PREMIERE PARTIE
DOCTRINE

ETAT CIVIL ET ELECTORAT DANS LES ETABLISSEMENTS FRANÇAIS DE L'INDE (VERS 1848, VERS 1884)

Par Damien DESCHAMPS
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

La nuit précédente je remplis le document officiel de ma profession de foi, document qui serait déposé aux archives du monastère. Je me donnai beaucoup de peine pour le rédiger, veillant à ce que chaque point fût clair. Je songeai tout d'abord à employer la courte formule consacrée : "En présence de Dieu et de ses Saints, je promets d'être ferme et discipliné et de réformer mes mœurs selon la règle de Saint Benoît". Quand je la relus, il me sembla que j'en avais pas dit assez, qu'en un sens une déclaration aussi simple et aussi concise ne saurait être contraignante. Le fait même que l'idée m'en fût venue aurait dû attirer mon attention sur la futilité essentielle de toute profession de foi. Il n'en fut rien. Cela m'incita simplement à allonger et compliquer la formule, invoquant quelques noms supplémentaires pour renforcer ma promesse.

Anthony SHAFTON, *Le moine apostat.*

Le point II-8) de *L'accord sur l'avenir de Mayotte* du 27 janvier 2000 prévoit "la rénovation de l'état civil (…) à échéance de cinq ans". Il est précisé que "le rôle des cadis sera recentré sur les fonctions de médiation sociale", que "le droit des femmes dans la société mahoraise seront confortés" et que "la clarification du statut personnel sera poursuivie"[1].

A ce jour en effet, les Mahorais exercent les droits politiques attachés à la citoyenneté française sans en posséder l'état civil. Une telle situation, pour originale qu'elle soit a connu des précédents durant la période coloniale. Les Établissements français de l'Inde méritent à cet égard toute l'attention de l'historien et du politiste. Avec les quatre communes du Sénégal ils offrent l'un des rares exemples de citoyenneté exercée hors l'état civil français[2].

1 A la suite de cet accord le gouvernement a promulgué l'ordonnance 2000-218 du 8 mars 2000 dont le titre II établit une commission de révision de l'état civil à Mayotte tandis que le titre Ier établit les règles de détermination des nom et prénoms. L'ordonnance 2000-219 du 8 mars établit quant-à-elle les nouvelles règles d'enregistrement à l'état civil.

2 Un recensement complet des cas de citoyenneté sous statut personnel est donné par Jean RUNNER, *Les droits politiques des indigènes des colonies*, thèse de droit, faculté de droit de l'Université de Paris, Paris, Larose, 1926, 158 p.

Citoyens soumis à un statut personnel qui leur reconnaît des droits et des obligations spécifiques distincts de ceux définis par la loi civile française, les Indiens des Établissements français de l'Inde ont concentré en eux quelques unes des principales difficultés théoriques et pratiques nouées autour de la fabrique politique et juridique du citoyen républicain. Il convient en effet de rappeler cette évidence que nombre de discours sur la République tenus aujourd'hui semblent persister à ignorer : l'universalisation du suffrage en 1848 et sa mise en œuvre régulière à partir de 1871 n'ont pas produit une définition de la citoyenneté dont on pourrait dire qu'elle est "une et indivisible". C'est même l'inverse. Le suffrage universel génère ou renforce un certain nombre d'exclusions permanentes de la citoyenneté dont celle des femmes fournit la figure emblématique mais non pas unique.

Loin de tenir les accommodements dont le droit de la citoyenneté est l'objet en Inde ou au Sénégal pour l'une de ces exceptions propres à une situation coloniale dont il faudrait admettre alors d'emblée la nature atypique (pour ne pas dire exotique), il importe au contraire de les saisir comme les éléments constitutifs de la doctrine politique républicaine qui s'élabore sous la IIIe République. Tout comme la querelle des rites chinois ou celle des rites malabars, qui devaient diviser toute l'Europe religieuse durant près d'un siècle, ont été l'occasion de penser en des termes inédits l'universalité du message chrétien et les pratiques sacramentelles de l'Église, le détour par l'Inde est ainsi une occasion de penser à nouveaux frais l'universalité républicaine et ses conditions de possibilité.

Comment la IIIe République a articulé ensemble droits politiques, identité juridique et identité sociale des personnes dans la figure du citoyen ? Quelles solutions apporte-t-elle à l'hétérogénéité de statuts juridiques de ses sujets ? Nous rappellerons d'abord dans quelles conditions et suivant quels principes le Gouvernement provisoire formé en février 1848 décida d'étendre aux natifs des Établissements français de l'Inde le droit de vote, pour dégager ensuite les enjeux pratiques et théoriques que suscitent cette première décision, dans l'ordre même suivant lequel ils s'imposent à l'attention des autorités politiques ou judiciaires. La question de la différence de statut juridique n'émerge en effet que progressivement et par plusieurs biais différents, au fil des difficultés rencontrées. La première concerne la transposition du droit de suffrage du plan national à celui des institutions locales, jusque là dominées par le gouverneur. Si, au plan national, le cas des soixante milles électeurs indiens régis par un statut personnel apparaît tout à fait marginal, il n'en n'est plus de même au plan local où, face à cinq ou six cents électeurs *civilement* français, ils représentent la quasi-totalité du corps électoral. Faut-il appliquer purement et simplement la loi du nombre comme cela se pratique déjà en ce qui concerne les élections législatives où Français et Indiens votent ensemble, ou bien aménager les scrutins locaux en tenant compte du statut juridique des électeurs ?

Nous verrons pour quelles raisons, pas forcément identiques suivant la position politique ou morale qu'ils occupent, les acteurs amenés à en décider collectivement se rallient, non sans difficulté, à la seconde solution. Ce premier pas accompli en suscite immédiatement un second, qui nous mène au cœur de ce qui

constituera, à partir de cette époque et jusqu'à 1914 la problématique politique des Établissements. Les termes en sont simples : quelle position politique faut-il réserver aux Indiens catholiques ? Comme si ce n'était pas assez que d'avoir à organiser la cohabitation politique de statuts juridiques différents, le législateur introduit en effet dans le collège des natifs une nouvelle distinction, fondée sur l'appartenance religieuse.

Ainsi que nous l'observerons, c'est là moins un choix qu'une nécessité, le tribut payé à l'extension du suffrage universel au-delà des limites juridiques qui lui sont normalement assignées. L'extension du suffrage a pour but, aux yeux des républicains, de favoriser à terme, l'homogénéisation sociale et juridique du corps électoral. Ils ne la conçoivent évidemment que dans un seul sens, celui de l'assimilation à la citoyenneté française d'électeurs qui lui sont partiellement étrangers. Cela implique de donner au collège des citoyens français une place prépondérante dans les institutions locales alors même qu'il représente une infime minorité du corps électoral d'ensemble (environ 1%). Cela implique encore de distinguer au sein du collège natif, ceux des Indiens qui sont les plus avancés dans la voie de l'assimilation et les plus proches d'adopter l'état civil français. Les Indiens catholiques, qui représentent environ six mille électeurs, sont précisément dans cette position d'intermédiaires, tant en ce qui concerne le plan "moral" (un même dieu et la fraternité universelle opposés à la multiplicité des dieux hindous et la hiérarchie des castes dont il faut rappeler que d'essence sacrée, elle induit une inégalité ontologique entre les individus qu'elle répartit le long de son échelle), qu'en ce qui concerne le plan social (éduqués dans les petits séminaires, ils parlent seuls français et fournissent à l'administration des Établissements tous les auxiliaires indigènes dont elle a besoin).

Mais si le choix du double collège et de la subdivision du collège indigène sur la base de l'appartenance religieuse doit à terme favoriser l'assimilation, il a tout autant pour but d'accommoder le fonctionnement du suffrage universel aux conditions locales. De façon toute pratique, et à l'inverse de l'objectif qu'il prétend rechercher, le législateur est ainsi conduit à dénier à l'exercice du vote le pouvoir d'institution du social que lui reconnaissaient les révolutionnaires de 1848 et qui justifiait en principe son extension aux natifs de l'Inde. Au demeurant, contrairement aux espoirs de ses promoteurs, ce suffrage divisé n'empêche pas l'émergence des luttes politiques "publiques" là où, auparavant, régnaient les arrangements entre notables. L'enjeu en est la redéfinition des équilibres socio-juridiques et des catégories qui les sous-tendent, auxquels le système du double collège avec ses divisions secondaires était censé se conformer.

L'existence d'un privilège pose nécessairement la question de la qualité de ceux qui peuvent s'en prévaloir. C'est parce qu'ils possèdent la qualité de citoyens français que le législateur a accordé aux électeurs "européens" une représentation hors de proportion avec leur nombre. Mais c'est en raison de leur compétence sociale et morale qu'il a distingué, parmi les natifs, les Indiens catholiques. Or, pour être tous les deux requis dans le cadre de la politique d'assimilation qui sous-tend

l'extension du droit de vote aux natifs, ces deux critères ne s'en contredisent pas moins. Le premier fait du vote un droit propre au sujet politique, tandis que le second en fait une fonction publique que le sujet peut prétendre exercer seulement s'il en est "capable" (la question étant alors de savoir qui et selon quels critères va être chargé d'évaluer cette capacité).

Finalement, le législateur a moins conforté les situations politiques acquises des catégories qu'il a distinguées que mis en tension les modalités de leur constitution. A la capacité juridico-politique que confère la possession d'un statut, il devient possible d'opposer la capacité réelle, ou supposée telle, de ses titulaires (la compétence). Nous verrons ainsi comment les Indiens catholiques et leurs défenseurs, qui contestent l'exercice des droits politiques aux autres natifs au prétexte qu'ils ne possèdent pas le statut juridique des citoyens français, sont amenés de façon parfaitement contradictoire à mettre en doute la capacité morale de ceux qu'on appelle les "topas" à assumer les droits et devoirs de la citoyenneté pour mieux contester la prééminence électorale accordée aux "électeurs européens" parmi lesquels les "topas" sont inscrits.

Les "topas" sont les descendants d'Indiens ou de métis. Convertis au christianisme au temps des missions portugaises, celles-ci les obligeaient à abandonner leur statut personnel. Considérés comme des sujets de plein droit de la couronne portugaise, ils deviennent ceux de la couronne française quand celle-ci établit sa domination sur le sud de la péninsule. Figure en miroir des Indiens catholiques, qui n'ont pas été obligés d'abandonner leur statut personnel, ils sont leurs plus irréductibles ennemis politiques. La revendication assimilatrice des chrétiens indigènes remet en cause leur propre identification au groupe des "Européens". Ainsi, lorsqu'en 1877 la direction des Colonies accepte de réformer à nouveau les institutions politiques des Établissements dans un sens encore plus libéral que ce qui avait été réalisé en 1872, l'un des membres de la commission chargée de rédiger le décret dénonce le défaut d'assimilation des "topas" pour exiger que les présidents des conseils locaux soient choisis parmi les membres du premier collège *d'origine* "européenne".

Dès ce moment un basculement commence à s'opérer, d'une construction des statuts politiques fondée sur l'identité juridique et religieuse des électeurs, à une construction fondée sur la naissance. Ce basculement, la réforme de l'état civil et le mouvement de renonciation au statut personnel initié chez les Indiens catholiques l'accentueront au lieu de le prévenir.

En renonçant à leur statut personnel pour l'état civil français, les Indiens catholiques poursuivent sans doute un but politique, la domination d'un champ électoral local fractionné entre des collèges au poids inégal. Mais ils règlent aussi une situation juridique devenue extrêmement confuse sur le plan civil et accomplissent l'objectif d'assimilation "par l'exercice même des libertés politiques" qui depuis 1848 a servi à justifier l'extension du suffrage universel aux natifs de l'Inde ou des communes du Sénégal régis par un statut personnel. Or l'administration leur refuse d'emblée les bénéfices politiques de leur geste au prétexte qu'il

manquerait de sincérité. L'administration coloniale conteste la nature même d'une démarche de type unilatéral à laquelle, contrairement à la procédure de naturalisation, elle ne peut, sous quelque prétexte que se soit, s'opposer. Elle est ainsi conduite pour la première fois à remettre en cause officiellement la tradition héritée de la Monarchie, qui reconnaissait aux indigènes sujets de la couronne le droit de renoncer à leur statut pour se placer sous la protection des lois et des tribunaux français.

L'administration impulse au droit colonial une direction inverse de celle que suivra la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité fondée sur le double droit du sol. Droit de renonciation aux colonies, double droit du sol en métropole, si les deux principes ne s'équivalent pas, ils ont ceci en commun qu'ils placent l'accès à la citoyenneté sous l'empire exclusif de mécanismes juridiques. Aucun autre critère n'est opposable à la durée de résidence de l'étranger dûment constatée ou à la volonté du sujet indigène dûment exprimée. Dans les deux cas, la citoyenneté est un lieu ouvert potentiellement à tous les sujets placés sous l'empire de la souveraineté française. En substituant aux colonies le principe de l'appréciation discrétionnaire, l'administration coloniale rompt irrémédiablement l'unité juridique et politique de l'empire. Bien avant que personne ne s'en avise, elle liquide le principe même de l'assimilation. Sous le double prétexte de garantir l'unité sociale et civique du peuple républicain et de protéger les spécificités juridiques des sociétés colonisées, elle supprime l'une des rares possibilités qui restait aux colonisés d'échapper aux mécanismes policiers et disciplinaires de la domination coloniale.

Selon l'administration, la renonciation véritable ne devrait pouvoir intervenir qu'au bénéfice des Indiens ayant acquis une compétence culturelle et sociale propre à leur permettre de soutenir leur nouvel état juridique. N'ayant pas réussi cette fois-ci à convaincre l'autorité politique de mettre sur pied une telle instance de régulation, elle recherche le moyen qui priverait la renonciation de ses effets politiques, c'est-à-dire qui éviterait le transfert des renonçants du collège électoral indien vers le collège électoral européen. Le décret de 1884 qui les isole dans un troisième collège créé spécialement à leur intention préfigure la mise sur pied d'une procédure de *cens civique* que nous avons analysée ailleurs[1]. Mais dès ce moment apparaît avec évidence que, pour être formellement fondée sur la compétence, la discrimination des renonçants fonctionne de fait comme discrimination de naissance : les "Français d'origine" n'ont pas, quant-à-eux, à faire la preuve d'une compétence particulière pour exercer la plénitude des droits politiques. Aux colonies on naît citoyen français, on ne le devient pas. L'exigence de compétence est l'habillage culturaliste d'une citoyenneté fondée sur une appartenance sociale pensée en termes de filiation naturelle à travers le vocabulaire de la "race".

1 Damien Deschamps, « Une citoyenneté différée. Cens civique et assimilation des indigènes dans les Établissements français de l'Inde », *Revue française de science politique*, vol 47, n° 1, février 1997.

I/ 1848, LES RAISONS D'UN GESTE

Parmi toutes les décisions que dut prendre le Gouvernement provisoire formé au cours des Journées de Février 1848, deux ont marqué profondément l'histoire : l'abolition de l'esclavage dans les colonies françaises et la proclamation du suffrage universel masculin. Jusqu'à ce jour, tenus pour des choses, les esclaves obtiennent la reconnaissance de leur personnalité juridique par le biais de l'inscription à l'état civil français dont les registres leurs sont désormais ouverts. Devenus des hommes libres, civilement français, ceux d'entre eux qui étaient majeurs et de sexe masculin purent alors prendre part au scrutin au même titre que leurs concitoyens quand les vieilles colonies furent invitées à envoyer des députés à l'Assemblée constituante.

A l'exemple de ce qui se passait au Antilles ou à La Réunion, le Gouvernement provisoire invita de même les natifs des Établissements français de l'Inde à désigner un député[1]. Tout autre pourtant était leur situation. Les natifs de l'Inde française possédaient depuis toujours "(…) une organisation sociale fort ancienne, des religions diverses et les mœurs particulières"[2], régies par un droit et des tribunaux spécifiques dont l'autorité coloniale avait admis qu'ils constituaient leur état juridique propre. En plusieurs occasions, une première fois en 1769, et encore en 1819 après qu'ait été promulgué le Code civil dans les Établissements[3], elle s'était solennellement engagée à en respecter toutes les clauses. Sujets français, les natifs restaient "civilement" indiens, si le terme peut avoir une signification dans une société où l'état personnel est d'essence religieuse.

Le Gouvernement provisoire néanmoins passa outre, ouvrant le scrutin à tous les natifs établis depuis au moins cinq ans dans les Établissements. Il lui paraissait en effet paradoxal de refuser à des populations toujours restées libres un droit qu'il accordait aux esclaves de la veille. Puissance des représentations et des préjugés : il suffisait de dire que les Indiens avaient conservé leurs franchises pour les croire des hommes libres, comme si le régime des castes n'instituait pas entre eux l'inégalité et l'exclusion. Car que signifiait le mot libre appliqué à un intouchable, dont le sort matériel et moral, pour être instrumenté de façon différente par le droit ou la coutume, n'en était pas moins en certaines de ses occurrences aussi rude que celui de l'esclave ? Mais parties prenantes de l'imaginaire anthropologique de cette époque, qui concevait les civilisations comme les degrés d'une échelle auxquels correspondait la gradation des couleurs du noir au blanc caractéristique des diverses

1 Instruction du 27 avril 1848 adressée au Gouverneur des Établissements français de l'Inde, en application du décret du 6 mars 1848.

2 SOM, (Section outre-mer du centre des Archives d'Outre Mer situé à Aix-en-Provence, cette section couvre les archives versées par le ministère des Colonies), Inde, 361 (310), Procès-verbaux de la commission chargée d'examiner le projet du comte Desbassayns de Richemont député de l'Inde de créer des conseils électifs dans les Comptoirs, séance du 10 février 1872, intervention du sous-directeur des Colonies. Le premier député de l'Inde élu est Lecour, en 1849, mais son siège est supprimé juste après son élection. Le premier qui siégera véritablement est Desbassayns de Richemont, élu en 1871 quand il est rétabli.

3 Article 3 de l'ordonnance du 6 janvier 1819 promulguant les codes français dans les Établissements de l'Inde rendue par le comte Dupuy, gouverneur.

races humaines, beaucoup partageaient l'opinion du premier député de l'Inde, pour qui la race "indienne" était supérieure à "la race noire" et "plus avancée" sur le chemin de la "civilisation"[1].

Rien de tout cela cependant n'aurait sans doute suffit à emporter la décision du Gouvernement provisoire si la proclamation du suffrage universel n'avait investi le droit de vote d'une puissance d'institution qui l'érigeait en producteur du social et le lui subordonnait[2]. Du temps de l'Ancien Régime, le statut personnel des Indiens avait représenté un ensemble de privilèges qui s'insérait peu ou prou dans la trame d'une société inégalitaire où chaque groupe disposait de ses immunités et obligations particulières. Sous la Monarchie de Juillet, il n'avait plus été que l'expression d'un état social rétrograde dont le pouvoir s'accommodait en attendant que les efforts conjugués des missions et de l'administration coloniale le fassent disparaître[3]. Dans ce moment d'effusion humanitaire qui suit les Journées de Février, le suffrage universel semble un levier assez puissant pour surmonter tous les obstacles sociaux, "réveiller les consciences", ébranler les barrières de la caste, relever les parias dont le sort terrible émouvait les lecteurs de Bernardin de Saint-Pierre ou le public de Casimir Delavigne[4]. Le but n'est plus seulement d'obtenir la conversion religieuse des hindous ou des musulmans, mais l'assimilation juridique, sociale et politique des Indiens à la République française. Le suffrage universel faisait une obligation au Gouvernement provisoire de s'affranchir des distinctions attestées par l'histoire mais non fondées en raison. Il lui interdisait de différer dans l'au-delà ou dans un avenir plus ou moins lointain la réalisation des droits humains les plus fondamentaux, hors desquels le lien social est une chaîne de servitude.

Ce qui justifiait alors le privilège électoral accordé aux natifs, c'était qu'ayant toujours été "libres" au point de vue de la loi, leur émancipation civile et politique exigeait plus que jamais leur libre adhésion. Ainsi que le déclarera en 1883 devant la Cour de Cassation le défenseur des Indiens restés soumis à un statut personnel :

---

1 SOM, Inde, 361 (310), rapport cité, Desbassayns de Richemont, séance du 10 février 1872.

2 Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 15. Voir aussi Karl MARX, *Le dix-huit brumaire de Louis Bonaparte*, 1ère éd. 1852, Paris, Messidor- Éditions Sociales, 1984, 230 p., p. 197, note 165.

3 Voir à ce sujet le "Discours prononcé par le procureur général Moiroud", 12 avril 1829, cité par Jacques WEBER, *Les Établissements français de l'Inde au XIXe siècle (1816-1914)*, thèse d'État, 5 T. 3004 p., Paris, Librairie de l'Inde, 1988, p. 179 :"Si jamais des préjugés barbares, si d'odieux usages tentaient de s'appesantir sur vous, venez vous jeter dans les bras de la magistrature que le roi vous a donnée ; vous la trouverez toujours prête à combattre pour les droits éternels de la justice et de l'humanité".

