue au Sirey de 1900 qui voyait dans ces ASA « la première institution collectiviste » au motif qu'elles fonctionnaient moins dans un but d'intérêt général que dans l'intérêt collectif mais privé des seuls propriétaires et regrettait ainsi « qu'on nous change notre Etat »...

Depuis, vous savez que les choses ont bien évolué puisque le CE a admis, d'une part, que des personnes morales de droit privé pouvaient être chargées d'une mission de service public et disposer de prérogatives de puissance publique (CPAP, Ets Vezia, Montpeurt, Bouguen, Magnier), et d'autre part et à l'inverse, que des personnes morales de droit public pouvaient relever du droit privé et de la compétence des juridictions judiciaires lorsqu'elles se comportent comme des entreprises privées et exercent une mission strictement industrielle ou commerciale (Bac d'Eloka, USIA). Quant à l'existence de prérogatives de puissance public, elle ne constitue plus une condition indispensable

pour soumettre une personne morale de droit privé à un régime de droit public, dès lors que cette personne est chargée d'une mission de service public (CE Sect 22 février 2007 *APREI*, A, n°264541). C'est évidemment la montée en puissance de l'école du Service public qui est à l'origine de ces évolutions et qui rend plus relatif le critère institutionnel et organique.

Pour en revenir aux seules ASA, elles sont désormais soumises aux dispositions de l'ordonnance 2004-632 du 1^{er} juillet 2004, qui se sont substituées à la très ancienne loi du 21 juin 1865. Cette ordonnance concerne l'ensemble des associations syndicales de propriétaires, c'est-à-dire les associations syndicales libres, qui restent des structures associatives et privées et qui sont soumises aux règles du droit privé, mais aussi, les associations syndicales autorisées et les associations syndicales constituées d'office, qui ne sont au final qu'une variante des ASA, encore plus contrainte, affranchies du droit de délaissement. A côté de cette ordonnance, la constitution des ASA et ASCO est soumise aux règles propres aux enquêtes d'utilité publique, contenues dans le code de l'expropriation auquel l'ordonnance de 2004 renvoie en son article 12.

Ces préliminaires achevés, venons-en maintenant aux moyens de fond soulevés par les requérants, étant précisé que la requête ne pose aucun problème préalable de compétence ou de recevabilité.

I : MOYENS DE LEGALITE EXTERNE

A : Défaut de motivation

Les requérants fustigent l'insuffisante motivation, tant de la décision initiale du 10 juin 2015 que de la décision prise sur recours gracieux du 21 septembre 2015, qui il est vrai, ne comporte aucune motivation. Ils invoquent à cette occasion la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des décisions individuelles défavorables codifiées, depuis le 1^{er} janvier 2016, aux articles L. 211-1 et suivants du CRPA.

Toutefois, cette loi, pour célèbre qu'elle soit, ne soumet pas par principe tous les actes administratifs à une obligation de motivation. Elle ne porte que sur les seules décisions individuelles défavorables, et parmi celles-ci, que sur les seules décisions qui entrent dans les items restrictifs de son article 1^{er}.

1) La décision initiale

Le CE a déjà eu l'occasion de dire que les décisions refusant de créer ou créant des associations foncières urbaines ou des ASA constituent des actes non-réglementaires : CE 13 février 1985 *Fédération des associations du Sud Seine-et-Marnais pour la protection de la vallée de la Seine*, n°58000, C (pas disponible sur Ariane), mais aussi CE 16 novembre 2001 *Verguet* n°219568.

Mais on le sait, tous les actes non réglementaires ne constituent pas des actes individuels puisqu'il existe une zone grise importante d'actes dits d'espèce, ou d'actes

mixtes, qui ne sont ni individuels ni réglementaires. Il s'agit d'actes, qui, pour reprendre une formulation habituelle du CE, « se bornent à rendre applicables dans la zone qu'ils délimitent les dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice d'un droit sans comporter eux-mêmes aucune disposition normative nouvelle » : CE 10 mai 2017 **Sté ABH Investissements**, n°398736, B (sur l'exception d'illégalité). C'est le cas, en particulier, des DUP, mais aussi de la délibération d'une commune instaurant le droit de préemption urbain (cf arrêt cité), ou transférant des voies privées ouvertes à la circulation publique dans le domaine public communal (CE 13 octobre 2016 **Commune de la Colle sur Loup**, B n°381574), ou classant certaines zones ou parcelles, par exemple en monument historique, ou comme incluses dans un périmètre donné.

Plus précisément, le CE 13 février 1985 **Fédération des associations du Sud-Seine-et-Marnais pour la protection de la vallée de la Seine**, op cit, estime à propos d'un arrêté autorisant à la fois la création d'une association foncière urbaine et délimitant le périmètre du remembrement qu'il s'agit d'une décision qui « ne présente pas le caractère d'une décision individuelle » et partant, qui échappe aux prescriptions de la loi du 11 juillet 1979. Les associations foncières urbaines, qui pouvaient être libres ou autorisées, relevaient, comme les ASA, de la loi du 21 juin 1865 et avaient pour objet le remembrement de parcelles. Même si les dispositions relatives à ces AFUA ont été depuis transférées dans le code de l'urbanisme, ces associations autorisées sont juridiquement très proches des associations syndicales de propriétaires.

Comme un fait exprès, les décisions préfectorales autorisant la constitution d'une ASA, doivent être, certes notifiées aux propriétaires situés dans le périmètre de l'ASA, mais aussi et surtout publiées et affichées (article 13 décret n°2006-504), ce qui correspond aux formalités exigées en principe pour les actes réglementaires auxquels la jurisprudence a assimilé les actes d'espèces concernant les formalités de publicité.

Quoiqu'il en soit, il nous semble assez certain que les décisions autorisant ou refusant d'autoriser la constitution d'ASA ne constituent ni des décisions réglementaires, ni des décisions individuelles mais bien des décisions d'espèce ou actes mixtes non soumis à l'obligation de motiver imposée par la loi du 11 juillet 1979 pour certaines décisions individuelles défavorables. Le moyen nous paraît donc inopérant¹.

Mais si d'aventure, vous deviez ne pas partager cet avis, et voir dans le refus de constituer une ASA une décision individuelle, vous n'auriez fait que la moitié du chemin, puisqu'il vous faudrait alors qualifier ledit refus de défavorable et le faire entrer dans les différents items de l'article 1^{er} de cette loi. Quand on songe aux sujétions et contraintes liées à la constitution d'une ASA, on reste sceptique sur le caractère favorable ou défavorable de la décision en litige.

Cela étant dit, si la décision nous paraît hors champ de la loi du 11 juillet 1979, cela ne veut pas pour autant dire qu'elle ne serait pas soumise à l'obligation de motivation. Il nous semble que cette obligation existe, mais qu'elle ne découle ni de loi de 1979, ni même de l'ordonnance de 2004 mais de l'article L. 121-3 du code de l'expropriation auquel l'ordonnance de 2004 renvoie comme on l'a dit, qui dispose, dans une formulation parfaitement applicable aux refus d'autoriser une ASA, que « la décision refusant de déclarer

¹ Contra, mais je ne partage pas du tout cette solution, TA Caen 1^{er} mars 2016 **Lehenaff**, n°1500337, C, appliquant la loi de 1979 à un cas de création d'une association syndicale autorisée...impliquant, sans aucun « en tout état de cause » que cette loi s'applique et qu'est défavorable la décision de créer une ASA...

d'utilité publique la réalisation d'un projet ou d'une opération est motivée ». Mais cet article n'est pas invoqué et vous pourriez très bien vous en tenir à l'inopérance du moyen en tant qu'il est fondé sur la loi de 1979.

En tout état de cause, si vous préféreriez purger le litige sur ce point, vous ne pourrez que constater que la décision initiale est suffisamment motivée, tant en droit qu'en fait, en dépit des longs argumentaires des requérants qui voudraient vous faire croire le contraire. En droit, la motivation vise non seulement l'ordonnance du 1^{er} juillet 2004 et le décret d'application du 3 mai 2006, mais aussi et c'est tout aussi essentiel, le code de l'expropriation. Elle n'avait pas à viser la circulaire du 11 juillet 2007 qui est un document à usage interne à l'administration et qui n'est utilisé par le préfet que pour illustrer son raisonnement en défense.