4 Casimir DELAVIGNE, *Le Paria*, tragédie en 5 actes représentée au théâtre de l'Odéon le 1er décembre 1821, *Œuvres complètes*, nouvelle éd., théâtre, vol. 1, Paris, Firmin-Didot, 1888, pp. 178-265. Idamore, guerrier victorieux aime Néala, la fille du grand-prêtre Akébar, mais il n'ose demander sa main car il craint que son origine paria, tenue secrète, si elle est révélée, lui fasse perdre l'amour de Néala en même temps qu'elle provoquera la vengeance des "brames". Bernardin de SAINT-PIERRE dans *La chaumière indienne*, fait du paria un double de Paul, un "enfant de la nature" placé sous le patronage d'un Rousseau affadi, irénique et indifférent à la réalité sociale. Ce paria apparaît vite comme le pauvre artifice narratif d'un doctrinaire de salon qui prétend dénoncer au nom de la "nature" l'artificialisme doctrinal des Encyclopédistes.

"Le Gouvernement est disposé à favoriser dans nos établissements toutes les renonciations aux privilèges qui font de l'Inde une société aristocratique et immobile en contradiction avec nos institutions et nos idées républicaines, mais il entend que ce mouvement d'assimilation se produise par le jeu même des libertés politiques accordées aux Indous et sans porter atteinte aux droits que, par une anticipation généreuse, il a concédés sans distinction à tous les habitants"[1],

L'abandon du statut personnel pour l'état civil français devait être le signe de cette émancipation dont il marquerait l'achèvement. Mais les voies de la *ratio* républicaine ne sont pas forcément celle du devenir socio-historique. Lorsqu'après 1870 les Indiens récupèrent l'usage de droits électoraux (qu'ils n'avaient "exercés" qu'une seule fois en 1849[2]), ils ne manifestent aucun désir de se placer sous le régime civil français. Entre l'état juridique "privé" et l'état politique de citoyen, un décalage persistant s'instaure, auquel le législateur va être contraint de donner une expression institutionnelle.

II/ ÉGALITE POLITIQUE, HIERARCHIE STATUTAIRE : LE DOUBLE COLLEGE

Civilement étrangers mais politiquement Français et membres du souverain, les natifs de l'Inde ne peuvent plus être gouvernés comme les autres sujets coloniaux. Sous la pression de Desbassayns de Richemont, le député fraîchement élu des Établissements, la direction des Colonies réunit tour à tour une commission locale et une commission nationale aux fins d'examiner de quelle manière il convient de libéraliser le fonctionnement des institutions locales pour l'heure entièrement dominées par le gouverneur.

Desbassayns de Richemont figure à l'Assemblée nationale parmi les légitimistes. Il est néanmoins assez étroitement intéressé à conserver son siège de député de l'Inde pour se séparer d'eux lorsqu'ils réclament que soit supprimée la représentation parlementaire des colonies au Parlement. Pour se mettre à l'abri de mauvaises surprises au cas où ses amis politiques accéderaient finalement au

1 *Sirey. 1885. 1. 379.*, Cass. civ., arrêt du 6 mars 1883, exposé du conseiller Greffier avocat conseil qui défend contre le procureur Desjardins le droit de suffrage des Indiens restés fidèles à leur statut personnel. Greffier en fait reprend la doctrine que l'administration des Colonies exposait au sénateur Jules Simon : le gouvernement pense que la loi de Manou ne doit plus régir la société indienne, mais cet abandon doit être provoqué "sans contrainte". "Cette ligne de conduite était la conséquence du droit qu'ont aujourd'hui les Indiens de prendre part à la direction politique, non seulement des affaires locales, mais encore des affaires métropolitaines, par leur représentation au Parlement" (SOM, Aff. pol., 309 (3), sous-dossier 1, lettre d'avril 1883 adressée par la direction des Colonies à Jules Simon en réponse à ses demandes d'explication à propos des réformes électorales projetées en Inde).

2 Le siège de député de l'Inde est supprimé par la Constituante, sans que la participation des Indiens au suffrage ne soit remise en cause, le député élu ayant été validé. Sous le Second Empire, les Établissements de l'Inde sont considérés comme une colonie administrative et restent en dehors du mouvement de libéralisation engagés pour les Antilles et La Réunion à la faveur des senatus consulte de 1864 et 1866.

pouvoir, il s'attache donc à conforter son siège[1]. La création d'instances locales élues enracinera en quelque sorte *a posteriori* la représentation parlementaire de l'Inde dans un ensemble institutionnel cohérent qui rendra plus malaisée la tâche d'argumenter sa suppression. Elle permet encore au député de l'Inde de se constituer, par l'intermédiaire des élus locaux, un réseau d'influence indépendant des fonctionnaires de la colonie auxquels il doit sa première élection[2].

Mais s'il se sépare de son parti pour des raisons d'opportunité, Desbassayns reste fidèle à ses idées essentielles. Catholique fervent, il n'ignore rien des difficultés et des lents progrès de l'œuvre missionnaire en Inde. Il lui paraît qu'appliqué sans tempéraments à la désignation des assemblées locales, le suffrage universel, au lieu d'être le vecteur du ralliement des hindous au droit de la métropole imaginé par ses partisans, le compromettra irrémédiablement :

"(…) dans les élections l'élément européen et chrétien serait toujours absorbé par l'élément payen. Comme résultat, se serait la ruine de la civilisation et le retour à la barbarie"[3].

Afin de prévenir le danger, il propose que les membres des conseils locaux soient élus pour moitié par une liste réunissant les "Européens et les descendants d'Européens", et pour moitié par une liste réunissant les "natifs".

La commission locale oppose d'emblée aux revendications du député, l'incapacité où se trouveraient les natifs de faire un quelconque bon usage de leurs droits électoraux :

"La population native, considérée dans son ensemble, n'est pas mûre pour les institutions représentatives. (…) Sauf de rares exceptions, les natifs sont guidés dans tous leurs actes par les préjugés de caste. Il est difficile si l'on n'a vécu dans le pays de comprendre à quel point l'esprit de caste a rétréci et oblitéré l'intelligence des Indous"[4].

Entre le régime de la caste et l'exercice éclairé du suffrage universel l'incompatibilité serait radicale :

---

1 D'après le *Dictionnaire des parlementaires français*, Desbassayns de Richemont siège au centre-droit à l'Assemblée constituante puis à droite au Sénat. Sauf sur la question de la représentation coloniale, ses votes joignent systématiquement ceux des légitimistes (pour la paix, pour les prières publiques, pour l'abrogation des lois d'exil, contre l'amendement Wallon etc.)

2 Nous développons ce point dans le 3ème chapitre de notre thèse, *La République aux colonies : le citoyen, l'indigène et le fonctionnaire. Citoyenneté, cens civique et représentation des personnes, le cas des Établissements français de l'Inde et la genèse de la politique d'association (vers 1848, vers 1900)*, Thèse de science politique, Faculté de Droit de Grenoble, Université Pierre Mendès-France, 1998, 603 p. où nous analysons les résultats électoraux enregistrés dans les Établissements, sous l'angle des pratiques électorales. Desbassayns de Richemont est un élu sans électeurs (ou de très peu d'électeurs), mais soutenu par des notables de Pondichéry qui contrôlent les bureaux de vote et remplissent les procès-verbaux de l'élection. Il n'y a de véritable "mobilisation" politique en Inde qu'à partir des années 1880, à la suite du mouvement de la renonciation au statut personnel initié par les chrétiens indigènes, *cf. infra*.

3 SOM, Aff. pol., 717 (4), "Réponse du gouverneur du 30 septembre 1871 à la dépêche ministérielle du 3 août". Le rapport de la commission locale y est annexé.

4 *Ibid*.

"La division des habitants en castes et la subdivision des castes sont des obstacles sérieux à toute innovation qui tendrait, en affranchissant l'Indien de la tutelle de l'élément européen, à le rendre maître de lui-même dans la gestion des affaires publiques. Chaque conseil élu, de quelque nom dont on le décorerait, serait un conseil de caste (...)"[1].

Loin de favoriser l'émergence d'une conscience civique ou le sentiment d'une commune appartenance, l'organisation d'assemblées locales élues au suffrage universel aura pour conséquence inéluctable de renforcer le fractionnement de la société en collectivités hiérarchisées, repliées sur elles-mêmes et leurs privilèges. Tout au plus donnera-t-elle aux hautes castes de nouveaux instruments pour opprimer les castes les plus basses et les Intouchables, resserrant les liens déjà étroits de leur dépendance. La commission locale conclut tout à l'inverse du député de l'Inde que loin d'élargir l'usage du suffrage universel à la vie locale, il conviendrait plutôt de le retirer aux natifs auxquels il a été trop vite concédé.

La commission métropolitaine est composée du député de La Réunion son président, du député de l'Inde, des hauts fonctionnaires ayant servi comme gouverneurs ou magistrats dans les Établissements, ainsi que d'un représentant de la direction des Colonies[2]. Plus hétérogène dans sa composition, et plus variée dans ses appréciations, la commission renâcle néanmoins à l'idée de diviser le corps électoral en deux collèges. Parmi les plus hostiles au projet figurent Aubenas, ancien procureur général à Pondichéry, et Roy, le représentant de la direction des Colonies. D'après Aubenas si le projet du député de l'Inde était avalisé en l'état, il en résulterait

"(…) un embarras sérieux pour l'administration, celui de la délimitation des races"[3] ;

Roy, quant-à-lui, parle d'une

"(…) regrettable division de classes dont l'administration s'est abstenue avec le plus grand soin depuis plus de vingt ans (…)[4].

L'accord de Roy et Aubenas sur ce point est d'autant plus remarquable que leurs analyses procèdent de logiques antinomiques et aboutissent à des conclusions opposées. Suivant Aubenas, c'est reconnaître aux Indiens la qualité de citoyen que

1 SOM, Aff. pol., 717 (4), "Réponse du gouverneur du 30 septembre 1871 à la dépêche ministérielle du 3 août". Le rapport de la commission locale y est annexé. Pour comprendre les craintes manifestées par la commission locale il suffit de se reporter à *l'Essai sur les castes dans l'Inde*, paru à Pondichéry en 1870, de A. Esquer, conseiller à la Cour d'appel de cette ville. L'auteur recense pour le sud-est de l'Inde, où est sise Pondichéry, 49 castes principales, elles-mêmes subdivisées en groupes plus ou moins important dont certains forment en fait des castes à part entière, sans compter les hors castes divisés eux mêmes en véritables castes. Par ailleurs, Esquer, comme tous ceux qui s'intéressent à cette question a soin de marquer le caractère arbitraire de sa classification, chaque village possédant sa hiérarchie et ses coutumes propres en matière de caste.

2 Voir SOM, Inde, 361 (310), commission Desbassayns de Richemont sur l'organisation de conseils locaux et d'un conseil colonial en Inde, décret du 13 juin 1872.

3 *Ibid*.

4 *Ibid*.

de leur accorder la jouissance de son attribut essentiel, le droit de vote. Après la proclamation du suffrage universel, l'état d'électeur n'est plus divisible comme cela pouvait être le cas sous le régime de suffrage censitaire. Les Indiens ne doivent donc souffrir d'autres restrictions dans l'exercice de leurs droits politiques que celles qui s'appliqueraient à tous les citoyens français. Aubenas assimile le projet de double liste à l'organisation d'un système discriminatoire fondé sur l'origine de l'électeur, la "race" pour employer ses propres mots.

Le droit de vote est certes un attribut essentiel du citoyen ; quoiqu'en dise Aubenas il ne saurait pourtant seul le définir. Comme le comprend bien Roy, le sous-directeur des Colonies, qui recourt au terme plus neutre de "classe", le système de la double liste ne fait jamais que traduire dans l'ordre politique la différence des statuts juridiques "privés", entre état civil français et statut personnel. Roy n'y est pas pour cela plus favorable : le vote sous statut personnel, fragilise le lien organique qui subordonne l'exercice des droits politiques à la possession de l'état civil. Sous couvert d'assimilation, il génère une inégalité nouvelle, que le rapporteur de la commission chargé en 1881 de vérifier la validité du mandat du nouveau député de l'Inde traduira de la façon suivante :

"(…) la très grande majorité des Indous, dont les noms figurent sur les listes électorales de nos colonies, en partie contribuables étrangers et en partie n'obéissant pas aux prescriptions de la loi française, [pourront] faire voter des lois qu'ils n'observeront pas et des impôts auxquels ils ne seront pas soumis"[1].

Mais, pouvons nous ajouter, l'inverse est tout aussi vrai : en partie étrangers, les Indiens n'en restent pas moins sujets français. La difficulté est encore accrue en Inde du fait que la création d'instances locales élues intervient postérieurement et comme conséquence de leur participation aux élections politiques. La commission métropolitaine la résout de la manière indiquée par Desbassayns de Richemont, c'est-à-dire en faisant comme si elle pouvait traiter la question des droits électoraux locaux indépendamment de celle du droit de suffrage national. C'est sur cette base que, contre les avis conjoints du sous-directeur des Colonies et du procureur général Aubenas, elle valide le système de la double liste.

---

1 *J.O., Débats parl.,* Ch. des députés, 12 nov. 1881, séance du 11 nov. Notons que les ressortissants des quatre communes du Sénégal se trouvent dans une situation très semblable sur le plan théorique à celle des Indiens des Établissements, même si dans le détail les variantes sont nombreuses. Au Sénégal, où il n'existait pas de texte équivalent à l'arrêté du 6 janv. 1819, l'arrêté de promulgation du Code civil du 5 nov. 1830, confirmé par la loi organique du 24 avril 1833, porte assimilation. Cependant, ainsi que le note DARESTE dans *Les nouveaux citoyens français. Loi du 29 sept. 1916*, Paris, Marchal & Godde, 1916, 16 p., ces dispositions restèrent lettre morte sur le plan civil, la loi musulmane continuant d'être appliquée. Les citoyens des quatre communes éliront un député le 30 oct. 1848 ; la loi du 15 mars 1849 qui supprimait celui de l'Inde, leur conservera le leur. Il disparaîtra seulement après le coup d'État du 2 décembre. Le décret du 20 mai 1857 reconnaissait aux natifs des quatre communes un statut personnel, mais suite au rétablissement de la République et de leurs droits politiques, la Cour de cassation, ignorera ce texte en refusant de se prononcer sur la nature de leur statut ; la jurisprudence restera très contradictoire, même après la loi du 29 sept. 1916 qui les proclame citoyens français (et donc assujettis aux obligations militaires), puisque citoyens ou non de plein exercice, ils continuent de régler leur état civil suivant les règles coraniques et la coutume, *cf.* Jean RUNNER, *op. cit*., pp. 20-24.

Paradoxalement, alors même qu'il porte atteinte à l'unité du corps des électeurs, un tel choix trouve sa meilleure justification dans le projet politique de l'assimilation. La principale difficulté d'une telle politique, qui exige une adhésion libre et volontaire au modèle juridique français, est d'attendre de la mise en représentation politique de la personne qu'elle favorise l'assimilation civile quand, en droit, cette mise en représentation y est subordonnée. Une optique rigoureusement assimilatrice conditionne ainsi une mise en représentation des électeurs modulée suivant leur statut. Elle exige de donner à la différence des états juridiques privés une traduction dans l'ordre de la représentation politique, aussi bien pour réguler les rapports entre les différentes communautés qu'elle spécifie, que pour déterminer les évolutions juridiques souhaitables à l'intérieur de chacun de ces statuts. La communauté juridique française, partout en minorité, doit alors disposer d'une certaine primauté dans les institutions représentatives locales qui lui conserve son caractère "exemplaire" et fasse d'elle une source permanente d'inspiration pour les Indiens restés sous statut personnel. Puisque le droit de suffrage n'a pas entraîné chez ces derniers la soudaine "prise de conscience" de leur état social "attardé" ni sa résorption dans un mouvement massif d'assimilation juridique ; qu'on ne saurait néanmoins le leur conserver sans postuler ce dernier, il faut donc supposer que ses vertus assimilatrices agissent progressivement. A l'instantanéité fusionnelle rêvée en 1848 se substitue maintenant la durée indéterminée de l'apprentissage de "l'état de citoyen".

III/ STATUT RELIGIEUX ET STATUT ELECTORAL : LES CHRETIENS INDIGENES ENTRE APPARTENANCE ET RECONNAISSANCE.

Un apprentissage n'a de sens que s'il est marqué par des étapes qui permettent de mesurer les progrès accomplis. Il se trouve qu'il existe une catégorie d'Indiens réputée avoir réussie, par exception, à briser le cercle de la caste où tous les autres sont tenus enfermés :

"Il est incontestable que la population chrétienne, si elle n'a pas toutes les habitudes et les manières de penser des Européens, s'en rapproche du moins par la supériorité manifeste du caractère, par sa probité, son intelligence, son instruction cultivée et ses croyances"[1].

Les Indiens catholiques sont ainsi placés dans la position d'intermédiaire qui les désigne en priorité à l'attention du législateur. En leur faveur Desbassayns de Richemont pousse encore plus loin le principe de dissociation des droits électoraux mis en œuvre avec le système de la double liste. Ne prévoit-il pas de leur réserver deux sièges sur les six dévolus à la liste indigène au conseil local de Pondichéry, un sur trois à Chandernagor et un sur quatre à Karikal[2] ? De même, au conseil colonial, figurerait un élu catholique parmi les cinq membres indigènes désignés par les

1 *Ibid*.

2 SOM, Inde, 361 (310), séance du 2 mars 1872. Yanaon et Mahé ne sont pas concernés.

conseillers locaux[1]. Le député de l'Inde a sans doute en vue de défendre les intérêts des missions catholiques et de préparer une alliance entre les élus de la première liste (celle des "Européens") et les conseillers natifs catholiques. Mais si les préoccupations religieuses dominent les vues du député de l'Inde, il n'en demeure pas moins que c'est la plus grande proximité des chrétiens indigènes aux valeurs de la société française qui lui permet de revendiquer en leur faveur une position politique privilégiée. Ainsi qu'il le déclare :

"Le chrétien indigène est le trait d'union entre l'Européen et l'Hindou ; rattaché au premier par sa foi, au second par sa race, il est l'anneau qui rapproche les deux civilisations, qui réunit par un lien volontaire de fidélité et de sympathie le peuple dominateur au peuple soumis"[2].

La commission, tout d'abord très réticente à l'idée d'introduire un critère religieux dans un décret politique, trouve finalement divers accommodements qui avalisent le dispositif du député de l'Inde. En ce qui concerne les conseils locaux, sachant que les Indiens catholiques sont presque seuls parmi les indigènes à apprendre le français dans les écoles des missions, l'article 4 du décret du 13 juin 1872 dispose que "nul ne peut [y] être élu s'il ne sait parler, lire et écrire le français". En ce qui concerne le Conseil colonial, le subterfuge est un peu différent. Le projet du député de l'Inde mentionnait seulement l'obligation de compter un Indien catholique parmi les cinq membres indigènes élus au Conseil colonial. La commission adopte une nouvelle rédaction plus neutre, où il est dit que "chacune des trois grandes divisions de l'élément natif (chrétiens, musulmans, gentils), doit être représentée parmi les cinq autres membres élus"[3]. L'aspect étroitement confessionnel de l'intitulé est atténué, mais rien n'est changé sur le fond : l'article fonctionne évidemment au profit des Indiens catholiques partout très minoritaires. Néanmoins, quand un membre de la commission déclare que le projet ainsi remanié

"(…) laisse au suffrage universel son libre et plein exercice (…). Il ne s'agit donc que d'une mesure d'équité et d'égalité au lieu d'une mesure de faveur et de protection"[4],

il ne suscite d'autres répliques que celle du député de La Réunion :

"La commission se préoccupe trop du but et pas assez des moyens"[5].

Ce dernier ne croit sans doute pas si bien dire. Le décret du 13 juin 1872, qui valide le système de la double liste aux élections locales, place les Indiens

1 Les conseillers locaux désigneraient à leur tour sept représentants au Conseil colonial, parmi lesquels deux "Européens". Ces conseillers siégeraient aux côtés des cinq plus hauts fonctionnaires de la colonie membres de droit, dont le gouverneur qui présiderait. Le Conseil colonial concentrant l'essentiel des pouvoirs financiers, le dispositif imaginé par Desbassayns apparaît complètement verrouillé.

2 *Ibid*., séance du 5 mars 1872.

3 Décret du 13 juin 1872, art. 29, article adopté malgré la totale opposition de la direction des Colonies.

4 *Ibid*., séance du 2 mars, c'est Bontemps, ancien gouverneur de l'Inde et proche du député de l'Inde qui fait cette déclaration.