En fait, la motivation renvoie au caractère strictement résidentiel des voies privées qui doivent faire l'objet de l'ASA, et donc à l'absence d'intérêt général du projet d'ASA. Subsidièrement, le préfet souligne que d'autres formes associatives lui paraissent plus adaptées pour permettre la réalisation des travaux de voirie dans le clos Bretigny. Cette motivation peut paraître laconique, mais aucun texte n'exige du préfet qu'il produise une dissertation en deux parties et deux sous-parties pour justifier de ses choix.

2) La décision prise sur recours gracieux

Comme le remarquent à très juste titre les mémoires des requérants, la décision prise sur recours gracieux ne comporte aucune motivation. Mais cet état de fait ne manquera pas de vous laisser insensible, pour trois raisons qui nous paraissent imparables.

- D'une part, nous vous l'avons dit, la décision n'entre pas selon nous dans le champ de la loi de 1979, qu'il s'agisse de la décision initiale ou de la décision prise sur recours gracieux.

- D'une part, à supposer que par extraordinaire vous considériez que la décision entre dans le champ de la loi de 1979, celle-ci n'impose pas à l'administration de motiver les décisions explicites qu'elle est amenée à prendre pour répondre aux recours administratifs préalables facultatifs dont elle est saisie, sauf dispositions contraires. Et ces dispositions contraires existent, précisément, lorsque l'administration « *rejette un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux* » : c'est le dernier item de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, ajouté par la loi du 17 mai 2011, qui ne concerne donc que les RAPO et pas les RAP facultatifs, qu'ils soient gracieux comme en l'espèce ou hiérarchiques.

- Enfin, comme l'indique le préfet des Hauts-de-Seine à très juste titre, les vices propres des décisions prises sur recours gracieux ne peuvent être utilement invoqués devant le juge lorsqu'est attaqué l'acte initial : c'est ce qu'avait déjà affirmé le CE Sect 6 mars 2009 *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n°309922, A (à propos d'un recours gracieux), c'est ce qu'avait confirmé le CE 11 juillet 2012 *Massol* n°343866, B, (à propos d'un recours hiérarchique) et c'est ce qu'a encore précisé récemment le CE 7 mars 2018 *Bloch*, A, n°404079, en ajoutant qu'un recours formellement dirigé contre la seule décision prise sur recours gracieux devait être interprété par le juge comme en réalité dirigé contre la décision initiale.

Le moyen nous paraît donc triplement inopérant.

B : Irrégularités et défaut d'examen des conclusions du commissaire enquêteur

Pour ce que nous en comprenons, mais il faut avouer parfois que la requête se perd en circonvolutions assez littéraires, il nous semble que les requérants reprochent au commissaire enquêteur de n'avoir pas procédé à un examen complet, sérieux et attentif du dossier, critiquant par là même, soit la motivation biaisée de ses conclusions soit le caractère suffisant de l'enquête publique qu'il a diligentée. Il s'agit là dans tous les cas d'un vice de procédure, comme tous les moyens tirés, soit des vices de l'enquête publique, soit de l'insuffisance des conclusions du commissaire. Et dans tous les cas, ce vice, s'il existe, est susceptible de faire l'objet d'une danthonysation, c'est-à-dire qu'il peut être regardé comme sans incidence sur la régularité de la procédure suivie s'il n'a pu porter atteinte au droit à l'information des administrés et s'il n'a pu influencer sur la décision du préfet.

Mais il ne nous semble pas que vous aurez ici à procéder à un tel examen. Car les requérants paraissent surtout reprocher au commissaire enquêteur d'avoir estimé que les pour et les contre étaient répartis équitablement, et qu'il n'y avait pas de toute évidence, d'adhésion au projet. Le grand tort du commissaire enquêteur serait de n'avoir pas tenu compte de l'assentiment de près de 70% des propriétaires du clos Bretigny, chiffre obtenu il faut le dire à la suite de la consultation organisée par le préfet et incluant dans les avis favorables ceux des propriétaires qui n'ont pas répondu à cette consultation (en application de l'article 13 al.2 de l'ordonnance).

Mais précisément, l'article 13 de l'ordonnance (alinéa 1) du 1^{er} juillet 2004 ne prévoit d'organiser cette consultation qu'à « l'issue de l'enquête publique ». Si bien qu'il ne saurait être fait grief au commissaire enquêteur de n'avoir pas tenu compte des intentions de l'ensemble des copropriétaires qu'il ne pouvait qu'ignorer. Il n'a finalement tenu compte que des intentions de celles et ceux qui intéressés par le projet, se sont sentis concernés et ont choisi de se déplacer aux permanences organisées.