5 *Ibid*., séance du 9 mars.

catholiques dans une position structurellement instable. S'il les distingue ce n'est pas parce que leur croyance les a agrégé à une nouvelle communauté de droit (ce que seul pourrait réaliser un changement de statut juridique), mais parce qu'elle les a investis d'une capacité particulière à remplir les devoirs de "citoyen". Ainsi la commission n'hésite pas, dans le cas des conseils locaux, à substituer au critère confessionnel un critère linguistique : socialement, la connaissance de la langue française dans les Établissements de l'Inde peut être étroitement liée à la situation religieuse de la personne, du point de vue juridique ce lien est purement circonstanciel. Un tel dispositif s'apparente à la mise en œuvre de ce que nous avons appelé un "cens civique", au moyen duquel le législateur entend sélectionner les électeurs soumis au statut personnel sur la base de leur capacité présumée à faire un bon usage du droit de vote[1].

Sous couvert d'élargir le droit de suffrage à des catégories de population que l'application stricte du régime de suffrage universel aurait laissées à l'écart, et bien qu'elle résulte d'un effort sérieux de démocratisation des institutions locales, l'introduction d'un cens civique aboutit en effet à réactiver la théorie du vote-fonction qui, depuis toujours, avait justifié le régime de suffrage censitaire. Elle s'avère finalement contradictoire avec la politique d'assimilation qui la justifie : confondant la question de la capacité juridique, qui en régime de suffrage universel devrait résulter de la seule possession des droits civils, avec la question de la capacité sociale ou culturelle à l'exercer (ce qui définit la *compétence*), la commission subordonne la première à la seconde.

Cibles privilégiées du dispositif, les catholiques indigènes se trouvent dans le même mouvement sommés de faire montre de leur compétence politique et morale dans le cours de son application. Choisis parmi les natifs, ils sont toujours suspects de ne pas être à la hauteur de cette distinction ; entre l'élu et le bouc émissaire, la différence est minime, le passage d'un état à l'autre un fait constant dont ils vont faire la difficile épreuve. Seul groupe susceptible de mobilité au sein du système de classification juridique et politique né de l'introduction du suffrage universel en Inde et de ses aménagements locaux, il cristallise les espoirs et les craintes de l'administration coloniale et des autres groupes d'électeurs. Il est comme un curseur se déplaçant le long d'un balancier : mettant en branle l'ensemble du système, il en révèle alors le point aveugle, la notion même "d'Européen", sous-jacente à la production de la figure du citoyen aux colonies. C'est ce qui apparaît nettement quand à la suite d'une seconde réforme des institutions locales de l'Inde, est entreprise la rénovation de l'état civil.

1 Damien DESCHAMPS, art. cit. p. 7.

IV/ DU STATUT RELIGIEUX A L'ORIGINE, LA COMPETENCE POLITIQUE LAÏCISEE

La crise du 16 mai dénouée en faveur des républicains, Jules Godin, le nouveau député de l'Inde et leur partisan, obtient du ministre de la Marine et des Colonies la réunion d'une commission chargée de préparer un décret qui libéralisera un peu plus les institutions locales.

Le problème de la spécificité politique des chrétiens indigènes se pose alors dans un contexte profondément modifié. Le décret du 13 juin 1872 a encouragé leur chef Ponnoutambypoullé, auquel Godin est étroitement lié, à investir les nouvelles assemblées locales pour les dominer. Les plus engagés dans le processus de libéralisation politique, les chrétiens indigènes ont pris la tête du parti indien en 1872. Mais dès 1876, hindous et musulmans les abandonnent pour rallier la bannière de Chanemougavelayoumodeliar, dit Chanemougam, résolument hostile, au nom de la défense de l'ordre religieux, aux projets assimilateurs de Ponnoutamby. Si ces derniers sont menés à leur terme, c'est l'existence même du statut personnel qui sera remise en cause : soit ce dernier sera vidé de tout contenu effectif, soit maintenu intégralement sur le plan du droit privé, il n'ouvrira plus droit à participer aux élections locales et politiques, au prétexte que les non assimilés n'ayant pas manifesté le même désir que leurs "frères" catholiques de s'associer plus étroitement à la communauté nationale malgré les privilèges politiques qu'elle leur a accordés, il n'y a plus de raison de les leur maintenir.

Face au "parti indien" le "parti européen" se divise lui aussi entre libéraux favorables à certaines des revendications des chrétiens indigènes et conservateurs qui penchent du côté des traditionalistes. Les premiers sont emmenés par Jules Godin, le nouveau député de l'Inde, les seconds par Desbassayns de Richemont qui a pris le siège de sénateur. Soucieux de ménager les intérêts de la religion chrétienne, le sénateur partage la crainte des Missions Étrangères de voir les Hindous, réduits politiquement à la portion congrue dans des institutions locales devenues indifférentes sinon hostiles à leurs coutumes et leurs croyances, s'en prendre alors à l'œuvre d'évangélisation elle-même[1]. Le pieu souci du sénateur et des missions rencontre celui plus prosaïque de nombreux électeurs de la première liste, et en particulier les topas, de sauvegarder la prééminence politique des "Européens", prééminence que l'inscription dans le premier collège de centaines "d'indigènes assimilés" (notion évidemment vide de sens du point de vue du droit, mais non pas sur le plan des représentations sociales) compromettrait gravement[2].

Devant la commission, Desbassayns adopte une stratégie assez oblique, qui lui évite de se poser en défenseur des Indiens conservateurs et du refus de l'assimilation juridique. Il feint même de redouter que l'élection des conseillers

1 SOM, Aff. pol., 720 (5), lettre de Mgr Laouënan, des Missions Étrangères au gouverneur Laugier datée du 10 avril 1882.

2 SOM, Aff. pol., 2874 (9), procès-verbaux de la commission des conseils électifs de l'Inde, 1878, 2ème séance, le 10 avril 1878 et 4ème séance, 24 avril 1878.

coloniaux au suffrage direct et la suppression des membres de droit au Conseil colonial ne favorisent trop les électeurs du collège indigène. Mais s'il avait toujours conservé l'initiative dans la commission de 1872, il est maintenant devancé tactiquement par Jules Godin. Le député de l'Inde s'attache à élaborer un compromis institutionnel qui donnerait la majorité à une alliance entre électeurs progressistes de la première liste et chrétiens indigènes, et dans cette perspective il n'hésite pas à s'attaquer à la notion même "d'Européen" telle qu'elle a été employée jusque là dans les débats. Pour sa part, il affirme vouloir distinguer les "Européens proprement dits" de

"(…) l'élément mixte créole qui ne (…) paraît pas réunir les conditions de moralité et de dignité à rechercher dans la composition des conseils"[1].

Ceux que Godin désigne comme des métis forment en réalité une catégorie composite. Au temps de la présence portugaise, les Indiens convertis au catholicisme étaient obligés d'adopter l'état juridique des Européens et de revêtir une tenue qui les distinguât de leurs anciens coreligionnaires, d'où le nom de "topas", "gens à chapeau" en portugais. Le terme les démarquait de ceux appelés "métis", enfants nés d'unions entre Européens et Indiennes, et élevés dans la religion catholique. Ce n'est pas dire que l'origine "mixte" suffît à définir le métis, puisque ceux d'entre eux élevés dans la religion musulmane ou hindoue étaient assimilés aux indigènes[2]. Malgré leur proximité sociale, métis et topas se tiennent d'abord à part les uns des autres. Le préjugé de couleur, la segmentation de la société coloniale, qui redouble et prolonge la segmentation des castes, les encourageaient à contracter des unions avec "plus Européens" qu'eux et à se mépriser mutuellement. Toutefois, après l'éviction des Portugais de l'Inde et l'adoption de la doctrine de l'accommodation développée par le père de Nobili, les nouvelles autorités coloniales n'imposèrent plus l'abandon de leur caste ni de leur statut personnel aux Indiens convertis. Désormais classés sous le terme de "chrétiens indigènes", ces derniers servent alors de commun repoussoir aux topas et métis qui possèdent l'état civil européen, favorisant leur fusion en une catégorie unique.

Cette polarité sociale suffirait à elle seule à expliquer que parmi les électeurs de la première liste les "topas" s'avèrent les plus hostiles à la promotion des

1 *Ibid*., séance du 17 avril 1878.

2 *Dictionnaire de théologie catholique*, T. 9ème, 2ème partie, Paris, Letouzey & Ané, 1926, article "Malabars (rites)" signé É Amann, col. 1704 à1745. Le terme "topas" vient du portugais et désignait les "gens à chapeau". Après avoir rappelé la difficulté éprouvée par les missionnaires à faire cohabiter des chrétiens de castes différentes, l'auteur de l'article rappelle : "Sur la côte, la difficulté s'est peu à peu atténuée par la coutume qu'ont prise bien vite les missionnaires portugais de dénationaliser les convertis. Ceux qui se sont rangés au christianisme ont dû adopter le costume, la coiffure, la manière de vivre des Européens, des Pranguis (corruption du mot Franc, qui dans tout le Levant désignait depuis longtemps les Occidentaux). Il en est résulté dans les possessions portugaises l'établissement de trois classes de population : les Européens, les Indiens plus ou moins européanisés (désignés encore aujourd'hui sous le nom de topas), chrétiens au moins par le baptême, enfin les indigènes purs, de plus en plus impénétrables au christianisme" (col 1706, nous soulignons). Cette méthode d'évangélisation fut abandonnée progressivement sous l'influence de la théorie de l'accommodation conçue et illustrée par le père de Nobili.

chrétiens indigènes. L'antagonisme est accru encore par le fait que toute augmentation du nombre d'électeurs d'origine indienne dans le premier collège dévaluera leur propre situation politique, alors même qu'elle constitue la meilleure part de leur capital social, d'où ils tirent satisfactions symboliques (ils sont quelque chose dans la hiérarchie sociale) et profits matériels non négligeables. En effet, si nombre d'entre eux vivent pauvrement, que certains croupissent dans la misère, ils ont dans les Établissements la jouissance exclusive des largesses de l'assistance publique, et cela à cause même de leur statut d'Européen, qui interdit aux autorités locales de les laisser complètement déchoir[1].

En portant son attaque contre les topas, Godin joue la similitude de leur profil socio-historique avec celui des chrétiens indigènes pour rappeler que le terme "d'Européen" est seulement un label juridique. Mais dans le contexte colonial, il semble être écrit que toute démarche herméneutique destinée à rappeler les fondements conceptuels des classifications juridico-politiques est vouée à être retournée en son contraire ; en l'occurrence l'annexion du terme d'Européen au vocabulaire du droit pour désigner un certain type d'instrumentation juridique (la possession de l'état civil français) est-il immédiatement mis au service d'un mythe des origines qui en est la négation. Comment les topas apparaissent-ils en effet dans le débat ? A leur propos Godin parle de métis. L'ancien procureur général de l'Inde Guillet des Grois est plus explicite encore :

"(…) ces questions d'Européens et descendants d'Européens ont été laissées dans l'ombre. Il y a des nécessités de situation qui dominent tout. L'élément européen représente la nationalité française, c'est vrai, mais il ne compte guère que trois cents blancs"[2].

La notion d'Européen à peine a-t-elle été relativisée qu'elle est, par un processus inverse de réduction reconstitué en absolu substantiel, la matière d'une peau et de sa couleur. Ce passage de l'abstraction juridique à l'inscription biologique des identités politiques est résumé dans la notion naturelle-politique de race dont le XIXe siècle a signé le prodigieux essor. Un mot qui est plus que lui-même et vaut à lui seul comme paradigme, clef de lecture universelle des rapports sociaux, de l'histoire et de son sens. La race inscrit le passé, le présent et l'avenir du groupe dans les corps individuels pour y déterminer l'histoire comme fatalité subie, nouant

1 Sur la situation sociale des "topas", voir SOM, Inde, 360 (308), Notes du gouverneur Laugier à son successeur, datées du 25 mars 1881 : "L'élément créole (descendants d'Européens) dits topas, (…) dispose par le nombre de la majorité de la première liste à Pondichéry et concourt seul ou à peu près seul avec les fonctionnaires, à la formation de cette même liste dans les Dépendances. Il commence à comprendre la force qu'il peut puiser dans cette majorité qui, aux élections oblige les Européens à compter avec lui. Malheureusement peu fortunés, besogneux pour la plupart, les créoles sont en grande partie à discrétion des Négociants qui les emploient et les font vivre". D'autres auteurs les décrivent comme des misérables refusant de travailler par crainte de déchoir, vivant de la charité publique et extrêmement superstitieux, voir par exemple Félix FALK, *Situation politique de l'Inde française*, s. l. n. d. (vers 1906-1907), édité par l'auteur (un exemplaire se trouve déposé à la bibliothèque des Archives d'Outre-Mer), 41 p., p.9-10.

2 *Ibid*., 6ème séance, le 13 mai 1878. l'ancien gouverneur Guillet des Grois. Félix FALK, *op. cit*., pp. 9-10, qui a pourtant été juge suppléant à Pondichéry, présente les topas comme des "bâtards", et pour cette raison rejetés des autres Européens.

l'individu à la totalité sociale non par la raison ou par la variété des apprentissages sociaux mais par l'atavisme biologique. Nécessairement les fils seront la reproduction des pères (dans cette histoire, il faut le constater, les mères sont absentes, ou fort peu présentes, les médiatrices les plus discrètes possibles de la transmission entre pères et fils), rivés à jamais au destin collectif de leur communauté d'origine. C'est l'atavisme qui détermine entièrement la destinée des Rougon-Macquart. C'est ce même atavisme contrarié qui pousse les déracinés de Barrès au crime. Les vicissitudes apparentes du siècle ne mordent que superficiellement le corps social-naturel habité par une loi d'expansion et de destruction sans appel transmise entre les générations comme une autre faute originelle. Droite et Gauche au sein de la République ont communié dans ce mythe. Clemenceau et Zola voisinent avec Barrès et Paul Bourget. La race devient le patron universel de lecture du social et c'est à partir de lui que la commission de 1879 développe ses analyses, à la place du référent religieux mobilisé en 1872 par Desbassayns.

L'étude des procès-verbaux laissés par la commission permet alors de saisir dans quelques unes de ses modalités concrètes le mouvement de bascule qui a bouleversé tout le XIXe siècle et fait encore la trame de notre histoire[1], du transcendant religieux à l'immanent de la race ou du social.

Le sacrement du baptême, suivant les principes de la théologie catholique, confère au baptisé une identité transcendante que rien dans ses actions ne peut plus atteindre. Le pécheur ou l'apostat se damnent, ils restent des chrétiens jusque dans le châtiment qu'ils souffrent en rétribution de leur faute. Le baptême est dans son ordre un procédé d'identification encore plus puissant, plus marquant que l'état civil français, à la possession duquel nul ne peut renoncer sauf à prouver qu'il a acquis une nouvelle nationalité ; et c'est parce qu'il apparaît tel à Desbassayns de Richemont, qu'en 1872 il propose de distinguer les chrétiens parmi les indigènes. Mais tel il ne fonctionnera pas dans le décret lui-même. Désireuse de ne pas y introduire de critère religieux, la commission de 1872 lui préféra un "équivalent" laïc, la connaissance de la langue française. Sans trop mesurer la portée de son geste sans doute, puisque par le biais de ce premier transfert, c'est la conception même de l'identité des personnes qui se trouvait modifiée. A la conception transcendante de Desbassayns, la commission de 1872 substituait une conception culturaliste de la capacité politique. Ce n'était plus l'identité fondamentale instaurée par le baptême qui justifiait la promotion politique des chrétiens indigènes mais leur compétence supposée à user civiquement du droit de vote.

L'opposition de ces termes peut paraître artificielle. Au final tout cela ne revient-il pas au même ? Desbassayns ne défendrait-il pas en 1880 une conception restrictive de la capacité politique des chrétiens indigènes ? Mais le glissement n'est pas moins décisif, en ce qu'il est aussi un changement de paradigme. Tout comme l'identité religieuse du baptisé est acquise totalement emportant tous les effets qui lui

1 On en trouve une analyse à la fois stimulante et subjective chez Philippe MURAY, *Le XIXe siècle à travers les âges*, Paris, Denoël, 1984, rééd. coll. Tel, Gallimard, 1999, II-688 p.

sont associés paradis et enfer compris, l'identité du citoyen français en régime de suffrage universel est une et absolue. Dedans ou dehors, idéalement, le suffrage universel ne laisse pas de place aux statuts intermédiaires. Tout de la citoyenneté ou rien d'elle. Elle s'oppose ainsi principiellement à toute appréciation de la compétence dont la nature est d'être relative, et de ne pouvoir se mesurer que *in concreto* par rapport à des prestations de même nature. En métropole, le débat avait divisé les rangs mêmes des républicains, entre ceux qui comme jean Macé, président de la Ligue pour l'Enseignement, conçoivent le vote comme l'exercice d'une fonction publique de l'État qui devrait être réservé aux citoyens éduqués, et ceux qui comme Gambetta répliquent

"Le suffrage universel est un droit avant d'être l'exercice légal et régulier de la raison cultivée (…)"[1].

La reconnaissance d'une compétence spécifique aux chrétiens indigènes est donc ambiguë et joue de façon contradictoire. Elle justifie les privilèges électoraux dont ils jouissent au sein du collège indigène, mais dans le même mouvement elle les démarque des électeurs de la première liste, chez qui la compétence est postulée comme l'expression légale de la possession de l'état civil français. Leur statut d'électeurs européens fonctionne comme preuve suffisante de leur compétence, quand c'est l'exercice de compétences réellement acquises qui doit permettre aux chrétiens indigènes de revendiquer une transformation de leur état politique. Entre l'électeur d'origine indienne qui doit faire la preuve de sa compétence (toujours relative) et le citoyen français qui passe pour l'incarner (et en quelque sorte la substantifie dans son corps même), un écart est ainsi creusé, que la multiplication des critères sociaux de capacité politique bien loin de réduire ne va faire qu'élargir.

La situation débouche sur un énoncé paradoxal. Puisque le suffrage universel a réduit la question de la compétence à celle de la capacité juridique (a-t-il ou non l'état civil français), par un retournement propre au contexte colonial, l'absence de compétence bien attestée chez les chrétiens indigènes quand ils opteront pour l'état civil français, amènera leurs opposants et les autorités publiques à leur en dénier les effets politiques en refusant de les inscrire sur la première liste. Et puisque l'appréciation d'une compétence est forcément relative, cette relativité même leur est imputée comme un crime. Ainsi la connaissance de la langue française, jamais assez parfaite, demeurera pour eux celle d'une langue étrangère. Tout ce qui est Français chez eux n'est qu'artifice, le masque de leur ambition secrète de surclasser les "Français véritables", l'expression détournée de leur haine du blanc. Aucun de leurs efforts ne pourra jamais entamer le noyau dur de leur identité devenue substance, couleur de peau, qualité de sang. Tous les progrès qu'ils pourraient accomplir en ce sens seront tenus pour la preuve la plus certaine d'une incompétence native irréductible à jamais devenir citoyen français.

---

1 Discours prononcé au Trocadéro le 21 avril 1881, cité par Claude NICOLET, *L'idée républicaine en France. Essai d'histoire critique,* Paris, Gallimard, 1982, 512 p., pp. 221. voir aussi Damien DESCHAMPS, Thèse cit., pp. 128-146 consacrées en détail au débat proprement juridique autour de la question du vote-droit et du vote-fonction.

Par la suite, les renonçants pourront toujours multiplier les formules devant attester de leur foi dans la République, leurs censeurs n'auront jamais de mal à leur opposer la futilité essentielle des intentions les plus clairement exprimées face au pesant empire des origines. Dans la République coloniale, le sacrement du suffrage universel ne constituera pas ce baptême laïque qui en métropole produit le citoyen et la société républicaine. Le vote, ce n'est plus la voix d'un peuple impossible ou trop absent, mais la voix du sang qui enchaîne les descendants à leurs géniteurs sans que rien ne puisse rompre cette chaîne fatale.

Deux mesures parmi celles arrêtées dans le projet de la commission caractérisent ce glissement d'une transcendance religieuse à une immanence raciale et les difficultés qu'il suscite. La commission a décidé que le conseil colonial rebaptisé conseil général et les conseils locaux seraient élus au scrutin direct, pour moitié par le collège européen et pour moitié par le collège indigène en ce qui concerne les conseils locaux[1]. Jules Godin souhaiterait alors que la présidence de ces derniers fut explicitement réservée à des "Européens de souche", moins hostiles aux chrétiens natifs. La commission accueille l'argument du député des l'Inde, mais préfère la solution avancée par l'amiral Lefèvre :

"(…) du moment où l'honorable député croit devoir faire cette concession que le président devra être choisi parmi les Européens, il se sépare de lui et aime mieux (…) confier le soin de cette désignation au gouverneur que de voir inscrire, dans la loi, la sanction d'une division de races"[2].

Ce dernier dispositif, pour discutable qu'il soit, a du moins l'avantage de ne pas explicitement discriminer les "Européens assimilés" des "Européens de souche" dans la rédaction d'un décret. Mais, de portée limitée, il s'avère inapte à traiter de la situation des chrétiens indigènes. La commission se contente alors de reconduire la répartition confessionnelle des sièges au sein de la deuxième liste tout en arrêtant que

"les dispositions du présent acte auront pour corollaire un décret concernant la constatation des actes de l'état civil des indigènes"[3].

C'est en soi parfaitement contradictoire : si elle accorde aux chrétiens indigènes des garanties de représentation au sein de la seconde liste, c'est qu'elle entend les y laisser ; mais si elle décide dans la foulée de rénover l'état civil, c'est qu'elle pense résoudre leur situation juridique ambiguë par leur pleine assimilation au droit français. Non seulement parce qu'eux-mêmes recourent déjà au mécanisme de la renonciation au statut personnel pour obtenir cette inscription, mais parce que celle-ci est seule en mesure de satisfaire à trois impératifs antagonistes : respecter le statut personnel, garantir la régularité du suffrage et encourager l'assimilation juridique et sociale des Indiens à la société française.

1 Le premier collège dispose de 14 sièges sur vingt cinq au conseil général.

2 *Ibid*., Laserve, 6ème séance, 13 mai 1878.

3 Article 56 du décret du 25 janvier 1879.

V/ LA REFORME DE L'ETAT CIVIL, LA RENONCIATION ET LA REORGANISATION DU SYSTEME POLITIQUE LOCAL : LA DISCRIMINATION INSTITUTIONNALISEE

Faute d'état civil régulièrement constitué, l'instruction du 27 avril 1848 (reprise telle quelle en 1871) accordait le droit de vote à tous les Indiens capables de prouver une résidence de cinq ans dans les Établissements de l'Inde. Les territoires des Établissements sont étroitement imbriqués dans ceux placés sous juridiction anglaise, leurs frontières impossibles à contrôler. Nombreux sont les sujets anglais qui s'y installent en toute liberté, et certains d'entre eux se retrouvent inscrits sur les listes électorales françaises. On ne s'en était guère préoccupé jusque-là ; les résultats des élections se négociant entre notables. Mais avec "(…) l'extension nouvelle donnée aux institutions représentatives locales", qui ouvre une véritable compétition électorale entre élites locales, les dispositifs d'identification des électeurs deviennent un enjeu à part entière de la lutte politique.

"(…) Il convient qu'au point de vue électoral du moins, les natifs soient obligés aux mêmes preuves d'origine que les citoyens français"[1].

Introduire plus de régularité dans les déclarations des principaux actes de la vie "civile" des Indiens, entièrement dominée par les prescriptions et les rituels religieux, n'est cependant pas une mince gageure. Ainsi en ce qui concerne l'acte de nomination : en dehors des membres de la famille, seul le brahmane est habilité à intervenir, qui par sa connaissance des rites et son rôle de sacrificateur agrège le nouveau-nommé à sa caste[2]. L'intervention de l'officier de l'état civil provoquerait un contact impur, souillerait le nom, détruirait l'efficacité du rite. Ainsi encore du mariage : il est habituel que les enfants soient mariés souvent vers l'âge de cinq ou six ans (tout en vivant séparés jusqu'à la puberté) par leurs familles. Il en résulte que nombre de jeunes filles arrivent à l'âge de la puberté déjà veuves et privées de tout espoir de remariage, la plupart des castes l'interdisant aux veuves sous peine d'exclusion de la caste. Le colonisateur a bien essayé d'intervenir, mais s'il a réussi à éliminé le "sati" (les veuves s'immolent sur le bûcher funéraire de leur mari, souvent fortement "encouragées" par les familles de ces derniers qui conservent ainsi la dot versée au mariage), il n'a rien obtenu de plus[3]. Ainsi que le résume le président de la

1 SOM, Aff. pol., 1732 (9), cité lors de la 1ère séance de la commission locale séance du 1er mai 1879. La commission locale siégea cinq fois, du 1er au 17 mai 1879. Les p.-v. des séances ne furent pas envoyés au ministère. Nous disposons seulement d'un document intitulé "Exposé des motifs du projet de décret concernant les actes de l'état civil des Indiens". Sur la question de l'identification et de la rationalisation de l'action administrative par mise en place d'un état civil, voir Gérard NOIRIEL, « L'identification du citoyen. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses* n° 13, 1993, pp. 3-28, p. 17 : "Pour que la nouvelle citoyenneté républicaine devienne effective, il fallait que dans l'ensemble du pays des procédures d'identification individuelles totalement uniformes soient mises en œuvre".

2 Sans même évoquer les changements de prénom des garçons qui reçoivent l'initiation vers l'âge de treize ans.

3 Sur ces diverses questions voir l'abbé J.-A. DUBOIS, *Des Missions Étrangères, Mœurs, institutions et cérémonies des peuples de l'Inde*, Paris, Imprimerie Royale, J.-S. Melin libraire, 1825, XXXII-491 p.,

commission locale réunie par le gouverneur pour étudier la question, retrouvant les prémices de la doctrine de l'accommodation à l'origine de la querelle des rites :

"Nos efforts doivent donc tendre à concilier la nécessité de soumettre les populations de l'Inde aux constatations imposées dans la métropole aux citoyens français (…) avec l'observance de leurs us et coutumes que nous nous sommes engagés à respecter"[1].

L'arrêté du 23 juin 1842 qui le premier organisait les formalités de l'état civil, rendait obligatoire les déclarations de naissance, de mariage et de décès, mais ne prévoyait aucune sanction à l'encontre de ceux qui n'y déféreraient pas, par crainte de provoquer le mécontentement des natifs et pour respecter les immunités du statut personnel. Autant dire que nul en Inde ne s'en préoccupa. L'arrêté de 1855 qui réformait celui de 1842, prévoyait bien que "les personnes chargées de faire les déclarations et qui n'auront pas satisfait à ce devoir seront poursuivies devant le Tribunal de simple police et pourront être condamnées de 1 à 15 jours de prison et de 1 fanon à 40 roupies d'amende"[2], mais il atténuait aussitôt ces dispositions dans l'article suivant : "quelque bien constatée que soit la contravention, il appartiendra au juge d'apprécier les motifs d'excuses et d'écarter ou d'atténuer les pénalités"[3], faculté dont les juges usèrent largement si l'on en croit les comptes-rendus des travaux préparatoires du décret de 1880 destiné à remplacer le texte précédent.

Le décret de 1880 s'efforce alors d'introduire plus de régularité dans les déclarations. La commission propose de rendre obligatoire les déclarations de naissance (dont le délai est réduit de 15 jours dans le décret de 1855 à 10 jours dans le projet de la commission locale). Mais le point d'achoppement principal concerne les actes de mariage, la commission ne voulant pas reconnaître les mariages d'enfants impubères sans pouvoir les supprimer. Cependant, parmi les natifs, les chrétiens sont supposés avoir abandonné ce genre de pratiques que le droit canon réprouve :

"Ne peut-on dire qu'ils ont depuis longtemps renoncé à leur statut personnel en ce qui concerne le mariage ? Alors pourquoi ne pas leur imposer la loi qui régit tous les Français (…)" ?[4]

Il semble aux membres de la commission qu'il y a d'autant moins de raison de leur conserver les garanties du statut personnel en ce domaine qu'elles ne satisfont ni aux exigences rituelles de l'Église ni au droit commun du suffrage universel. D'après Ponnoutamby, qui siège dans la commission, les chrétiens indigènes auraient eux-mêmes revendiqué

Louis DUMONT, *Homo hierarchicus. Le système des castes et ses implications*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1979, XL-449 p. (1ère éd. 1966).

1 SOM, Aff. pol., 1732 (9), *ibid*.

2 Un fanon valait alors environ 4 sous, une roupie valant 8 fanons. La monnaie indienne est une monnaie argent comme la plupart des monnaies en cours en Asie.

3 Art. 14 & 15 de l'arrêté du 29 décembre 1855. En fait l'arrêté de 1855 reprend et corrige un arrêté du 10 juin 1854 qui réformait celui de 1842. Une fois rendu, l'arrêté de 1855 sera la référence.

4 SOM, Aff. pol., 1732 (9), *ibid*.

"(...) leur assimilation complète avec les chrétiens de France sur ce point"[1].

Ce faisant, le parti catholique rend caduque la principale objection opposée à ses revendications politiques. Bien que le baptême ait créé aux chrétiens indigènes un certain nombre d'obligations religieuses dont l'accomplissement était incompatible avec le régime juridique des castes, ils n'en avaient pas moins conservé leur statut personnel, sans chercher à profiter du droit reconnu par la législation coloniale aux sujets de la France, de se placer d'eux-mêmes sous l'empire de sa loi[2]. De nombreux hauts fonctionnaires y voyaient la preuve la plus certaine que l'effort assimilateur était, en Inde, voué à l'échec. Si la conversion au christianisme des natifs ne les avait pas convaincu d'adopter le Code civil, mieux adapté à leur nouvelle foi, il n'y avait pas de raison que l'extension locale des droits électoraux les y fasse consentir, ni eux ni, *a fortiori*, les natifs des autres confessions.

En acceptant de se plier aux règles communes de l'état civil, les Indiens catholiques démentent le pronostic. Sans doute ce ne sont pas les lumières de la Raison universelle telle qu'elles se seraient révélées soudain dans le Code civil, mais plutôt les lumières de la raison stratégique qui les poussent à choisir la voie de l'assimilation, alors que celle-ci semble leur promettre la domination du système politique local. Mais qui peut prétendre sonder les cœurs et les reins ? Ni l'historien ni le politiste qui ne peuvent que restituer le contexte socio-politique de ce choix, ni *a fortiori* l'administration, malgré les prétentions de fonctionnaires coloniaux eux-mêmes si férus de psychologie des colonisés[3].

Le décret du 24 avril 1880 fait donc obligation aux chrétiens indigènes d'accomplir le mariage civil avant le mariage religieux, tandis qu'il maintient aux hindous et aux musulmans leurs immunités juridiques, l'officier de l'état civil continuant de "constater" le mariage religieux dans un délai de quinze jours suivant la cérémonie[4]. Les chrétiens indigènes se trouvent ainsi privés des garanties du statut

---

1 *Ibid*.

2 La Cour de cassation avait confirmé ce droit précisément au bénéfice d'un sujet indien catholique installé à La Réunion, *S-52-1-417*, Cass., civ., 16 juin 1852. S'il a existé des cas de renonciation avant 1880 ils étaient trop rares pour que le législateur se préoccupe de les formaliser. Tel ne sera plus le cas ensuite. Sur les raisons d'une telle abstention on ne peut risquer que des conjonctures. André BONNICHON, *La conversion au christianisme de l'indigène musulman algérien et ses effets juridiques (un cas de conflit colonial*), Paris, *Recueil Sirey*, 1931, 153 p., p. 12-14, remarque que les indigènes algériens convertis au christianisme, souvent de condition modeste, peu informés de leurs droits, hésitent à engager une procédure de naturalisation longue, coûteuse en regard de leurs ressources et incertaine, les fonctionnaires français ne la considérant pas toujours d'un bon œil. Mais c'est là aussi une conséquence de la suppression du droit de renonciation.

3 Sur le caractère politique du discours psychologique dans le contexte colonial, voir Albert MEMMI, *Portrait du colonisé, précédé du portrait du colonisateur*, Paris, Gallimard 1985 (1ère éd. 1956), ainsi que dans l'ouvrage collectif dirigé par Marc Olivier BARUCH et Vincent DUCLERT, *Serviteurs de l'État. Une histoire politique de l'administration française*, 1875-1945, Paris, La Découverte, 2000, 587 p., Damien DESCHAMPS, "Contre le citoyen, pour la République, par le fonctionnaire. L'association, une idéologie coloniale républicaine", pp. 199-213.

4 *Ibid*. L'officiant est alors tenu de donner avis de la cérémonie à l'officier d'état civil dans les vingt-quatre heures suivant, ainsi que d'assister à la déclaration faite par l'époux et les chefs de famille dans le délai des quinze jours.

personnel sans pour autant bénéficier des garanties du droit civil français dont ils doivent désormais supporter certaines de ses obligations[1]. Toujours opposé à leur assimilation, le sénateur de l'Inde considère qu'il serait alors plus logique

"(...) de [se] borner à prescrire une observation plus rigoureuse, si cela est utile, des arrêtés actuellement en vigueur, ou enfin, (…) de faire préparer seulement un projet constatant les formalités à remplir par les Indiens pour renoncer à leur statut personnel"[2].

Mécanisme juridique éprouvé, la renonciation a au moins la vertu d'obliger celui qui y recoure d'obéir à tous les "principes de la famille française" :

"Il y a dans cette liberté et dans les conditions requises pour son exercice, une réponse à toutes les réclamations possibles ; car, d'une part, elle ouvre à tout indigène la porte des institutions françaises ; et de l'autre, elle seule conduit à une assimilation qui mérite ce nom, c'est-à-dire qui pousse les Indiens à embrasser nos lois, sans que nous les transformions pour les faire à leur image"[3].

La direction des Affaires civiles du ministère de la Justice, d'accord avec le sénateur de l'Inde et soucieuse de régulariser l'usage d'un mécanisme auquel les chrétiens indigènes recourent de plus en plus nombreux, sollicite à son tour la direction des Colonies pour qu'elle lui soumette un texte en ce sens. Il en résultera le décret du 21 septembre 1881, organisant les formes de la renonciation au statut personnel.

Ce qui précède l'aura établi sans contestation possible : le décret du 21 septembre 1881 ne se réduit pas aux menées obscures d'esprits retors, près à tout pour satisfaire leurs ambitions personnelles au mépris des intérêts de l'Inde et de la métropole, ainsi qu'on pu l'écrire des historiens qui s'y sont intéressés[4]. L'objet du

---

1 *Ibid*. Leur cas en effet relève toujours des juridictions indigènes. Par ailleurs, Desbassayns ne se prive pas de le souligner, le projet de la commission locale exclut totalement les femmes des procédures de déclaration à l'officier de l'état civil. De même la commission applique aux chrétiens les articles du Code civil qui en France régissent le mariage, mais elle y apporte cette modification notable que le consentement de la mère n'est plus exigé pour le mariage de ses enfants. "La mère dans la famille indoue (sic), on ne saurait trop le répéter, n'est pas l'égale du père. Elle vit constamment en tutelle, tutelle de son père, tutelle de son mari, tutelle de son fils quand celui-ci devient chef de la communauté. Les raisons qui d'après le Code civil ont rendu nécessaire le consentement de la mère au mariage de ses enfants concurremment avec son mari de son vivant, à son défaut après sa mort, ne sauraient être adaptées aux mariages des indiens sans toucher à une des règles fondamentales de la famille indoue (sic à nouveau)". La famille chrétienne redevient opportunément indoue alors même que la commission prétendait leur assimilation complète avec les chrétiens de métropole.

2 *Ibid*.

3 *Ibid.* Desbassayns de Richemont fait allusion à l'arrêt de la Cour de cassation. du 16 janvier 1852, *S.52.1.417*, qui reconnaît précisément au bénéfice d'un Indien marié sous le régime du droit civil français, le droit de tout sujet indigène de la France de renoncer à son statut personnel pour adopter l'état civil français.

4 Alfred MARTINEAU, « Les débuts du suffrage universel en Inde », *Revue d'histoire des colonies françaises*, tirage à part, s. d. (1937 ou 1938), p. 28. Martineau impute à Jules Godin le décret de 1881. Nous trouvons une interprétation très proche dans Jacques WEBER, *op. cit*, pp. 1479-1480, qui voit dans le décret la main de Ponnoutamby, le chef du parti catholique, "(…) qui a si habilement utilisé la docilité

décret est en réalité extrêmement limité, et n'aurait-il pas existé, que rien de fondamental n'aurait été modifié. Le problème véritable concerne les effets politiques qui lui sont attachés dans une colonie où les électeurs sont répartis en deux listes distinctes selon leur état civil. La direction des Affaires civiles au ministère de la Justice en est d'ailleurs intimement convaincue. Alors qu'elle encourage la direction des Colonies à formaliser les modes possibles de la renonciation, elle propose de modifier la rédaction de l'article 1 du décret ("par le fait de leur renonciation qui sera définitive et irrévocable, ils sont régis ainsi que leurs femmes et enfants mineurs par les *lois civiles et politiques* applicables aux Français dans la colonie"[1]), en supprimant le terme de "politique", de sorte que le gouvernement ne soit pas tenu d'inscrire les renonçants sur la liste électorale européenne[2] :

"On éviterait ainsi de concéder aux renonçants une assimilation complète qu'une seconde mesure semblerait ensuite restreindre en partie"[3].

Même en procédant ainsi, la direction des Affaires civiles comprend qu'il sera difficile de contester le caractère assimilateur de la renonciation. En dernier recours, elle imagine donc de créer aux renonçants un collège intermédiaire. La direction des Colonies ne retient pas la première suggestion et conserve le mot "politique". Elle redoute que les adversaires des renonçants prétextent de son absence pour leur contester auprès des tribunaux le droit de participer aux scrutins politiques. Elle n'entend pas pour autant les assimiler aux "Européens" : ils restent inscrits dans le second collège où ils disposent de la quote-part de sièges réservés aux élus catholiques[4]. Mais la logique de cette imputation n'a plus rien de confessionnelle, comme l'explique le directeur des Colonies à son ministre en réponse à une demande que lui ont adressé les renonçants de les inscrire sur la liste européenne :

"Les électeurs sont partagés en deux classes (…). Dans la première classe ne sont admis que les électeurs européens ou d'origine européenne. Le droit de faire partie de cette classe ne résulte donc pas de la qualité de citoyen français, mais d'une qualité de race et d'origine. Il ne pourrait par conséquent s'étendre aux natifs qui ont renoncé au statut personnel qu'autant que ceux-ci en seraient investis par un acte nouveau, spécial, dérogeant formellement aux stipulations du décret précité de 1879"[5].

---

de milliers d'électeurs ignorants pour devenir le premier personnage de la colonie (…)". Jacques Weber se contente de reproduire les poncifs du discours colonialiste au lieu de les interroger.

1 Art. 1 décret du 21 septembre 1881.

2 SOM, Aff. pol., 720 (5), ministère de la Justice, direction des affaires civiles, à direction des Colonies, le 29 juill.. 1881. dans un rapport en date du 22 août 1881, le directeur des Affaires civiles après avoir remarquer qu'en matière de politique coloniale, le gouvernement est libre de légiférer par simple décret sans passer par le Conseil d'État, conclut :"La solution à adopter dépend ainsi, non de déductions juridiques, mais uniquement de constatations de fait et de renseignements précis que recueille la direction des Colonies".

3 *Ibid*., lettre du 22 août 1881 Justice à direction des Colonies.

4 *Ibid*., lettre du ministère de la Marine et des Colonies au Garde des Sceaux, le 12 septembre 1881.

5 *Ibid*., note du 8 décembre 1881, directeur des Colonies au ministre du Commerce et des Colonies.

La Cour de cassation, saisie d'un recours par les renonçants, essaye bien de revenir dans le chemin de la légalité républicaine en décidant que les renonçants doivent être considérés en Inde comme des citoyens français à part entière[1]. Le Conseil supérieur des Colonies, auquel la direction des Colonies défère alors le dossier, repousse l'idée que la renonciation vaille en Inde naturalisation :

"L'arrêt de la Cour de cassation ne peut évidemment pas avoir pour résultat de faire des renonçants qui sont Hindous, des Européens. Les renonçants restent Hindous : ils conservent leur caractère propre, une partie de leurs préjugés de castes ; on ne peut donc pas en faire les maîtres de l'Inde"[2].

On ne s'appesantira pas sur l'amalgame opéré, dans ce court passage, entre l'origine, la compétence et la dénomination religieuse. Il permet à Victor Schœlcher, puisque c'est lui qui parle, de justifier et de faire adopter la solution de "compromis" préconisée par le ministère de la Justice au moment ou se préparait le décret du 21 septembre 1881. Le décret du 26 février 1884 crée une troisième liste, spéciale aux renonçants, qui nomme le tiers des conseils généraux et le tiers des conseillers locaux dans chacun des établissements[3]. L'article 4 stipule encore que si le nombre de renonçants est inférieur à 20 dans un établissement, "ils votent avec les indigènes de la 3ème liste (…)". Les Indiens catholiques, Français par le droit, restent politiquement des "indigènes", et définis comme tels en raison de leur origine[4].

Selon Schœlcher, la troisième liste fonctionnera comme un sas d'acclimatation des aspirants citoyens. Elle ne remet donc pas en cause le projet politique d'assimilation qu'il avait soutenu en 1848. Elle évitera seulement qu'à terme les natifs non renonçants, qui forment l'essentiel de la population des Établissements, se trouvent privés de représentation politique. L'histoire démentira Schoelcher : en s'opérant aux dépends de ceux qui, dans la lignée du programme originel de l'assimilation par le vote, ont renoncé à leur statut personnel pour l'état civil français, la création d'un troisième collège sape aussi bien les fondements théoriques de la politique d'assimilation que ceux de la citoyenneté. Les renonçants deviennent des "citoyens dissociés", frustrés de l'usage effectif de leurs droits parce que réputés incompétents. Parias ou descendants de parias,

"[ils] forment la population la plus illettrée, la moins préparée à exercer la plénitude des droits politiques que l'on puisse imaginer"[5].