Accessoirement, les requérants reprochent au commissaire enquêteur d'avoir déploré qu'une consultation informelle préalable à cette proposition d'ASA n'ait pas été organisée, alors que les requérants avaient eux-mêmes organisé une réunion d'information, notamment en juin 2014 dans une salle municipale et qu'un blog avait été ouvert. Mais comme l'indique le préfet, le reproche est infondé puisque le commissaire enquêteur a évoqué cette réunion et ce blog en page 8 et 12 de son rapport et a seulement regretté en page 26 que les propriétaires et surtout les requérants n'aient pas suffisamment développé de réflexions plus argumentées sur les autres structures associatives possibles, comme par exemple sur la constitution d'une Association syndicale libre, forme la plus usuelle de regroupement de propriétaires pour gérer l'entretien de voies privées. Si les requérants ont argumenté leur choix d'une ASA et contesté la formule de l'ASL, le fait est que ces arguments ont particulièrement été mis en avant au stade de leur recours gracieux, c'est-à-dire après qu'ils ont eu connaissance de la décision du 10 juin 2015 du préfet.

Il nous semble donc que les reproches adressés au déroulement de l'enquête publique ou au rapport du commissaire enquêteur sont très largement infondés et que vous pourrez écarter ce moyen sans même avoir à le danthonyser.

II : MOYENS DE LEGALITE INTERNE

A : Défaut d'examen du préfet

En écho au moyen tiré de l'insuffisance des conclusions du commissaire enquêteur, les requérants soutiennent que le préfet n'aurait pas complètement et correctement examiné le dossier et qu'il se serait à tort cru lié par les conclusions du commissaire enquêteur dont il n'aurait fait que reprendre le sens. Il s'agit là non plus d'un moyen de légalité externe, mais d'un moyen de fond, tiré de l'erreur de droit dont le préfet aurait entaché sa décision en « méconnaissant l'étendue de sa compétence » : CE Sect 20 juin 2003 *Stilinovic* n°248242, A, annulant sur ce point la sanction prise à l'encontre d'un ancien procureur de la République.

D'une part, les requérants reprochent au préfet de n'avoir pas examiné le projet et d'avoir repris le contenu des conclusions du commissaire. D'autre part, ils lui reprochent de n'avoir pas examiné autrement que de façon elliptique les autres structures associatives possibles.

Mais, sur le premier point, le seul fait que le préfet suive le sens des conclusions du commissaire n'implique pas qu'il en ait repris intégralement le sens sans examiner lui-même le fond du dossier. Rien n'indique que le préfet se serait cru lié par les conclusions ni qu'il n'aurait pas tenu compte des résultats de la consultation, survenue après l'enquête mais avant l'arrêté du 10 juin 2015. Si les textes et la jurisprudence rappellent que le préfet n'est pas lié par les conclusions du commissaire, ils ne lui interdisent pas non plus, évidemment, d'en suivre le sens, sauf à priver d'intérêt toutes les enquêtes d'utilité publique menées dans ce pays. En tous les cas, les requérants nous semblent sur ce point se contenter d'un procès d'intention assez théorique à l'encontre du préfet sans apporter d'éléments concluants sur le fait qu'il aurait aveuglément suivi les conclusions de l'enquête sans s'en approprier les éléments.

Quant au second point, aucune disposition (ni l'ordonnance ni son décret d'application) n'impose au préfet d'exposer par A plus B les mérites et les insuffisances de toutes les formules associatives alternatives aux ASA. Pour rappel, le préfet des Hauts-de-Seine comme le commissaire enquêteur étaient saisis par les requérants d'une demande de constitution d'une ASA, pas d'une ASL ou d'une association loi 1901 et si l'intérêt de telles structures pouvait être évoqué en lieu et place de celle d'une ASA, c'est bien de la pertinence du choix de l'ASA dont il était ici question. Autrement dit, les solutions alternatives ne constituent qu'une question subsidiaire et le préfet pouvait parfaitement indiquer que celles-ci existaient, sans disserter de leur mérite et de leur pertinence et donc, sans entacher son appréciation d'un quelconque défaut d'examen sur ce point.

Autrement dit, ce premier moyen de légalité interne ne nous paraît pas fondé.

B : L'erreur manifeste d'appréciation

Venons-en maintenant au moyen le plus intéressant du dossier qui en fait du reste tout le sel et que nous regroupons sous le vocable unique d'EMA, alors qu'il repose sur plusieurs argumentations connexes.

L'argumentation des requérants, dans un premier temps, ne manque pas de pertinence, puisqu'ils évoquent les dispositions de l'ordonnance de l'article 1^{er} du 1^{er} juillet 2004, en indiquant que leur projet rentre dans le champ de ces dispositions. Il n'est pas contestable que le projet sert « *l'intérêt commun* » des propriétaires du clos Bretigny, et qu'il a pour objet « *d'aménager ou d'entretenir des (...) voies et réseaux divers et de mettre en valeur des propriétés* ». Plus précisément il a pour objet de pouvoir contraindre les propriétaires récalcitrants à entretenir, par le biais de cette structure associative, la partie de la voie et du trottoir situé en façade de leur parcelle et leur appartenant. Mais à ce stade, il est seulement acquis que le projet peut donner lieu à la constitution d'une association syndicale, sans distinguer si elle doit être libre ou forcée, car l'article 1^{er} porte sur les trois formes associatives régies par l'ordonnance de 2004. La question de savoir si l'on peut faire créer une ASA au lieu d'une ASL n'est pas épuisée par la seule lecture des termes de l'article 1^{er}.

Il n'est pas contestable, non plus, que formellement, le projet a reçu le soutien de 70% des 58 propriétaires du Clos, ne serait-ce que parce que ceux qui n'ont pas répondu à la consultation sont présumés être favorables à la création de l'ASA.

Mais à partir de là, contrairement à ce que voudraient vous faire croire les requérants, le préfet ne se trouve pas, et de très loin, en situation de compétence liée. Rien ne l'oblige à autoriser la constitution d'une ASA, quand bien même les critères et exigences de l'ordonnance de 2004 seraient remplis. Le préfet dispose ici d'un net pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'opportunité de la constitution d'une association syndicale forcée, ce que rappelle la jurisprudence depuis au moins CE 13 février 1953 *Association syndicale Digue de Paramé*, S. 1953, 2, P. 47. Concrètement, jusqu'au début des années 1980, ce pouvoir discrétionnaire n'était soumis qu'à un contrôle minimum du CE, lequel excluait tout contrôle de l'adéquation juridique des faits ou de la proportionnalité entre les faits et la décision et ne prévoyait donc pas même un contrôle de l'erreur manifeste, à une époque où celle-ci commençait pourtant à prendre de l'ampleur dans le contentieux administratif : c'est ce qu'avait tenu à rappeler un arrêt du CE 29 juin 1973 *Ville de Paris c/ ASA des propriétaires de la Villa Mulhouse*, n°86006, B.

Devant la montée en puissance du contrôle restreint, qui inclut le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le CE semble en avoir fini du contrôle minimum, qui est désormais cantonné au contentieux des concours, examens, ou remise de décoration et qui a évolué, ici comme presque partout ailleurs, vers un contrôle restreint, qui reste un contrôle atténué. C'est ce dont atteste la décision déjà citée du CE 13 février 1985 *Fédération des associations du Sud Seine-et-Marnais pour la protection de la vallée*

de la Seine, à propos d'un arrêté autorisant la création d'une AFUA et délimitant un périmètre de remembrement (cette dernière question semblant davantage au cœur de l'arrêt). Mais si cet arrêt ne vous suffisait pas, il vous faudrait regarder du côté de l'expropriation et des enquêtes d'utilité publique auxquelles l'ordonnance de 2004 renvoie explicitement.

Autant il est coutume de dire que la déclaration d'utilité publique fait l'objet d'un contrôle maximum avec application du mécanisme dit du bilan (Ville Nouvelle Est), autant le refus du préfet de déclarer un projet d'utilité publique après enquête publique donne lieu à un contrôle restreint, limité aux EMA, ce que précise CE 20 mars 1991 *Commune du Port*, n°98963, A (fiché sur ce point, non remis en cause depuis). Les arrêts transposant ce contrôle dissymétrique en matière de création ou de refus de création d'ASA ou même d'AFU, sont rarissimes : pour un exemple du contrôle entier exercé sur l'utilité publique dans le cas de la création d'une ASA par le préfet : CAA Nancy 14 avril 2014 *De Broissia*, n°13NC00966, C (cons. 21)².