---

1 *S. 1885.1.379.*, Cass. civ., arrêt du 7 nov. 1883.

2 SOM, Aff. pol., 717 (7), Rapports et procès-verbaux de la 1ère section du Conseil supérieur des colonies sur le droit électoral de l'Inde, 1883-1884, séance du 22 décembre 1883.

3 Décret. du 26 février 1884, art. 1, 2, 3. Le nombre de conseillers généraux est porté à 30 (10 par liste), et ceux des conseillers locaux à un multiple de trois dans chaque établissement.

4 Sur les suites du décret de 1884 et la suppression de la liste des renonçants et leur reversement sur la liste indigène et l'analyse des exceptions prévues par l'article 4 du décret du 10 septembre 1899, et son analyse par rapport au modèle républicain de la citoyenneté, Damien Deschamps, Une citoyenneté différée…, art. cit.

5 « La désorganisation coloniale », *Moniteur Universel*, 21 oct. 1881, article n. s.

Mais alors qu'en est-il du projet d'émancipation qui justifie l'œuvre coloniale de la République ? Et comment ne pas relever qu'à l'illusion de la compétence qu'il faudrait acquérir avant de posséder les droits du citoyen, se trouve attachée l'illusion de l'origine, puisque aux "Européens" cette compétence paraît acquise de naissance ? Paul Dislère, lui-même pas forcément insensible à la thématique des origines, ne se fait pourtant pas faute de le rappeler : les topas, qui forment les cinq sixième de l'électorat de la liste européenne sont eux-mêmes

"(…) besogneux, sans instruction", [et] ne se distinguent des autres natifs que par les quelques gouttes de sang européen qui coule encore dans leurs veines"[1].

Il n'est d'ailleurs pas une de ces objections qui, avant la Première Guerre Mondiale, ne put être opposée au vote des masses paysannes ou ouvrières en France[2]. Si elles sont devenues la cible d'un effort systématique d'instruction c'est postérieurement à l'institutionnalisation du suffrage universel. En l'occurrence, la capacité politique a induit la compétence sociale et non l'inverse.

Le dispositif de la triple liste est le premier pas dans une stratégie d'isolement des renonçants et de naturalisation des statuts politiques et juridiques qui cohabitent dans les Établissements. Elle trouvera son terme en 1899, quand un nouveau décret supprime leur collège. Les renonçants sont reversés dans le collège indigène, à l'exception de ceux d'entre eux qui ayant renoncé depuis quinze ans déjà satisfont un certain nombre de critères complémentaires leur permettant de rejoindre le collège européen. L'ensemble de ces conditions, venues s'ajouter à la possession de l'état civil français constitue ce que nous avons appelé un "cens civique", une sorte d'impôt symbolique censé établir la preuve de la compétence civique des renonçants. Ajoutons que dans ce cas l'inscription dans le collège européen est personnelle, que le statut de pleine citoyenneté, pour les renonçants, ne se transmet pas à leurs descendants : en Inde française on est renonçant de génération en génération sans pouvoir jamais accéder à la plénitude des droits civiques.

L'étude des tribulations du suffrage universel en Inde française aura révélé toutes les ambiguïtés du projet politique républicain confronté à sa projection coloniale[3]. Les Établissements ont constitué un laboratoire politique grandeur nature où les autorités coloniales ont expérimenté les limites du droit de vote comme instrument d'assimilation politique et juridique. Renonçants et non renonçants en Inde restent électeurs. Hors des Établissements, les renonçants recouvrent la plénitude de leurs droits de citoyens quand les non renonçants perdent l'usage du vote qui leur demeure en Inde comme un privilège hérité d'une autre époque et que

1 SOM, Aff. pol., 309 (3), correspondance de Paul Dislère, directeur des Colonies à Jules Simon sénateur, mars 1883.

2 Voir, entre autres, Alain GARRIGOU, *Le vote et la vertu*, Paris, Presses de la FNSP. Encore aujourd'hui il serait possible d'opposer les mêmes objections au suffrage universel, voir Daniel GAXIE, *Le cens caché. Inégalités culturelles et ségrégation politique*, Paris, Seuil, 1978, 3ème éd. 1995, VIII-275 P.

3 Nous devons le terme à Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1968.

le législateur ne se sent pas le droit de leur retirer. Renonçants et non renonçants forment comme la butte témoin d'une période révolue de la République, quand nulle cassure irrémédiable n'était intervenue entre le territoire métropolitain et ses colonies.

Dans le vaste domaine colonial qu'elle s'annexe à partir des années 1880, la République tourne résolument le dos à toute idée assimilatrice, à toute ambition de transformer les colonisés en citoyens. Les nouvelles colonies formeront un territoire à part dont les habitants seront inscrits pour une durée indéterminée dans un état juridique inférieur. Partout le droit de renonciation est supprimé, remplacé au cours des années 1880 par des mécanismes de naturalisation à ce point stricts qu'ils ne concerneront jusqu'aux années 1940 que quelques milliers d'individus sur cinquante millions de sujets coloniaux. L'empire de l'origine est donc absolu. Ni étrangers ni citoyens, les colonisés sont irrémédiablement des incapables de naissance. Le code de l'indigénat, élaboré durant cette même période les livre sans recours possible à l'arbitraire des administrateurs coloniaux et les soumet à la corvée, forme de travail forcé qui dans certaines régions prendra les allures de quasi-esclavage administratif. Faut-il parler de servage républicain ?

Il faut en effet s'y résoudre. Les indigènes n'existent qu'en tant que création juridique, administrative et policière de la République : ils sont le produit de ses reniements et comme le présage de sa faillite, en 1940, quand les instruments de la domination coloniale seront réquisitionnés par le régime de Vichy pour mettre au pas les citoyens de métropole. Leurs particularismes juridiques, leurs us et coutumes justifient qu'ils soient privés de la citoyenneté française, et sans contrepartie.

Les mécanismes d'exclusion mis en place dans les années 1880 ne disparaîtront qu'après la seconde guerre mondiale, emportés par le mouvement des décolonisations. Dans les territoires qui restent à la France, l'existence d'un statut personnel n'apparaît plus comme pouvant faire obstacle à l'exercice des droits politiques. Au sein de la République tous les nationaux ayant atteint leur majorité sont réputés pouvoir participer à l'expression du souverain. Le droit de vote est devenu un droit de l'homme et sans doute le premier d'entre eux, puisqu'il garantit tous les autres. Mais il n'y a là rien qui ressemble à une doctrine. L'élargissement du droit de vote à des Français régis par un statut personnel apparaît comme une simple tolérance, l'écot a versé à l'histoire et à ses épaves. Le cadavre colonial est remisé au placard de l'exotisme, rendu comme étranger à toute la problématique politique de la citoyenneté. C'est aussi que l'inclusion politique des femmes puis l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans ont renforcé de façon décisive la construction juridique de la citoyenneté fondée sur le suffrage universel. Entre l'état civil et l'état politique de citoyen il y a désormais quasi-identification. Cette cohérence inédite pose la citoyenneté comme un tout indivisible, et c'est sous cette forme qu'elle incarne l'héritage de la République alors même qu'elle s'est construite à rebours de certaines des ambiguïtés constitutives du projet républicain[1]. Si la République est

1 Sur ce point, un certain nombre de travaux tendent aujourd'hui de faire le bilan de l'héritage républicain dans une perspective d'histoire critique inaugurée par Claude NICOLET, *op. cit*. Entre autres voir

digne d'être défendue, encore faut-il assumer cet héritage politique en toute connaissance de cause. Ce n'est en tout cas pas la faire vivre que la transformer en une idole intouchable drapée dans des mythologies qui contredisent son ambition initiale de promouvoir une rationalité politique démocratique.

La création de l'état civil à Mayotte engage les Mahorais dans la voie d'une assimilation juridique pleine et entière, grosse de changements en ce qui concerne en particulier le régime des mariages et celui des successions. Si la laïcisation de leur statut juridique apparaît bien comme une condition indispensable à leur inscription durable dans les institutions de la République, celle-ci n'est pas nécessairement incompatible avec la reconnaissance de certains particularismes juridiques en ce qui concerne le droit privé qui leur sera appliqué. Certes le corps politique souverain est tenu par ses seules délibérations. L'histoire ne l'engage pas. Celle-ci constitue néanmoins un "patrimoine" commun à une collectivité, et en tant que son contenu ne contredit pas les principes d'égalité et de liberté, ce patrimoine est digne d'être pris en considération. La pluralité juridique est, au même titre que la pluralité linguistique, l'une des expressions du pluralisme social et culturel qui constitue aujourd'hui la réalité de la société française. Sauf à maintenir les mythes d'une assimilation que la République cessa très vite d'assumer dans le cadre colonial, on ne voit pas en quoi les aménagements spécifiques qui autoriseront leur expression menaceraient son existence. C'est au contraire dans la mesure où elle sera capable de confronter et d'articuler le principe d'universalité à la diversité des héritages juridiques, religieux et historiques des citoyens qui la composent que la République, à l'imitation de l'Église catholique quand elle envoya des missionnaires aux Indes ou en Chine, pourra véritablement affirmer sa vocation d'institution universelle.

Frédéric CAILLE « Une citoyenneté supérieure. L'improbable "fonction" des membres de la Légion d'Honneur dans la République », *Revue française de science politique*, vol. 47, n° 1, Février 1997, Rachel VANNEUVILLE, « L'École Libre des Sciences Politiques : un lieu de formation du fonctionnaire républicain à la fin du XIXe siècle », *L'État contre la politique. Les expressions historiques de l'étatisation*, sous la dir. de Martine KALUSZYNSKI et Sophie WAHNICH, Paris, L'Harmattan, 1998, 339 p., pp. 185-203. Voir aussi *Les droits de l'Homme et le suffrage universel. 1848-1948-1998, Actes du colloque de Grenoble*, avril 1998, textes réunis et présentés par Gérard CHIANÉA et Jean-Luc CHABOT, Paris, L'Harmattan, 2000, 391 p.

LA PROPOSITION PATRONALE DE TRANSFORMATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL DU SALARIE

Etude de la jurisprudence récente

Par Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

« Pot pourri »[1], « Essai de classement »[2], « Tableau de classement »[3]… ; même les juristes travaillistes les plus aguerris sont mal à l'aise lorsqu'ils tentent de synthétiser la jurisprudence récente relative à la modification du contrat de travail.

Il est vrai que les espoirs de clarification suscités par « l'arrêt Raquin »[4] sont depuis longtemps anéantis et que la formidable évolution jurisprudentielle dont il est à l'origine a de quoi laisser pantois.

L'embarras se mesure à l'aune de l'article 30 de la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000, relative à la réduction du temps de travail. D'après ce texte, « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail »[5] et « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122 – 14 à L. 122 – 17 du Code du travail »[6]. Ne voilà – t – il pas que notre législateur se préoccupe de la situation d'un salarié à qui son employeur propose de travailler moins longtemps dans la semaine, pour un salaire identique, sans aucun autre changement de ses conditions de travail, et qui refuse un tel changement ! Un salarié qui, à n'en pas douter, ne connaît pas l'existence du « Droit à la paresse »[7] !

1 G. COUTURIER, Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, *Dr. soc.* 1998, p. 878.

2 M. MORAND, Modification du contrat de travail ou des conditions de travail : essai de classement, *L'année de droit social*, éd. 1999 du Juris – Classeur, Hors – série, p. 51.

3 Ph. WAQUET, Tableau de jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail, *Dr. soc.* 1999, p. 566.

4 Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ.* n° 541.

5 Article L. 212 – 3 C. trav.

6 Curieusement, cette partie de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 n'a pas été codifiée.

7 Une notion développée par le gendre de MARX, Paul LAFARGUE, dans un ouvrage publié en 1880 ; notion largement « exploitée » depuis (*Cf.* le site internet d'Amazon qui propose plusieurs ouvrages consacrés à la question).

C'est que la loi doit aujourd'hui se positionner, de la façon la plus claire possible, au regard de la construction jurisprudentielle relative à la modification du contrat de travail[1].

On a pu écrire que la Chambre sociale de la Cour de cassation était, depuis « l'arrêt Raquin », soucieuse de restaurer l'expression de la volonté contractuelle dans le contrat de travail[2].

Ce propos mérite d'être nuancé. Ne vaudrait – il mieux pas parler de ***fiction de volonté*** ? La Chambre sociale n'est – elle pas en train d'utiliser la théorie civiliste de la volonté contractuelle, quitte à la déformer un peu, dans le souci de protéger le salarié face au pouvoir patronal ?

Nous pensons que c'est le cas ; premières impressions :

- sur environ 70 arrêts récents (rendus pendant les années 1998, 1999, 2000 et 2001) dont nous avons pris connaissance, moins de 15 se prononcent en faveur de l'employeur ;

- les clauses de mobilité sont presque toujours privées d'efficacité : l'article 1134 al. 1 C. civ. ne profite pas à l'employeur alors que l'article 1134 al. 3 du même Code joue très fréquemment en faveur du salarié ;

- les conditions dans lesquelles la Chambre sociale admet l'acceptation par le salarié de la proposition patronale de modification sont toujours plus strictes.

Notre but n'est pas de critiquer cette attitude. Nous laissons à ceux qui voudront le faire le soin de lire un ouvrage récent sur la condition ouvrière contemporaine des salariés des usines Peugeot de Sochaux – Montbéliard[3]. Il s'agit simplement de constater cet « état juridique ». Sans doute le même constat s'impose – t – il dans d'autres domaines du droit des relations individuelles de travail, en particulier en matière de rupture du contrat de travail… Mais nous n'envisagerons ici, à travers la jurisprudence contemporaine, que les seules règles régissant la *proposition de transformation des conditions de travail* faite par un employeur à un ou plusieurs de ses salariés[4].

L'expression de *transformation* employée dans cette étude n'a rien de provocatrice ; son utilisation a pour seule fin de tenir compte de la nouvelle terminologie jurisprudentielle et doctrinale dominante[5] qui distingue la modification du contrat de travail du « simple » changement des conditions de travail,

1 Ph. CLEMENT, Modification du contrat de travail : de la théorie à la pratique, *SSL* n° 985, p. 7.

2 M. NORMAND, article précité.

3 Daniel URBAIN, *Identité brouillée*, éd. Fayard.

4 Seront exclus de cette étude le régime de la modification par « changement d'employeur » d'une part, le régime du reclassement du salarié suite à une inaptitude physique d'autre part.

5 Issue des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation les 24 et 25 juillet 1992, confirmés par des arrêts du 10 juillet 1996. *Cf.* Ph. WAQUET, *RJS* 1999, n° 5, p. 384.

terminologie qui s'est substituée à la désormais ancienne distinction entre la modification substantielle et la modification non substantielle[1].

Sans vouloir remettre en cause la *summa divisio* qui règne en la matière, il nous semble nécessaire de rappeler trois vérités simples, qui débouchent elles – mêmes sur plusieurs questions.

1/ L'employeur agit en principe avec raison. Alors, quelle est cette raison – ce mobile, cette cause impulsive – qui le détermine à proposer à un ou à plusieurs de ses salariés une modification de ses conditions de travail ? Est – ce un motif économique ou une cause inhérente à la personne du salarié ? A l'instar du droit du licenciement, on peut concevoir que le régime diffère selon la cause.

2/ Face à une proposition patronale de modification, le salarié a deux possibilités : **accepter ou refuser cette proposition**.

Comment, d'une part, notre Droit positif appréhende – t – il la notion d'acceptation ? En d'autres termes, à partir de quand doit – on admettre avec certitude que le salarié a accepté cette proposition ? Quelles sont les conséquences, d'autre part, que notre Droit positif tire du refus du salarié d'accepter cette proposition ? La réponse à cette question supposait, avant, de faire appel à la distinction entre le substantiel et le non substantiel et de mesurer **l'ampleur de la modification** proposée ; elle exige, aujourd'hui, de distinguer sphère contractuelle et pouvoir de gestion de l'employeur et de se pencher sur **l'objet de la modification** proposée. Mais il existe toujours ***des refus qui sont un droit*** (face à ce que l'on avait l'habitude d'appeler une proposition de modification substantielle et que l'on dénomme aujourd'hui proposition de modification) et ***des refus qui sont une faute*** (en réponse à ce que l'on appelait proposition de modification non substantielle et que l'on qualifie aujourd'hui de changement de conditions de travail). En définitive, il s'agit toujours de prendre un élément (le refus) et de le *qualifier* afin de le *classer* dans un ensemble (refus = droit) ou dans un autre (refus = faute) pour lui appliquer un *régime juridique*.

3/ L'éventualité de faire évoluer le poste de travail d'un salarié a pu être prévue par l'employeur dès la conclusion du contrat de travail. Il faut distinguer deux situations en théorie bien différentes : y a t-il ou pas, dans le contrat, une clause de mobilité ?

- Dans la première hypothèse, il s'agit de faire jouer l'article 1134 alinéa 1 du Code civil et le refus de la modification ne peut, par une première approximation, que s'analyser en une faute dans l'exécution du contrat, caractérisée par le refus d'exécuter une clause. Dans la seconde hypothèse, la proposition peut s'analyser en une offre de novation du contrat dont le refus est *a priori* justifiable par l'idée selon laquelle toute personne est libre d'accepter ou de refuser de conclure un nouveau contrat. Mais les choses ne sont pas aussi claires que cela.

1 Une nouvelle distinction « contestable », « curieuse », « fallacieuse » et « reposant sur une contradiction manifeste », selon le Professeur Lyon-Caen et les coauteurs de son *Précis Dalloz Droit du travail* (19ème éd. 1998, n° 363).

- Dans la seconde hypothèse, il faut tenir compte, classiquement, du pouvoir de direction de l'employeur, du lien de subordination qui unit les deux parties au contrat, qui fait que tout changement des conditions de travail n'est pas une novation du contrat. Dans la première hypothèse, il est nécessaire d'avoir à l'esprit l'idée selon laquelle la rigueur contractuelle de l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil est tempérée par l'alinéa 3 du même article et par les articles 1135 et 1162 du même Code. Cette dernière idée prend une résonance particulière à la lumière de l'étude du sort réservé par la Chambre sociale de la Cour de cassation aux clauses de modification du contrat de travail. Or, l'appréhension judiciaire de ces clauses est une question qui, selon nous, va prendre une importance toujours plus grande dans les années à venir, en raison de l'obligation récente faite à tout employeur (depuis la directive européenne n° 91 – 553 du 14 octobre 1991, entrée en vigueur le 1er juillet 1993) de remettre un écrit à tout salarié.

A décider, alors, d'une « *summa divisio* », nous nous proposons d'étudier, à travers la jurisprudence récente:

- d'une part, **le régime juridique des clauses de modification (I/)**, modification (et non simple changement) prévue au stade de la conclusion du contrat de travail et dont la mise en œuvre est proposée au stade de son exécution ;

- d'autre part, **le régime juridique de la transformation non prévue initialement et proposée en cours d'exécution du contrat de travail (II/) ;** c'est ici qu'il faudra étudier le contenu et les limites du « pouvoir de gestion » de l'employeur : entre le « simple changement des conditions de travail » et la « modification des conditions de travail », rien n'est simple.

I/ LES CLAUSES DE MODIFICATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL

On pourrait penser que la Cour de cassation donne une pleine efficacité aux clauses du contrat de travail qui envisagent, à l'initiative de l'employeur, la possibilité de modifier certains éléments de la relation de travail en cours d'exécution[1].

L'idée ne correspond – t – elle pas à la nécessité pour l'employeur de gérer de façon prévisionnelle les postes de son entreprise, de façon à éviter, autant que faire se peut, les licenciements économiques en adaptant les salariés à l'évolution de leur emploi[2]? Le contrat n'est – il pas instrument de prévision par excellence ?

On pourrait en conclure alors que le refus salarial de se conformer aux nouvelles conditions de travail indiquées par l'employeur, en application de l'une de ces clauses, constitue toujours une faute pouvant être sanctionnée par un licenciement[3], voire sans indemnité[1].

---

1 *Cf.* Michel MORAND, Clauses de mobilité : le point sur la jurisprudence récente, *SSL* n° 1025, p. 5.

2 Rappelons que cette obligation a été mise, de façon générale, à la charge de tout employeur et qu'elle trouve sa source dans l'article 1134 al 3 du Code civil : Soc. 25 février 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 573.

3 Position classique ; *cf.* par ex. Soc. 30 septembre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1094.

En réalité, il n'en est rien. Les clauses de modification sont souvent bafouées par la Cour de cassation. Doit-on constater leur totale inefficacité (**A**) ? Un arrêt récent est de nature à semer le doute (**B**).

A/ L'inefficacité des clauses de modification ?

La Cour de cassation fait preuve d'une grande imagination pour priver d'efficacité les clauses engageant le salarié à une modification de son contrat de travail.

Quelques exemples.

1°/ L'article 1134 alinéa 3 du Code civil

La Cour de cassation avait récemment décidé que l'employeur ne pouvait, *sans manquer de bonne foi*, imposer au salarié le jeu d'une clause de modification du lieu de travail alors que ce dernier se trouvait dans une situation familiale critique et que le poste pouvait être pourvu par d'autres salariés[2].