Autrement dit, dans ce cadre assez flou où le préfet dispose d'un pouvoir discrétionnaire, d'ailleurs confirmé par la rédaction de l'article 14 de l'ordonnance de 2004 et où le juge n'exerce qu'un contrôle restreint, la question centrale nous paraît donc de savoir, si eu égard à ses missions, la constitution d'une ASA répond à un objectif d'utilité publique ou d'intérêt général suffisant ou, si l'atteinte à la propriété privée qu'elle induit nécessairement ne paraît pas excessive au regard des intérêts poursuivis. Cette dernière alternative n'est pas même en débat, tant les requérants ne l'envisagent pas sous cet angle, persuadés que la constitution de l'ASA permettra de résoudre leurs problèmes³. Les sujétions financières ou administratives provoquées par la création d'une ASA sont pourtant nombreuses et pèsent lourdement sur la propriété privée :

- droit de délaissement des propriétaires qui ont fait connaître leur opposition à la création de l'ASA, qui entraîne corrélativement, pour celle-ci, une coûteuse obligation d'acquiescer les parcelles délaissées.

- Inscription d'office au budget de différentes dépenses obligatoires impayées,
- fixation des taxes syndicales assimilées à des contributions directes pour les propriétaires pour l'exercice des missions de l'ASA, point sur lequel les contentieux portés devant la juridiction administrative sont légion,

- travaux obligatoires sur les propriétés privées avec droit d'occupation temporaire,

- tutelle du préfet en cas de carence de l'association
- lourdeurs de gestion, avec par exemple, adoption des règles de la comptabilité publique et emploi de personnels bénéficiant d'un statut de droit public.

Venons-en maintenant aux faits de l'espèce. Le débat porte sur le caractère strictement résidentiel ou non du clos Bretigny, ainsi que sur la question de savoir si les voies privées internes au domaine sont ou non ouvertes à la circulation publique. Après avoir voulu réaffirmer dans les statuts de l'ASA le caractère « strictement résidentiel » du

² S'agissant de l'inclusion ou non d'une parcelle dans le périmètre d'une ASA, que le préfet a créée : contrôle normal de l'erreur d'appréciation du TA Caen *Lehenaff* (note précédente)

³ Il faut quand même reconnaître que si de telles exigences sont logiques, permettent de distinguer les ASA des ASL et découlent du recours même à l'enquête publique, les textes ne brillent pas par leur clarté et ne subordonnent pas clairement la création d'une ASA à une utilité publique, ou à un intérêt général. Cette exigence paraît davantage découler du recours à l'enquête d'utilité publique et de la jurisprudence que d'autre chose.

clos, les requérants semblent vouloir faire machine arrière, un peu pour les besoins de la cause, et entendent démontrer que la gestion de l'entretien des voies privées du domaine constituerait un objectif d'intérêt général, l'intérêt général étant selon eux compris comme la somme des intérêts particuliers de chacun des propriétaires du clos. Le débat sur cette question nous paraît relativement théorique, mais il est certain qu'il y a lieu de distinguer l'intérêt commun évoqué par l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2004, qui est à l'origine de toute création d'association syndicale, libre ou autorisée, de l'intérêt général ou de l'utilité publique, qui conditionne le pouvoir discrétionnaire du préfet pour autoriser la création des seules associations forcées, ASA ou ASCO. Ou alors comme on l'a dit, plus aucun motif ne permet de distinguer les ASL des AS forcées, ce qui n'est pas l'intention du législateur.

1) Raisonçons par étapes : le caractère strictement privé des voies en cause n'est remis en cause par personne. Ces voies sont privées et l'objet somme toute limité de l'ASA est d'en assurer la réfection et l'entretien afin d'éviter que des portions de voies soient laissées à l'abandon par des propriétaires peu soucieux de les entretenir, alors qu'ils en possèdent pour partie la propriété.

2) La question de l'ouverture de ces voies à la circulation publique est plus complexe, puisqu'en l'espèce, sur chacune des voies permettant depuis l'extérieur, d'entrer dans le clos Bretigny, figure un panneau signalant ce clos comme une « propriété privée », ainsi et surtout qu'un panneau sens interdit indiquant « sauf riverains et services publics »⁴. Ces panneaux ont sans doute été mis en place par la mairie mais ils ont reçu l'aval de l'ensemble des riverains, qui n'ont jamais songé à les faire retirer alors qu'ils en ont le droit, puisqu'en vertu d'une jurisprudence ancienne, « *le propriétaire d'une voie privée ouverte à la circulation du public est en droit d'en interdire à tout moment l'usage au public* » et le maire ne peut user de ses pouvoirs de police municipale « *pour rouvrir une voie privée à la circulation publique si ses propriétaires s'y opposent* » : CE 5 mars 2008 **Bermond** n°288540, B (sur ce point). Voir, pour une ASA qui s'oppose au maire sur ce point : CE 11 avril 2012 **ASA du Hameau de la Jonchère** n°342052, C. La voie André Guillaume est même obstruée en son entrée Nord située le long de la voie publique avenue de Bretigny, par une barrière ce que confirme la consultation de Google Earth. Qu'il s'agisse des barrières ou des panneaux, il est vrai que si les voitures autres que celles des riverains ne sont officiellement pas autorisées à entrer dans le clos, les piétons⁵, les vélos peuvent le faire, et les voitures elles-mêmes ne s'en privent pas en dépit de l'interdiction, soit pour s'y garer, soit pour se rendre à la maison Saint Jean située au début de la rue Davaine, mais nous reviendrons sur ce point, soit même peut-être pour tenter un itinéraire de délestage comme le font valoir les requérants.

Reste que, l'ouverture d'une voie privée à la circulation publique doit résulter du consentement, même tacite, des propriétaires de la voie (CE 7 août 1906 **Cie des mines de Douchy**, Leb p. 764, constant depuis). Si ce consentement peut être implicite, il doit

⁴ A l'exception de l'avenue du docteur Gilles, située à l'ouest du projet, qui est toutefois difficilement carrossable.

⁵ Mais je n'ai vu AUCUNE décision de jurisprudence où des voies privées étaient reconnues comme ouvertes à la circulation du public pour la seule raison qu'elles étaient accessibles aux piétons. Il s'agit sans doute d'un argument mais il n'est pas décisif pour établir le consentement, même tacite, des propriétaires d'ouvrir leurs voies au public. Et dans la totalité des arrêts où le CE a refusé de reconnaître le consentement des propriétaires, on devine, au vu des faits de l'espèce, que les piétons pouvaient parfaitement enjamber les barrières et rentrer dans le domaine privé.

refléter la volonté réelle et sans équivoque des propriétaires d'ouvrir leur voie privée à la circulation du public : CE 15 février 1989 *Commune de Mouvaux*, n°71992, C, sur concl. B. Stirn. Mieux encore, le CE juge que la circonstance que deux des trois propriétaires d'une voie soient d'accord pour l'ouvrir au public ne suffit pas à caractériser le consentement de l'ensemble des propriétaires, si le troisième s'y oppose explicitement : CE 5 mars 2008 *Bermond* op cit.

La configuration des lieux est tout de même assez étrange car si les voies du domaine sont interdites sauf riverains et services publics, voire fermées par une barrière pour l'une d'elles, des panneaux indiquent la direction de la maison Saint Jean dont on rappelle qu'elle est située à l'intérieur du Clos sur la rue Davaine. Mais il nous semble malgré tout que le consentement des propriétaires pour ouvrir le domaine à la circulation du public, tout mode de déplacement confondu, ne résulte pas des pièces du dossier : l'existence de panneaux de sens interdit et a fortiori d'une barrière peut être prise en compte pour établir la volonté des propriétaires : pour un sens interdit, par exemple, CAA Marseille 19 février 2018 *Commune de Grasse*, n°16MA01428, C. Voir aussi TA Dijon 30 juin 2009 *Gey*, n°0700515, par exemple (uniquement un panneau sens interdit). La circonstance que factuellement, des piétons, des vélos et des voitures puissent passer par ces voies, ne nous paraît pas révéler la volonté des propriétaires de les ouvrir à la circulation du public. Et si vraiment, le consentement des propriétaires devait être unanime, les remarques des propriétaires déposées lors de l'enquête publique vous prouvent, s'il en était besoin, y compris parmi les requérants favorables au projet, que vous seriez loin du compte, un nombre non négligeable de propriétaires manifestant sa préférence pour que les voies du domaine restent fermées à la circulation générale. D'ailleurs, les 58 propriétaires sont-ils prêts à voir leurs voies privées automatiquement transférées dans le domaine public de la commune, sans indemnités, comme le permet l'article L. 318-3 du code de l'urbanisme ? Car c'est là une question connexe que vous pourriez prochainement être amenés à vous poser, si la commune devait décider à la vue de votre jugement, que ces voies, ouvertes à la circulation du public, peuvent être transférées dans son patrimoine. Elle en assurerait, certes, l'entretien, mais combien de propriétaires seraient prêts à consentir, même tacitement, à l'opération ?