Cette position a été confirmée dans une décision du 10 janvier 2001 particulièrement claire : « *Mais attendu que le Conseil de prud'hommes a constaté que la salariée se trouvait dans l'impossibilité en l'absence de transport en commun de se rendre à l'heure prévue sur le nouveau lieu de travail qui lui était imposé ; qu'il a pu décider, bien que le contrat ait comporté une clause de mobilité, que l'employeur, à défaut de lui assurer des moyens de se rendre sur son lieu de travail, avait abusé du droit qu'il tient de l'exercice de son pouvoir de direction et a ainsi légalement justifié sa décision* »[3].

2°/ L'article 1162 du Code civil

L'article 1162 du Code civil [4] et son interprétation contemporaine : si la clause est ambiguë, elle doit être interprétée dans un sens favorable à la « partie faible » qui a « adhéré » au contrat. La solution, déjà préconisée par le « guide – âne » de Pothier et expressément consacrée par le législateur en droit de la consommation au profit du consommateur[5], a aussi été tacitement utilisée par la Cour de cassation à propos d'une clause de mobilité géographique qui autorisait, selon l'interprétation de la Cour, un changement du lieu d'exécution du travail mais pas une modification du lieu d'affectation imposant un changement de domicile[6].

---

1 Une faute grave : position parfois reprise par la jurisprudence récente ; *cf.* Soc. 7 juillet 1999, n° 97 – 42.141 D.

2 Soc. 18 mai 1999, n° 96 – 44.315, P + B ; SSL n° 937, p. 31 ; Le Dalloz 2000, Somm., p. 84, obs. M. C. ESCANDE-VARNIOL ; *Dr. soc.* 1999, p. 734.

3 Soc. 10 janvier 2001, n° 98 – 46.226, *SSL* n° 1012, p. 10, obs. C. GOASGUEN.

4 « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

5 *Cf.* l'article L 133 – 2 alinéa 2 du Code de la consommation.

6 Soc. 27 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 886.

3°/ L'article L 135 – 2 du Code du travail

L'article L 135 – 2 du Code du travail, relatif à l'ordre public social : le contrat de travail ne peut prévoir des conditions de mise en œuvre de la modification plus larges – donc moins favorables au salarié – que celles prévues par la convention collective applicable car cela serait contraire à l'ordre public social[1].

4°/ Les textes protégeant les « Droits de l'Homme »

L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, prévoyant le respect du libre choix du domicile, a été utilisé par la Cour de cassation pour priver d'efficacité une clause de mobilité géographique claire et précise[2].

5°/ Solutions prétoriennes

Enfin, il apparaît que la Cour de cassation proscrit l'utilisation des clauses prévoyant un pouvoir patronal trop large portant sur la modification du temps de travail ou de la rémunération.

- La clause instituant la possibilité pour l'employeur de modifier l'horaire de travail, pouvant jouer « au plus tôt le… » ou « à tout moment » est purement et simplement interdite[3], sans que l'on sache, sauf pour le contrat à temps partiel[4], vraiment pourquoi.

- Les clauses de modification de la rémunération ou des objectifs sont de même réduites à néant[5], ce qui ne manque pas d'inquiéter les entreprises qui embauchent des « commerciaux »[6].

Ainsi peut – on constater l'existence d'un courant jurisprudentiel contemporain très favorable au salarié qui tente de s'opposer au jeu d'une clause de son contrat de travail, clause qu'il a pourtant acceptée en toute connaissance de cause. Mais le doute est permis.

B/ Le doute est permis !

En témoigne cette décision récente, concernant un cadre dont le contrat de travail prévoyait, en des termes clairs et précis, qu'il serait amené à effectuer des missions *« en province »* et licencié pour faute grave parce qu'il avait refusé

1 Soc. 5 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 887.

2 Soc. 12 janvier 1999, n° 96 – 40.755, P + B + R, *SSL* n° 918, p. 8, *Dr. soc.* 1999, p. 287. La clause prévoyait que « l'employeur se réservait le droit de modifier la région d'activité avec obligation pour le salarié d'être domicilié sur cette région dans les six mois suivant le changement d'affectation ».

3 Soc. 29 juin 1999, *SSL* n° 948, p. 9 ; Soc 2 mai 2000, n° 97 – 45.355 D.

4 Dans le contrat à temps partiel, la clause de modification de la répartition des horaires est encadrée par la loi ; *cf.* l'article L 212 – 4 – 3 du Code du travail : la clause doit prévoir la variation possible et les cas dans lesquels cette variation peut intervenir ; *cf.* Soc. 7 juillet 1998, *Bull. civ.* n° 373.

5 Soc. 18 avril 2000, *SSL* n° 992, p. 53 ; Soc. 30 mai 2000, *SSL* n° 993, p. 10.

6 *Cf.* A. DUPAYS et F. VELOT, La rémunération des commerciaux peut-elle encore évoluer ?, *SSL* n° 1015, p. 6.

d'effectuer une mission ponctuelle en Allemagne. La Chambre sociale, à la suite de la Cour d'appel, confirme la qualification de la rupture[1].

Un auteur a vu dans cet arrêt l'adoption, par la Cour de cassation, d'une conception « européenne » de la notion de province[2].

On peut remarquer que la Chambre sociale s'est bornée à affirmer qu'il n'y avait pas, en l'espèce, modification du contrat de travail, ce qui, s'agissant des clauses de mobilité dont on suppose qu'elle ont pour objet de faire admettre par avance au salarié une telle modification, brouille le débat. Peut – être la Cour s'est – elle référée à sa position récente concernant l'appréciation de la proposition patronale de mobilité géographique faite en cours d'exécution du contrat de travail ? Comme nous le verrons bientôt[3], la Cour de cassation décide aujourd'hui, pour savoir si la proposition de mobilité géographique est ou non une proposition de modification, de se référer à la notion de secteur géographique.

Le raisonnement a alors pu être le suivant :

Le salarié s'est engagé à faire des missions en province, donc, par exemple, en Alsace.

Or, l'Alsace et certaines parties de l'Allemagne font partie du même secteur géographique.

Donc, le salarié a manqué à son engagement en refusant d'exécuter une mission dans ce secteur géographique.

Peu convaincant… Il vaut mieux faire remarquer en définitive que le salarié avait été embauché essentiellement pour ses connaissances de la langue allemande. Nos Hauts magistrats n'ont sans doute pas fait totalement abstraction de cette donnée.

Cette décision méritait d'être isolée car elle est la seule, sur la dizaine d'arrêts analysés jusqu'ici, à être favorable à l'employeur, en donnant une interprétation favorable à ce dernier d'une clause de modification.

Nous allons retrouver à peu près une telle proportion en examinant les arrêts relatifs à la modification non prévue lors de la conclusion du contrat de travail et proposée par l'employeur en cours d'exécution.

II/ LA TRANSFORMATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL PROPOSEE EN COURS D'EXECUTION

Le civiliste a des réflexes ; il connaît les alinéas 1er et 2ème de l'article 1134 du Code civil, ainsi que les articles 1271 et suivants du même Code.

1 Soc. 21 mars 2000, *SSL* n° 975, p. 10 ; *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 114 ; *JCP* 2000 *éd. G*, IV, 1836.

2 Note à la *SSL* n° 975 citée *supra* (auteur anonyme).

3 *Cf. infra* II/ A/ 3°/

Du premier de ces textes, il sait qu'un contrat valablement conclu a force de loi et que la volonté commune des cocontractants peut défaire ce qu'elle a fait ; du second, il se rappelle que des parties à un contrat peuvent opérer novation de leurs obligations, « lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte »[1].

Le civiliste, en particulier celui qui s'est épris de l'étude des contrats internationaux, a aussi à l'esprit l'existence d'une notion voisine de la novation : **la révision du contrat, encore appelée la modification du contra**t[2]. Ainsi existerait – il, entre l'hypothèse de « changement modeste » du contrat (par exemple, dans un bail, les loyers initialement payables à échoir sont désormais payables à terme échu) et celle de changement total (par exemple, les parties remplacent la vente par un crédit – bail), des cas intermédiaires[3].

Le travailliste doit oublier l'existence de cette catégorie intermédiaire et s'en tenir à une dichotomie lorsqu'il étudie le contentieux relatif à la modification du contrat de travail.

De deux choses l'une : soit la proposition patronale s'analyse en un simple changement des conditions de travail, expression du pouvoir patronal de gestion que le salarié ne peut refuser sans se mettre à la faute, soit cette proposition doit être qualifiée d'offre de modification, que le salarié a le droit de refuser.

Alors, la tâche consiste d'abord à rechercher des critères de distinction permettant de classer chaque proposition patronale parmi la 1ère ou la 2nde catégorie (**A/**).

Ensuite, il faudra étudier le régime de la réaction salariale (**B/**).

A/ La distinction entre changement des conditions de travail et modification du contrat de travail

Avertissement au lecteur : il ne trouvera pas, dans cette étude, une liste exhaustive et précise des critères permettant un classement entre le changement des conditions de travail et la modification ; l'auteur de ces lignes, parti à la conquête du Graal, est revenu bredouille… A sa décharge, le lieu commun selon lequel, la loi étant muette, la Cour de cassation s'emploie à protéger le salarié tout en s'efforçant de ne pas trop attenter à l'intérêt légitime de l'entreprise.

Reste à imiter Prévert : cinq hypothèses, en fonction de l'objet de la clause sur laquelle porte la proposition.

1°/ La rémunération du salarié

S'agissant de la rémunération *stricto sensu*, la jurisprudence est catégorique (a) ; les solutions sont plus nuancées à propos des rémunérations accessoires (b).

1 Art. 1271 al 1er C. civ.

2 RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les Cours de droit, 1978-1979, p. 46 et s. ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Bibliothèque de droit privé, Tome 166, L.G.D.J. 1980.

3 MARTY, RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil Tome 2 Les obligations, Le régime*, Sirey, n° 415.

***a) La rémunération* « stricto sensu »**

« Le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux » ou que le montant global de la rémunération reste acquis[1].

La solution semble constante, y compris pour les V.R.P., à propos de la détermination de leur taux de commission[2], même si la modification de leur salaire n'est qu'indirecte, restreignant leur compétence à prospecter la clientèle.

De plus, a été jugé que l'application d'une nouvelle convention collective ne peut être l'occasion d'une réduction des avantages acquis en matière de rémunération[3].

b) La rémunération accessoire

Certes, il a été décidé qu'un salarié, à qui l'on enlevait son véhicule, dont il pouvait se servir tant pour ses besoins professionnels que personnels et dont les frais étaient intégralement réglés par l'employeur, était face à une modification qu'il pouvait légitimement refuser[4].

Il semble cependant que les remboursement de frais puissent être supprimés, dès lors que l'employeur ne fait qu'user de son pouvoir de direction en décidant de ne plus exposer le salarié à ces frais ; on peut citer ici deux arrêts récents favorables à l'employeur concernant les indemnités de logement d'une part[5] et les indemnités de déplacement d'autre part[6].

2°/ Les horaires de travail

Il faut distinguer trois hypothèses : la proposition portant sur une nouvelle répartition des horaires, la proposition de baisse du volume horaire et la proposition de hausse du volume horaire.

a) La nouvelle répartition des horaires

a – 1°/ Pour ce qui concerne **le contrat de travail à temps plein**, la Chambre sociale semble s'être orientée vers une solution favorable à l'employeur. Elle a récemment plusieurs fois affirmé que l'employeur peut unilatéralement modifier la

1 Soc. 28 janvier 1998, *RJS* 3/98, 274. Soc. 19 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 885. Soc. 20 octobre 1998, *RJS* 12/98, 1448. Soc. 30 mai 2000, 2 arrêts, P + B, n° 97 – 45.068 et n° 98 – 44.016, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 175.

2 Soc. 5 janvier 2000, n° 97 – 44.489 D ; Soc. 26 janv. 2000, n° 97 – 43.884 D ; Soc. 18 avril 2000, n° 97 – 43.706, P + B, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 141 ; Soc. 18 juillet 2000, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 229 ; Soc. 23 janvier 2001, n° 98 – 46.377, P + B, *SSL* n° 1015, p. 14.

3 Soc. 27 janv. 1999, n° 96 – 43.342 P. Sur la « contractualisation » de la convention collective, *cf. infra* II/ A/ 5°/.

4 Soc. 17 février 1999, n° 96 – 44.865 D.

5 Soc. 5 octobre 1999, n° 97 – 41.339 D.

6 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 40227 P, *SSL* n° 919, p. 10. Sur le retrait d'un véhicule de fonction, *cf.* Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 41.532. Sur le retrait d'une prime de responsabilité, *cf.* Soc. 8 décembre 1999, n° 97 – 42.995.

répartition de l'horaire de travail au sein de la journée et qu'il n'y a pas modification du contrat tant que la durée du travail et la rémunération restent identiques[1].

Certes, fait – on remarquer, **l'employeur ne dispose pas d'un droit discrétionnaire et sa décision ne doit pas provoquer un « véritable bouleversement des horaires** »[2]. Ainsi constitue une modification la décision patronale de répartir sur cinq jours par semaine l'horaire jusqu'alors pratiqué par cycle de deux semaines à raison de trois jours une semaine et quatre jours la semaine suivante, avec en outre un service à assurer les samedi et dimanche[3]. De même, le fait de vouloir imposer à un salarié un travail nocturne a été considéré comme une proposition de modification[4].

Il faut cependant souligner qu'une décision a estimé qu'un salarié d'une station – service ouverte 24 h sur 24 qui ne tenait pas de son contrat le droit de travailler en permanence la nuit commettait une faute en refusant de travailler le jour[5]. Décision remarquable en ce qu'elle est favorable à l'employeur, mais que la Cour de cassation n'a pas entourée d'une grande publicité[6].

Récemment, la Cour de cassation a semblé marquer sa volonté de poser un critère objectif de distinction : alors que le simple changement d'horaires relève du pouvoir de direction de l'employeur, la décision consistant à faire passer le salarié d'un horaire fixe à un horaire variable constitue une modification[7]. Ce souci de recherche d'objectivité qui anime la Cour de cassation est certes louable. Mais il peut parfois faire des « dégâts »[8], comme nous le constaterons bientôt[9].

---

1 Soc. 22 février 2000, n° 97 – 44.339 P + B, *SSL* n° 971, p. 11, *JCP* 2000 *éd. G*, II, 10321, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN, à propos d'un changement d'horaire suite à la réorganisation d'un cabinet médical dont l'effectif était passé de deux à trois secrétaires. Soc. 16 mai 2000, n° 97 – 45.256 P, *SSL* n° 984, p. 10, à propos d'un salarié embauché en qualité de directeur administratif et financier pour un horaire réparti du lundi 7 h 30 au vendredi midi et licencié pour avoir refusé d'être présent, à la demande de son employeur, le vendredi après-midi. Soc. 17 octobre 2000, n° 98 – 42. 264 P + B, *SSL* n° 1001, p. 10, à propos d'une salariée occupée habituellement du lundi au vendredi qui s'était vue imposer de travailler un samedi sur deux par roulement.

2 Ph. WAQUET, *Dr. soc.* 1999, p. 578.

3 Soc. 10 mai 1999, n° 96 – 45.652. Dans le même sens, *cf.* Soc. 18 décembre 2000, n° 98 – 42.885, *BICC* 530, n° 228 : le passage d'un horaire journalier continu (de 4 h 30 à 11 h 30, avec une pause d'une demi heure) à un horaire discontinu (deux périodes distinctes, l'une de 4 h 30 à 8 h 30, l'autre de 14 h 30 à 17 h) entraîne la modification du contrat de travail.

4 Soc. 19 février 1997, n° 95 – 41.207.

5 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 43.045 D.

6 Peut-être n'était-il pas « politiquement correct » de publier largement une décision concernant une femme qui exigeait de continuer à travailler la nuit, alors que certains syndicats manifestaient leur hostilité à la réforme législative tendant à lever l'interdiction de principe du travail nocturne concernant les femmes… Sur cette question, *cf. Le Monde* du 23 novembre 2000, p. 6.

7 Soc. 14 novembre 2000, n° 98 – 43. 218 P + B, *SSL* n° 1006, p. 9, obs. C. GOASGUEN ; *JCP* 2001 *éd. G*, IV, 1056.

8 L'expression est de Mme GOASGUEN, Edito de la *SSL* n° 1006.

9 *Cf. infra* 3°/.

Enfin, la Cour de cassation vient de décider que la demande patronale de faire passer les salariés de 4 à 5 jours de travail était une proposition de modification[1].

a – 2°/ Pour ce qui concerne le **contrat de travail à temps partiel**, la loi fait de la répartition des horaires un élément contractuel qui ne peut être modifié sans l'accord du salarié ; de plus, une clause de ce contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier l'horaire convenu, en prévenant le salarié au moins sept jours à l'avance qu'à la double condition, d'une part, de la détermination par le contrat de la variation possible et, d'autre part, de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir[2].

La loi du 19 janvier 2000 a renforcé la protection du salarié en posant deux règles nouvelles :

- Lorsque le contrat n'a rien prévu à propos des cas et de la nature de la modification, le refus salarial est un droit ; ce refus ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement.

- Lorsque le contrat a envisagé les cas et les modalités de changement de la répartition des horaires de travail et que l'employeur demande au salarié de changer cette répartition, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée.

b) La baisse du volume horaire

Il semble acquis que la transformation d'un horaire de travail à temps complet en un horaire de travail à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail[3].

Aujourd'hui, il faut examiner l'occurrence à l'aune de la loi Aubry du 19 janvier 2000[4] et distinguer deux situations, en informant le lecteur de notre impuissance à décrire le cas des cadres.

b – 1°/ D'abord, **la simple réduction du temps de travail** : pour appliquer la loi, l'employeur se contente de réduire le temps de travail, sans bouleverser les horaires ni toucher au salaire. La loi prévoit dans ce cas que cette opération « ne constitue pas une modification du contrat de travail ». Il faut alors appliquer au salarié rétif le régime du refus d'un changement des conditions de travail, c'est à

1 Soc. 23 janv. 2001, n° 98 – 44.843 P, *SSL* n° 1015, p. 14.

2 Art. 212 – 4 – 3 C. trav. ; *cf.* Soc. 7 juillet 1998, n° 95 – 43.443, *Dr. soc.* 1998, p. 945. Soc. 23 novembre 1999, n° 97 – 41.315 P.

3 *Cf. supra* I/ A/ 5°/.

4 Article 30 de la loi n° 2000 – 37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, partiellement codifié dans l'article L 212 – 3 du Code du travail.

dire considérer que ce refus est une faute, voire une faute grave[1]. Certes, la loi ne prévoit – elle cette solution que dans l'hypothèse où l'employeur a réduit le temps de travail par un accord collectif ; l'on peut alors se demander s'il faut tenir le même raisonnement lorsque la même opération s'est réalisée non pas en vertu d'un accord mais d'une décision unilatérale de l'employeur. Faut – il raisonner *a contrario* ou *a pari* ? La doctrine penche pour un raisonnement par analogie et qualifie de fautif le refus salarial, que la réduction du temps de travail ait été ou pas négociée[2].

b – 2°/ Ensuite, **la réduction du temps de travail affectant des éléments essentiels du contrat** : le cas est régi par le paragraphe II de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 et vise, en pratique, les hypothèses où l'employeur profite du passage aux 35 heures pour bouleverser les horaires ou toucher à la rémunération ; ce texte prévoit que le licenciement d'un ou plusieurs salariés consécutif au refus salarial de la modification entraînée par l'application d'un accord collectif de réduction de temps de travail n'est pas soumis aux procédures du licenciement économique. Les obligations spécifiques à ce type de licenciement (consultation des représentants du personnel, plan social, priorité de réembauche…) ne s'appliquent donc pas. Il s'agit d'un licenciement individuel, d'un licenciement pour cause personnelle « par détermination de la loi »[3].

b – 3°/ Enfin, nous bornerons nous à signaler que le nouvel article L 212 – 3 du Code du travail n'est pas, de l'avis de la doctrine, applicable à certains cadres… Nous ne pouvons en dire plus en cette période d'ajustement de la loi sur la réduction du temps de travail : décret annulé par le Conseil d'Etat, loi « sanctionnée » par la Cour de cassation… L'horaire de travail : voici un beau sujet de mémoire…ou de thèse[4] !

c) L'augmentation du volume horaire

Une réponse ministérielle avait clairement posé l'obligation pour le salarié d'exécuter les heures supplémentaires régulièrement décidées par l'employeur[5]. La jurisprudence a conforté cette position[6], *pourvu que la décision patronale soit* ***ponctuelle***. Il a été récemment jugé que l'employeur qui voulait augmenter ***de façon permanente*** la durée du travail au – delà de la durée légale, contrairement aux prévisions du contrat, se livrait à une modification que le salarié pouvait refuser[7]. La CJCE a rendu le 8 février 2001 un arrêt qui contraint l'employeur à informer le salarié de son obligation d'effectuer des heures supplémentaires[8].

---

1 *Cf. infra* B/ 1°/ b)

2 *Cf.* C. GOASGUEN et M. DENIAU, Passer à 35 heures, *SSL* n° 981, supplément du 15 mai 2000, p. 41.

3 Expression que nous préférons à celle de licenciement *sui generis* ; *cf. infra* B/ 2°/ a) a – 3°/.

4 *Cf.* Philippe WAQUET, Tableau de la jurisprudence de la chambre sociale sur les horaires, *SSL* n° 1019, p. 6. Michel MORAND, La saga des équivalences, *SSL* n° 1027, p. 12. Eric AUBRY, L'annulation partielle du décret fixant le contingent d'heures supplémentaires, *SSL* n° 1023, p. 7.

5 Rép. min. *JOANQ* 26 février 1966.

6 Soc. 13 juillet 1988, *Bull. civ.* n° 445 ; Soc. 4 décembre 1990, n° 87 – 43.465.

7 Soc. 20 octobre 1998, *Bull. civ.* n° 433 ; *Dr. soc.* 1998, p. 1045.

8 *SSL* n° 1017, p. 7.

3°/ Le lieu du travail et la référence au « secteur géographique »

Le contentieux soumis à la Cour de cassation est sur ce point abondant.

Il semble que notre Haute cour s'est orientée vers une appréciation *in abstracto* pour distinguer le simple changement des conditions de travail de la modification. En effet, depuis plus de deux ans, la Chambre sociale a pris l'habitude de faire **référence au secteur géographique** : si la mutation territoriale proposée au salarié ne le fait pas changer de secteur géographique, il ne s'agit que d'un changement des conditions de travail[1] ; si, au contraire, l'affectation proposée a pour conséquence de faire changer le salarié de secteur géographique, il s'agit alors d'une modification[2].

Après avoir rappelé que la Cour de cassation semble faire abstraction de l'éventuelle présence d'une clause de mobilité géographique dans le contrat pour appliquer désormais cette solution[3], on peut remarquer deux choses : l'incertitude (a) et l'iniquité (b) du critère.

a) Le critère est incertain

a – 1°/ D'abord, il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles la Cour de cassation s'affranchit largement du critère objectif ainsi posé

- Ainsi, lorsqu'elle considère que l'emploi en cause est par nature un emploi mobile[4], l'appréciation du secteur géographique est plus souple.

- Ainsi lorsqu'elle décide que, la forme prévalant sur le fond, l'employeur qui adresse au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception informant ce dernier qu'il change de lieu de travail et qu'il dispose d'un délai d'un mois pour accepter cette proposition, se place par là – même sur le terrain de la modification du contrat de travail, modification que le salarié peut légitimement refuser[5], nonobstant le peu de kilomètres séparant le nouveau lieu d'affectation du lieu de travail initial.

a – 2°/ Ensuite, il y a une incertitude objective quant au critère posé : bassin d'emploi, agglomération urbaine, commune, département, région[6] ? Le « *secteur géographique n'a rien à voir avec les frontières administratives d'une*

1 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 40.227 P, *SSL* n° 919, p. 10. Particulièrement clair, Soc. 5 mai 1999, n° 97 – 40.576 P + B, *Le Dalloz* 2000, *Somm*., p. 85, obs. S. FROSSARD, *Dr. soc.* 1999, p. 737 : « le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective »… Il y a modification dès lors que le nouveau lieu de travail est « situé dans un secteur géographique différent ». Sans doute les prémices de cette position avaient-ils été posés par Soc. 16 juillet 1997, n° 94 – 44.331. *Cf.* aussi Soc. 21 mars 2000, n° 98 – 44.005 P, *SSL* n° 975, p. 10 : salarié muté à 19 kilomètres du lieu de travail initial ; Soc. 24 novembre 1999, n° 97 – 45-159 : salarié muté à 2 kilomètres du lieu de travail initial.

2 Soc. 4 janvier 2000, n° 97 – 45.647 : salarié muté à 58 kilomètres du lieu de travail initial.

3 *Cf. supra* I/.

4 Soc. 4 janv. 2000, n° 97 – 41.154 P + B, *SSL* n° 966, p. 6, à propos d'un chauffeur de car ; *cf.* déjà Soc. 8 juillet 1985, n° 84 – 42.660, à propos d'un conducteur de travaux « dont les fonctions nécessitent une certaine mobilité géographique » ; c*f.* aussi l'arrêt du 16 décembre 1998, cité *supra* concernant un serrurier appelé à se déplacer sur divers chantiers.

5 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 40.576 P + B, *SSL* n° 951, p. 12.

6 Ph. WAQUET, *RJS* n° 5/99, p. 388.

commune ou d'un département »[1]. Il est vrai qu'à ce jour n'existe aucune carte de France officielle des « secteurs géographiques »…

b) L'application de ce critère aboutit parfois à des solutions iniques

Il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler les circonstances d'une décision rendue par la Cour de cassation le 16 juillet 1997[2]: la salariée travaillait initialement à Saint – Nazaire et prenait son poste à 5 h 45 ; l'entreprise s'était par la suite implantée dans une banlieue qui n'était pas desservie par les transports en commun à cette heure. Le licenciement pour faute grave, face au refus de cette salariée d'accepter cette mutation, fut néanmoins approuvé par la Cour. Ajoutons, pure spéculation de notre part, que cette salariée avait seule trois enfants à charge, scolarisés dans une école située dans la banlieue opposée à celle du nouveau lieu de travail et qu'elle n'avait pas le permis de conduire : de quoi donner des cauchemars à M. le Président Gélineau- Larrivet[3] !

Bref, deux raisons pour préférer une appréciation *in concreto*, dès lors, tout au moins, que le salarié accepte de faire valoir, pour justifier la légitimité de son refus, certains éléments de sa « vie privée »[4].

Voie médiane, utilisée par la Cour d'appel de Paris[5] : se fondant sur des éléments très concrets[6], elle estime que l'acceptation par le salarié de la proposition patronale de changement de lieu de travail aurait pour effet de le faire changer d'unité géographique[7] ; que, donc, s'agissant d'une modification, le refus n'a pas de caractère fautif.

4°/ Les fonctions

On peut partir d'une affirmation en apparence simple : alors que la proposition de transformation qui affecterait la nature des fonctions serait une modification, celle qui ne toucherait pas à cette nature ne serait qu'un changement.

Ici aussi, la difficulté à dégager un critère rigoureux de distinction se fait sentir.

Une seule certitude : quand le changement de fonctions s'accompagne d'un retrait de certains avantages professionnels, psychologiques ou pécuniaires, il y a

---

1 J.-E. RAY, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*, éd. Liaisons.

2 N° 94 – 44.331.

3 Actuel Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

4 *Cf.* l'opinion nuancée de J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant*, n° 161, 7ème éd 1998 – 1999, Liaisons. L'auteur a désormais une opinion plus tranchée : « La politique de la Chambre sociale est claire : inciter les salariés à davantage de mobilité pour garder un emploi, fût-ce dans certains cas au prix d'un bouleversement de leur vie personnelle ou familiale » ; 9ème éd.,2000 – 2001, n° 162.

5 Paris 24 février 2000, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 126.

6 « Le changement de lieu de travail constitue une modification, dès lors que l'ensemble des voies de communications qui relient l'ancien siège au nouveau ne permettent ni échange direct ni déplacement aisé ».

7 « L'absence de liaison directe et de connexion aisée entre les deux sites démontre qu'ils ne sont pas intégrés dans une même unité géographique, nonobstant le fait qu'ils soient dans une même région administrative ».

modification. Ainsi lorsque l'on retire au salarié certaines de ses responsabilités *et* son bureau personnel[1], sa voiture de fonction[2], une prime de responsabilité[3]… Pour le reste…

Trois arrêts récents semblent concevoir le **pouvoir de direction d'une façon assez large, face à des salariés peu qualifiés.**

Il s'agissait, dans la première affaire, d'un ouvrier agricole habituellement affecté à la cueillette des citrons à qui l'employeur avait demandé de s'occuper désormais d'engainer des bananes[4]. Dans la seconde, le patron avait demandé à un « solier – moquettiste » de nettoyer une bétonnière[5]. Dans ces deux cas, le refus salarial a été qualifié de fautif. Enfin, troisième décision rendue à propos d'une femme de ménage initialement affectée au ménage des appartements des copropriétaires d'une copropriété, licenciée pour avoir refusé d'effectuer le ménage dans les parties communes de l'immeuble[6] ; l'analyse de la Cour est particulièrement claire : « la circonstance que la tâche donnée à un salarié soit différente de celle qu'il effectuait antérieurement, dès l'instant où elle correspond à sa qualification, ne caractérise pas une modification du contrat de travail.

Au contraire, **s'agissant d'un cadre**, il semble que la jurisprudence analyse la décision patronale de **retrait des responsabilités** en une **modification**. Ainsi, par exemple, de la décision consistant à priver le salarié de la « maîtrise de gestion des dossiers »[7], ou de « ses fonctions d'animation, d'administration et de direction technique »[8].

La solution est différente lorsque l'exercice des responsabilités retirées ne s'inscrivait pas dans la relation salariale mais dans une relation statutaire de dirigeant. C'est l'hypothèse où le salarié cumule son contrat de travail et un mandat social. La Cour de cassation a affirmé que le seul fait de révoquer un directeur général, révocable *ad nutum*, alors que ses fonctions techniques de directeur – adjoint salarié n'avaient pas été changées, ne constituait pas une modification[9].

Dans une décision récente, la Cour de cassation a posé des critères objectifs permettant de distinguer le changement des conditions de travail de la modification. L'arrêt[10] nous semble très important. En substance, il dit que, si la tâche nouvelle correspond aux qualifications du salarié, si le changement de poste ne modifie ni son

1 Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 41.532.

2 Soc. 12 juillet 1999, cité note précédente.

3 Soc. 8 décembre 1999, n° 97 – 42.995.

4 Soc. 10 mai 1999, n° 96 – 45.673 P, *D.* 1999, *IR*, p. 149, *Dr. soc.* 1999, p. 736.

5 Soc. 10 mai 1999, n° 97 – 41.497 P.

6 Soc. 24 avril 2001, n° 98 – 44.873 P + B ; *SSL* n° 1028, p. 10.

7 Soc. 20 janvier 1999, n° 97 – 40.050.

8 Soc. 11 juillet 2000, n° 98 – 43.688 D.

9 Soc. 14 juin 2000, n° 97 – 45.852 P + B, *SSL* n° 987, p. 10, *Le Dalloz*, 2000, *IR*, p. 190.

10 Soc. 10 octobre 2000, n° 98 – 41.358 P + B, *SSL* n° 1000, p. 10, *Petites affiches* n° 249, p. 10, obs. G. PICCA et A. SAURET.

degré de subordination à la direction générale ni son pouvoir hiérarchique ni sa qualification ni, bien sûr, sa rémunération[1], alors, cette proposition de changement ne constitue pas une modification.

Autant n'étions-nous pas favorable, lorsqu'il s'agissait de la proposition de mutation géographique, à cette volonté de la Cour de cassation d'amener le raisonnement à un niveau abstrait, autant saluerons – nous la précision et la justice de cette décision.

Deux critères sont ici clairement établis:

D'abord, le rapport entre la tâche proposée et la qualification du salarié ; en effet, amener un salarié à occuper des fonctions pour lesquelles il n'est pas qualifié serait le mettre en « porte à faux » ; quelles conséquences tirer, ensuite, de son éventuelle incompétence ? Le critère adopté ici par la Cour de cassation doit se comprendre par rapport à l'obligation générale qu'elle a mise, voici bientôt dix ans, à la charge de l'employeur de former le salarié a l'évolution de son emploi[2].

Ensuite, le maintien du niveau hiérarchique et le degré de subordination par rapport à la direction générale ; il ne faut pas que, suite au changement des attributions du salarié, son emploi relève, de fait (même si la rémunération reste intacte), d'un classement inférieur. Reste une interrogation, concernant la référence faite par l'arrêt au degré de subordination : le rattachement hiérarchique nouveau, suite à une restructuration ou à la création d'un échelon hiérarchique intermédiaire devra – t – il désormais toujours s'analyser en une modification ? A suivre…

Notons, en dernier lieu, cette affaire dans laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que le refus du salarié d'être muté au sein d'une « filiale à 100% » de son employeur n'est pas un acte d'insubordination[3]. La Cour qualifie implicitement cette proposition de mutation de proposition de modification et en déduit que son refus par le salarié était légitime. La modification géographique du lieu de travail n'étant, en l'espèce, pas invoquée[4], on peut penser que la Cour s'est principalement fondée sur le fait que le salarié était amené à changer d'employeur : initialement salarié de la société mère, on lui proposait d'occuper un poste au sein d'une filiale.

Il faut préciser les termes du débat. Pour le salarié d'une société qui, du point de vue du Droit des sociétés et du Droit fiscal peut être qualifiée de société mère, passer au service d'une filiale peut d'abord s'analyser en une véritable novation. Le salarié change d'employeur : départ négocié de la société mère – une démission – et embauche par la filiale. Face à une filiale à 13%, par exemple, l'analyse n'a rien

1 Il est acquis que le changement de rémunération est une modification ; *cf. supra*.

2 Soc. 25 février 1992, n° 89 – 41.634, P + B : arrêt Dehaynain, commenté dans toutes les revues s'intéressant au Droit social ; *cf.* Camille GOASQUEN et Alain DUPAYS, *« 1980 – 2000, Regards sur 20 ans de droit du travail », SSL* hors-série n° 1000, p. 55.

3 Soc. 28 mars 2000, *JCP* 2000, *éd. E*, n° 40, p. 1574, obs. K. ADOM.

4 De Toulouse (Haute-Garonne) à Lons Le Saunier (Jura) ! Le débat aurait pu tourner autour de la modification géographique ! *Cf. supra*.

d'illégitime. Mais le raisonnement doit – il être le même face à une « filiale à 100% » ?

On sait que, en Droit du travail, l'écran juridique cède systématiquement le pas à la réalité économique lorsqu'il s'agit de faire profiter un salarié de ses droits, par exemple quand il faut calculer son ancienneté.

Ne devrait – on pas, alors, en respectant un certain parallélisme, penser que, dans une telle hypothèse de mutation, il n'y a pas modification, dès lors que les autres conditions du contrat de travail initial restent inchangées ou peu changées ?

5°/ L'adjonction d'une clause

Il semble acquis que la proposition d'adjonction au contrat de travail d'une **clause de non concurrence**[1] ou d'une **clause de mobilité géographique**[2] est une modification.

Cela peut se faire de façon indirecte. Ainsi, lorsque, par le biais du jeu d'une clause de mobilité géographique, le salarié se voit soumis à une convention collective différente de celle dont il avait été prévu, par contrat, qu'elle lui serait applicable[3] : c'est une modification[4].

Nous avons désormais en mémoire quelques critères permettant de qualifier une proposition de transformation de la relation de travail. Reste à étudier le régime juridique de la réaction salariale face à cette proposition.

B/ Le régime juridique de la réponse salariale

Partons d'une certitude: alors que refuser une modification est un droit pour le salarié, refuser un changement est une faute ; l'employeur qui veut licencier le salarié rétif doit nécessairement tenir compte de ce paramètre (**1°**/).

Mais ce n'est pas le seul à prendre en compte : il faut encore se poser deux questions.

La première tient compte de la raison de cette modification : pourquoi cette proposition ?

La seconde se focalise sur la réponse à cette proposition : acceptation ou refus de cette proposition ?

Il faudra s'assurer, en toute occurrence, que l'acceptation est véritable (**3°/)** ; mais il importe aussi de constater une différence de régime selon la cause de la proposition refusée (**2°/**).

1°/ La qualification de la transformation proposée et le régime du refus

Deux affirmations :

---

1 Soc. 7 juillet 1998, *JCP* 1998 *éd. G*, II, 10196, *D*. 1999, *Somm.*, p. 107, obs. Y. SERRA. Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 41.845 P + B, *D*. 1999, *IR*, p. 19. Soc. 12 juillet 1999, n° 97 – 43.063 D.

2 Soc. 24 novembre 1999, n° 97 – 45.202 P.

3 La solution est différente si la convention collective n'a pas été contractualisée : *cf.* Soc. 27 juin 2000, *JCP* 2000 *éd. G*, II, 10 446, obs. L. GAMET, *Petites affiches* n° 202, p. 5, obs. G. PICCA et A. SAURET.

4 Soc. 2 décembre 1998, *RJS* 1/99, n°7, p. 22.

Refuser une modification peut entraîner un licenciement (**a**).

Refuser un changement peut entraîner un licenciement pour faute (**b**).

a) La rupture consécutive à un refus salarial d'une modification est un licenciement.

L'employeur qui envisage de se séparer du salarié réticent devra donc respecter les règles relatives au droit du licenciement.

Cela veut dire trois choses :

- **D'abord**, que la prise d'acte de la rupture par l'employeur est aujourd'hui totalement à exclure.

- **Ensuite**, que les parties devront respecter un préavis dont le délai sera apprécié par rapport à la loi, la convention collective ou le contrat. Cette affirmation apparemment anodine peut être la source d'un problème épineux, lorsque la modification, objet du litige, porte précisément sur la durée du préavis applicable en cas de licenciement ; ainsi, quand la mise en place d'un nouvel accord collectif prévoyant un délai de préavis plus bref se heurte à des prévisions contractuelles stipulant un délai plus long et que le salarié refuse de signer l'avenant à son contrat ingérant cette nouvelle convention collective. La Cour de cassation décidant avec constance qu'un accord collectif ne peut avoir pour effet de modifier le contrat de travail[1], on imagine aisément la suite : le licenciement ayant pour seul motif le refus du salarié est sans cause réelle et sérieuse[2].

- **Enfin**, que le seul refus du salarié ne constitue pas un motif de licenciement. L'employeur ne saurait se contenter de ce refus pour justifier la rupture ; il doit remonter aux raisons qui l'ont conduit à proposer la modification[3]… et s'assurer que ces raisons constituent bien, en elles – mêmes, une cause réelle et sérieuse de licenciement[4] !

b) La rupture consécutive à un refus salarial d'un changement est un licenciement pour faute

Un tel refus s'analysait classiquement en une faute grave[5].

Cette position fut d'abord considérée comme une « avancée sociale », interdisant à l'employeur, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ce refus s'exprimait, de se prévaloir de la prise d'acte de la rupture imputable au salarié[6].

---

1 Une position critiquée en doctrine ; *cf.* G. COUTURIER, Pot pourri autour des modifications du contrat de travail, cité en introduction.

2 Soc. 15 juillet 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 889.

3 Jurisprudence constante ; *cf.* par ex. Soc. 14 février 1995, *D.* 1995, p. 413, obs. J. MOULY ; Soc. 10 décembre 1996, *Dr. soc.* 1997, p. 200, obs. G. COUTURIER ; Soc. 7 octobre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1097, obs. G. COUTURIER. Soc. 13 octobre 1999, n° 97 – 42.072.

4 *Cf. infra* 2°/

5 Soc. 10 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, obs. H. BLAISE.

6 *Cf.* par ex. Soc. 19 mars 1996, *Jur. Soc. UIMM*, n° 96 – 598, p. 324.

Aujourd'hui, la volonté de protection du salarié, toujours plus ardemment exprimée par la Cour de cassation, conduit celle – ci à considérer que la faute ainsi commise n'est pas nécessairement grave.

Une affaire qui lui a été soumise récemment témoigne de cette nouvelle approche : une salariée, aide – comptable d'une clinique depuis 19 ans, avait été licenciée pour faute grave en raison de son refus de travailler un samedi matin sur deux par roulement, ce qui constituait la nouvelle répartition de ses horaires que l'employeur entendait lui imposer. La Haute cour, rappelant au passage que l'employeur ne fait qu'user de son pouvoir de direction en proposant ces nouveaux horaires et que le refus du salarié était fautif, n'admet pas qu'un tel refus puisse être qualifié de faute grave, compte tenu des 19 années d'ancienneté pendant lesquelles la salariée avait disposé du samedi matin[1].

Il est clair que la Cour de cassation utilise des éléments concrets pour se livrer à la distinction entre faute grave et faute « simplement sérieuse ». L'ancienneté du salarié au poste changé fait partie, parmi d'autres[2], de ces éléments.

En guise de contrepartie, la Cour permet à l'employeur qui vient de licencier un salarié pour refus de changement des conditions de travail, de faire exécuter le préavis aux conditions nouvellement fixées[3].

2°/ La cause de la proposition de modification refusée et le choix d'un régime de licenciement

Face à un refus salarial d'une modification, l'employeur qui ne veut pas renoncer devra envisager de licencier le salarié réticent.

Comme notre Droit ne connaît que deux sortes de licenciement – pour cause personnelle et pour motif économique – un choix s'impose. Le strict respect de la procédure à suivre par l'employeur suppose que celui – ci réponde d'abord à la question suivante : quelles sont les raisons qui l'ont conduit à proposer une modification ? Raison inhérente à la personne du salarié **(a)** ou raison tirée des difficultés économiques traversées par l'entreprise **(b)** ?

a) Licenciement pour cause personnelle, suite à une modification refusée

A priori, ce motif inhérent à la personne du salarié est synonyme de faute **(a-1)**.