Nous avons toutefois bien conscience qu'il y a matière à hésiter et que la question de savoir si ces voies sont ou non ouvertes à la circulation générale peut se poser. A cet égard, il est certain que la situation des personnes se rendant à la maison Saint Jean, qui sont le plus souvent des familles de victimes hospitalisées à l'hôpital voisin, interroge sérieusement. Mais vous pourriez aussi considérer que ces visiteurs, ces familles sont des riverains provisoires, admis à entrer à l'intérieur du clos, précisément parce qu'elles se rendent dans l'institution. D'ailleurs, bien évidemment, tous les propriétaires sont susceptibles d'accueillir des amis et de la famille et cette circonstance ne suffit pas à faire reconnaître les voies de desserte du clos comme des voies ouvertes à la circulation du public.

3) Dernière étape : Reste que, selon nous, la question de savoir si ces voies sont ouvertes ou non à la circulation générale n'est qu'une question accessoire, en dépit de l'importance que lui donnent les parties. Elle ne constitue d'ailleurs pas la motivation de l'arrêté qui se borne à constater que les voies sont privées (sans plus) et qu'elles desservent un quartier strictement résidentiel. Il est vrai que l'ouverture de ces voies à la circulation

publique constituerait un plus en faveur de la reconnaissance du caractère d'utilité publique ou d'intérêt général du projet d'ASA. Mais c'est un plus qui ne nous paraît pas en l'espèce suffisant pour contraindre le préfet à autoriser le projet d'ASA.

En admettant même que vous considériez ces voies comme ouvertes à la circulation publique, ce qui nous paraît tout de même difficilement compatible avec les exigences jurisprudentielles d'un consentement unanime et sans équivoque, force est d'admettre, qu'en dehors de la maison Saint Jean qui ne représente en surface que 2,64% du parcellaire total du clos, ces voies privées desservent uniquement des propriétés privées. Autrement dit, pour corriger un tant soit peu l'arrêté du préfet, il ne s'agit pas de voies privées à vocation strictement résidentielle, mais de voies privées à vocation essentiellement résidentielle.

Et dans ce cadre, il ne nous semble pas, indépendamment de l'ouverture ou non des ces voies privées à la circulation publique, que leur réfection et leur entretien puisse représenter un intérêt public suffisant pour justifier la création d'une ASA, qui rappelons-le, est une structure dérogatoire et contraignante. Le défaut d'entretien de ces voies, qui sont, rappelons-le, strictement privées, relève de la responsabilité ou parfois de l'irresponsabilité des propriétaires du clos et il n'est pas forcément sain que l'Etat pallie systématiquement la carence des personnes privées, alors même qu'existent des voies de droit privé pour les contraindre et que ces propriétaires peuvent en outre, voir leur responsabilité engagée en cas d'accident sur le fondement des articles 1382 et 1384 du Cciv.

Ainsi, pour vous assurer que Maurice Hauriou repose en paix, nous vous invitons à considérer qu'une ASA n'est pas interchangeable avec une ASL, qu'elle requiert une utilité publique ou un intérêt public suffisant, distinct de la somme des intérêts particuliers, et qu'en l'espèce, l'intérêt qui s'attache à la réfection de ces voies privées desservant un quartier résidentiel ne justifie pas que soit mise en place un établissement public disposant de prérogatives de puissances publiques.

PCMNC au rejet de la requête.