---

1 Soc. 17 octobre 2000, n° 98 – 42.264 P + B, *SSL* n° 1001, p. 10. Position confirmée le même jour : n° 98 – 42.177 P + B, *Le Dalloz* 2000, *IR*, p. 290, *Dr. soc.* 2001, p. 90, à propos d'une salariée employée à temps partiel à qui l'employeur entendait supprimer la pause de midi : le refus est fautif, mais cette faute ne doit pas être qualifiée de faute grave alors que le nouvel horaire lui imposait d'être présent à l'heure du déjeuner dont il pouvait disposer précédemment, ce qui lui permettait de s'occuper de ses enfants d'âge scolaire. La solution aurait été différente si la loi du 19 janvier 2000 sur la réduction du temps de travail avait été applicable à l'espèce : désormais, la mise en œuvre par l'employeur de la clause de mobilité horaire insérée dans le contrat de travail à temps partiel peut être paralysée par les obligations familiales impérieuses du salarié ; *cf. supra* A/ 2°/ a) a – 2°/.

2 Tel que la situation familiale ; *cf.* Soc. 17 octobre 2000, cité à la note précédente.

3 Soc. 25 novembre 1997, n° 95 – 44.053 P + B, *SSL* n° 865, p. 7.

Mais pas toujours : d'abord, l'incompétence professionnelle du salarié peut être le motif de la proposition ; or, la Cour de cassation considère que l'incompétence professionnelle n'est pas une attitude fautive **(a-2)** ; ensuite, existe depuis la loi Aubry II un mode original de licenciement du salarié qui refuse *les 35 heures* **(a-3)**.

a – 1/ La faute du salarié, source de la modification refusée

« *Une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; par contre, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, au lieu et place de la sanction refusée* »[1]. La position de la Cour de cassation semble particulièrement claire. Elle amène les précisions suivantes.

Dans cette occurrence, la modification proposée se conçoit, *a priori*, comme une ***rétrogradation*** : changement de poste, parfois accompagné d'une baisse de rémunération ou d'une mobilité géographique, voire d'un inversement de la hiérarchie. Existent sans doute des hypothèses plus insidieuses dans lesquelles, objectivement, la proposition d'un nouveau poste n'apparaît pas comme une sanction, mais qui est cependant vécue comme telle par le salarié. Les voies de garage existent… Ou pire ! Prenons l'exemple d'école de ce salarié, occupé depuis 15 ans à des tâches de compatibilité au sein de l'établissement marseillais de l'entreprise : le voilà, à la suite de nombreuses erreurs constatées, muté à Paris dans un poste de chef – comptable, avec une augmentation de 900 francs. Mais il était amoureux de la Mer et de l'Olympique de Marseille…

Le refus salarial est indifférent à la qualification de la rupture ; l'employeur devra se fonder sur les faits à l'origine de la sanction disciplinaire initiale pour motiver la lettre de licenciement.

L'employeur qui sanctionne une faute doit appliquer la procédure disciplinaire, ce qui suppose le respect d'une certaine forme et celui de certains délais. Or, le législateur de 1982 n'avait pas prévu l'hypothèse du licenciement consécutif à une proposition de modification émise par l'employeur suite à des agissements fautifs du salarié et refusée par ce dernier, hypothèse où l'employeur, se fondant sur les mêmes faits, pourra exceptionnellement prononcer une seconde sanction.

On sait, d'une part, que si un délai de deux mois s'écoule entre la découverte des faits fautifs et l'engagement des poursuites disciplinaires, le salarié ne pourra plus être sanctionné pour ces faits ; d'autre part, que le salarié doit être considéré comme excusé de sa faute si, entre l'entretien préalable et la notification de la sanction, s'est écoulé un délai d'un mois.

Deux questions se posent.

---

1 Soc. 16 juin 1998, n° 95 – 45.033, *Bull. civ.* n° 320, *JCP* 1998, *éd. G*, II, 10161, obs. D. CORRIGNAN-CARSIN. Soc. 15 juin 2000, n° 98 – 43.400 P, *SSL* n° 998, p. 10, obs. C. GOASGUEN.

- Quel « engagement des poursuites disciplinaires » ? La première convocation à un premier entretien, suite à la découverte des faits fautifs, ou la seconde, suite au refus du salarié d'accepter la modification disciplinaire de son contrat ?

- Quelle « notification de la sanction » ? Celle qui a conduit l'employeur, lors d'un premier entretien préalable, à proposer au salarié une mutation disciplinaire ou celle qui, prenant en compte le refus de mutation, a conduit à un second entretien et à la notification du licenciement ?

Les avis sont partagés[1] ; en tous cas, il est recommandé à l'employeur de faire preuve de célérité…

a – 2°/ L'incompétence professionnelle est – elle une faute ?

Une Cour d'appel, qui constate que la modification du contrat de travail proposée par l'employeur avait pour cause l'insuffisance professionnelle du salarié, décide exactement que, dès lors que la modification n'était pas intervenue dans le cadre d'une poursuite disciplinaire, le conseil de discipline institué par la convention collective n'avait pas à être saisi[2].

La Cour de cassation considère que l'incompétence professionnelle n'est pas une faute et qu'à ce titre, le licenciement prononcé pour un tel motif n'a pas à respecter la procédure disciplinaire.

Cette position nous semble critiquable.

Elle contredit celle qui exige des faits objectifs de nature à justifier le licenciement. Qu'on se rappelle la jurisprudence relative à la perte de confiance : l'employeur qui veut se séparer du salarié a l'obligation d'établir des faits objectifs de nature à corroborer ses affirmations. Alors, l'incompétence professionnelle ne doit – t – elle pas s'exprimer objectivement dans la mauvaise exécution du travail ? Comment cette mauvaise exécution pourrait – elle échapper à la qualification de « faute » ? Certes, on peut être incompétent sans le faire exprès. Mais faut – il oublier que l'on peut être fautif par omission ? Faut – il oublier qu'un *infans* peut être fautif ? Faut – il mettre au placard la notion de faute objective ?

Une décision récente doit être citée[3] : un directeur général avait été licencié au motif que la dégradation du climat social dans l'entreprise résultait de son manque de vision à moyen et long terme. La Cour d'appel l'avait débouté de ses demandes d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En cassation, le salarié obtient gain de cause : « en statuant ainsi, alors que le licenciement, qui avait été précédé d'une proposition de mutation consistant en une rétrogradation…comportant une diminution de salaire et d'une mise à pied conservatoire présentait nécessairement un caractère disciplinaire et que l'arrêt

1 Comp. l'opinion du Doyen WAQUET, rapport sur Soc. 16 juin 1998 et celle de C. GOASGUEN, obs. sous Soc. 15 juin 2000, précité.

2 Soc. 16 décembre 1998, n° 96 – 42.609 P.

3 Soc. 28 novembre 2000, n° 98 – 43. 029 P + B, *SSL* n° 1007, p. 11.

attaqué ne caractérise aucune faute à la charge du salarié, la Cour d'appel a violé les textes susvisés (Art. L. 122 – 40 et L. 122 – 14 – 31) ».

Première approximation : le salarié a été licencié pour faute alors qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée, l'incompétence professionnelle n'étant pas une faute.

Affinage : la proposition de rétrogradation avec mise à pied conservatoire était inadaptée à l'espèce car l'inaptitude professionnelle n'est pas une faute **grave :** si l'inaptitude d'un cadre à gérer ses troupes ne doit pas être qualifiée de faute grave (et ne doit donc pas être suivie des effets d'une telle faute comme la mise à pied), cette incompétence doit être, à notre avis, considérée comme une faute sérieuse. L'employeur peut alors sanctionner son cadre incompétent en respectant la procédure disciplinaire : par exemple, en lui proposant d'abord une rétrogradation et en le licenciant, en cas de refus.

a – 3°/ Le licenciement du salarié qui refuse « le passage aux 35 heures »

Le législateur a créé récemment un nouveau mode de licenciement. En effet, en vertu de l'article 30 de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction du temps de travail, « la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail » et « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122 – 14 à L. 122 – 17 du Code du travail ».

Un jour, sans doute, un « Historien du Droit de l'Emploi » se penchera-t-il sur cette source de licenciement et relèvera qu'à l'aube du 21ème siècle, un fonctionnaire du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité l'a qualifiée de « *licenciement sui generis* »[1].

Ce texte[2] est une concession remarquable faite aux employeurs, dans le cadre du passage aux 35 heures : ces derniers peuvent profiter des négociations qu'ils ont dû mettre en place pour proposer à leurs salariés des modifications (horaires, rémunération…) dont le refus, quel que soit le nombre de salariés concernés, ne les oblige pas à mettre en œuvre les procédures de licenciement économique. Bref, ce texte offre, ponctuellement, de la certitude aux employeurs dans une situation où ils n'en n'ont habituellement pas : lorsqu'ils sont conduits à licencier, pour motif économique, des salariés qui ont refusé la modification proposée.

1 Circulaire du Ministère de l'Emploi et de la Solidarité du 3 mars 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, fiche n° 27.

2 *Cf. supra* II/ A/ 2°/ b)

b) Licenciement pour motif économique, suite à une modification refusée

Depuis que la loi s'est décidée à définir le licenciement économique[1], on sait que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant… d'une modification substantielle du contrat de travail… »[2].

Il est acquis que l'employeur doit examiner toutes les possibilités de reclassement et proposer au salarié dont le licenciement est envisagé, par voie de modification de son contrat de travail, un tel reclassement pour éviter le licenciement[3]. Lorsque l'employeur est tenu de proposer un plan social, l'inobservation de cette obligation peut avoir des conséquences désastreuses pour l'entreprise[4]…

La question qui se pose ici est de savoir comment l'employeur doit – il procéder dans la situation suivante : connaissant quelques difficultés économiques, il est amené à proposer à au moins dix de ses salariés une modification de leur contrat de travail.

Il peut penser *a priori* à l'une des trois possibilités suivantes :

- Tous les salariés concernés accepteront la modification et aucun licenciement ne sera prononcé : situation idyllique !

- Certains salariés accepteront, d'autres refuseront ; en fonction des réponses, il choisira la procédure de licenciement adéquate : si un seul refuse, procédure de licenciement individuel ; si quelques uns refusent, procédure de petit licenciement collectif ; si tous refusent, il faudra mettre en œuvre la « grande procédure »… « On sera toujours à temps de voir ! »…

- Il faut d'emblée envisager l'hypothèse dans laquelle tous refuseront et organiser, parallèlement à l'envoi de lettre individuelle proposant la modification, les procédures du grand licenciement collectif.

Un arrêt avait estimé que les licenciements consécutifs au refus par plusieurs salariés d'accepter une modification de leur contrat de travail pour un motif économique conservaient leur caractère individuel[5]. Mais la loi n° 92 – 722 du 29

---

1 Loi du 2 août 1989.

2 Art. L 321 – 1 C. trav. *Cf.* Soc. 20 octobre 1998, *D.* 1999, *Somm.*, p. 173, obs. I. DESBARATS : « Il résulte de l'article 312 – 1 C. trav. (sic) que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail imposée par l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié constitue un licenciement pour motif économique ».

3 Examen qui doit porter sur toutes les sociétés du groupe : c*f.* Soc. 20 février 1991, n° 89 – 45.485 ; Soc. 17 mai 1995 (arrêt Everite), n° 94 – 10.535. L'obligation de reclasser est-elle une obligation de moyens ou une obligation de résultat ? Sur cette question, c*f.* Sylvain NIEL, De l'obligation de reclassement à l'obligation de reclasser, *SSL* n° 991, p. 8. Lire aussi l'article de F. C., L'obligation de reclassement de l'employeur, *SSL* n° 1014, p. 12.

4 Nous ne reviendrons pas ici sur la question de la nullité du plan social et de ses conséquences ; *cf.* Soc. 13 février 1997 (arrêt La Samaritaine), *JCP* 1997, *éd. G*, II, 22843, obs. F. GAUDU, *RJS* 3/97, n° 269. Soc. 30 mars 1999, n° 97 – 41.013 P + B.

5 Soc. 9 octobre 1991 (arrêt Société Petit Bâteau), n° 89 – 45.295.

juillet 1992 a contredit cette solution, en affirmant le caractère collectif des licenciements effectués dans une telle occurrence. Puis, deux arrêts sont venus semer le trouble chez les DRH en imposant à l'employeur l'obligation ***préalable*** de consulter le comité d'entreprise et d'établir un plan social dès lors qu'il envisage de proposer à 10 salariés au moins la modification de leur contrat de travail, et par conséquent envisage de tous les licencier en cas de refus[1].

Cette dernière position fut, semble – t – il, abandonnée en 1999 par un arrêt qui distingue les mesures qui relèvent de la gestion prévisionnelle des emplois de celles qui relèvent de la procédure de licenciement : la procédure de licenciement collectif pour motif économique ne s'applique pas lorsque l'employeur n'envisage aucune rupture du contrat de travail mais se borne à proposer des mesures de gestion prévisionnelles des emplois[2]. Néanmoins, l'incertitude liée à un régime jurisprudentiel subsiste aujourd'hui.

3°/ L'acceptation de la proposition de modification

A quelles conditions doit – on admettre que le salarié a accepté la modification que l'employeur lui a proposée ? C'est la question que l'on peut, en dernier lieu, se poser.

Il faut d'abord, en revenant à la distinction déjà opérée selon la cause de la proposition[3], combiner la jurisprudence Raquin et la loi du 20 décembre 1993 : alors qu'en cas de « modification pour cause de difficultés économiques », le défaut de réponse dans le délai d'un mois fait présumer l'acceptation[4], l'absence de réponse expresse, dans les autres hypothèses, n'entraîne pas une telle présomption.

C'est dans ces autres hypothèses, dans lesquelles l'employeur ne se fonde pas, *a priori*, sur les difficultés économiques qui touchent son entreprise, qu'il convient d'apprécier les conditions de l'acceptation de la modification.

Jurisprudence désormais constante : le fait de quitter l'entreprise, suite, par exemple, à une modification des attributions ou de la rémunération, ne caractérise pas une volonté claire et non équivoque de démissionner. La démission est aujourd'hui un mode de rupture strictement encadré…

De même, ne caractérisent pas l'acceptation du salarié :

- La poursuite du contrat de travail suite à une modification du bulletin de paye[5], même si le bulletin a été signé par le salarié[6] ;

---

1 Arrêts Majorette et Framatome : Soc. 3 déc. 1996, n° 95 – 20.360 et n° 95 – 17.352 P + B, *JCP* 1997, *éd. G*, II, 22814, obs. J. BARTHELEMY.

2 Arrêt IBM France : Soc. 12 janvier 1999, n° 97 – 12.962. *Cf.* B. BOUBLI, Des précisions importantes à la jurisprudence des arrêts Framatome et Majorette, *SSL* n° 948, p. 7.

3 *Cf. supra* 2°/

4 Art. 321 – 1 – 2 al. 3 C. trav. : « à défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée ».

5 Soc. 2 février 2000, n° 97 – 45. 053 D. Soc. 1er mars 2000, n° 97 – 45.703 D. Soc. 8 mars 2000, n° 98 – 40.764 D.

6 Soc. 16 février 1999, n° 96 – 45.594 P. Soc. 31 mai 1999, n° 97 – 41.819 D.

- L'absence de protestation expresse suite à une modification du mode de rémunération[1].

Sans doute, le salarié bénéficie – t – il du droit de rétracter son acceptation[2], comme le salarié démissionnaire, ou le consommateur !

Bref : face au refus du salarié de voir son contrat modifié, autant vaut – il mieux, pour l'employeur, de renoncer, dans l'immédiat, à la modification[3] et à réexaminer le dossier…

Resterait à se demander quel régime appliquer à une proposition de modification émanant du salarié et refusée par l'employeur[4] ; mais c'est une autre histoire…

1 Soc. 18 avril 2000, n° 97 – 43.706 P + B.

2 Soc. 23 novembre 1999, n° 97 – 41.315 P, à propos d'une modification de la répartition des horaires d'un contrat à temps partiel.

3 *Cf.* Soc. 21 mars 2000, n° 98 – 44.421 D.

4 Hypothèse posée par Soc. 24 mars 1998, n° 95 – 44.738 P + B, *D.* 1998, *IR*, p. 114 : un salarié de religion musulmane occupé, dans une « grande surface », au rayon boucherie, s'étant aperçu qu'il avait à manipuler de la viande de porc avait demandé sa mutation, qui lui fut refusée…

INTERCOMMUNALITE ET AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

Intervention à la journée d'études Collectivités locales et aménagement du territoire organisée par le Laboratoire de droit public de l'Université de La Réunion, Saint-Denis, le 14 avril 2000

Par Pierre FRESSOZ
Maître de conférences à la Faculté de Droit de La Réunion

Le thème de la journée d'études « Collectivités locales et aménagement du territoire » a été déterminé il y a un an. L'espoir était grand que l'aménagement du territoire connaîtrait un *regain d'actualité* ; cet espoir n'a pas été déçu en 1999. Il n'est pas si fréquent, en effet, que la même année soient adoptées deux lois pouvant se caractériser par une certaine communauté d'esprit en matière d'aménagement du territoire. Ces deux lois sont d'une part la loi d'orientation n° 99-533 du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire[1] (dite « Loi VOYNET ») ; d'autre part la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale[2] (dite « Loi CHEVENEMENT »)

Quelques mots sur la genèse de ces deux lois semblent nécessaires.

À nouvelle majorité, autres mœurs : à peine nommée ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement, M^me^ Dominique VOYNET avait très clairement indiqué ce qu'elle pensait de la loi d'orientation du 4 février 1995 relative à l'aménagement du territoire. Le nouveau projet de loi fit l'objet d'une élaboration relativement rapide et fut présenté au Conseil des ministres le 29 juillet 1998. Le texte fut ensuite débattu par le Parlement pendant la première moitié de l'année 1999.

Quant à Jean-Pierre CHEVENEMENT, ministre de l'Intérieur, il découvrit un projet de loi élaboré par le précédent ministre de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation ; il le reprit à son compte en le marquant du sceau de l'alternance, sous l'égide du ministère de l'Intérieur.

Deux observations liminaires méritent encore d'être présentées.

1 L. n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *J.O.R.F.*, 29 juin 1999, p. 9515.

2 L. n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *J.O.R.F.*, 13 juill. 1999, p. 10361.

D'une part, les préoccupations relatives à l'aménagement du territoire et à la coopération intercommunale sont de plus en plus aiguës et font l'objet d'interventions législatives ou réglementaires de plus en plus fréquentes. C'est le cas avec la « loi VOYNET » qui intervient quatre ans seulement après la « loi PASQUA » pour assurer un aménagement du territoire désormais « durable ». C'est aussi le cas avec la « loi CHEVENEMENT » qui modifie certaines dispositions importantes de la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992.

D'autre part, ces deux lois furent pilotées par deux ministères différents et même par deux ministres ne partageant sans doute pas exactement la même conception de l'État et de sa réforme. Pourtant, ces deux lois s'avèrent complémentaires, parce qu'elles partagent un objectif commun en matière d'aménagement du territoire. Il ne s'agit plus d'œuvrer uniquement pour l'aménagement des zones rurales, mais de prendre en compte également l'aménagement des zones urbaines à partir d'un constat simple : plus des trois quarts de la population française est urbaine et il faut bien aller là où se trouvent les problèmes — pour ne pas dire les « sauvageons ». En définitive, aux lois des champs succèdent les lois des villes.

C'est cet esprit commun aux deux lois qui constitue l'intérêt d'une étude consacrée à l'intersection de l'intercommunalité et de l'aménagement du territoire — c'est-à-dire un bon nombre des dispositions de ces deux lois. La loi d'orientation pour l'aménagement durable du territoire et la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale se recoupent essentiellement sur la question des agglomérations, de leur aménagement et de leurs solidarités.

Par ces deux lois de 1999, les agglomérations se voient dotées d'un statut institutionnel clairement défini, de compétences propres particulièrement développées en matière d'aménagement du territoire et de moyens financiers relativement importants.

Pour étudier les effets de ces deux lois sur les agglomérations, seront successivement développés d'une part *la consécration de l'agglomération* (I) et d'autre part *la communautarisation de l'aménagement du territoire* (II).

I/ LA CONSECRATION DE L'AGGLOMERATION

L'agglomération devient un *institution légalement reconnue et définie* (A) ; cette innovation institutionnelle doit permettre le *renforcement des solidarités urbaines* (B).

A/ La définition législative de l'agglomération

L'agglomération est un terme interdisciplinaire, relevant à la fois de la sociologie et de l'urbanisme en passant par la géographie, mais qui n'appartenait pas au vocabulaire juridique classique. Certes, cette notion d'agglomération était présente dans plusieurs textes normatifs, à commencer par le Code de la route et le

Code général des collectivités territoriales ; mais elle demeurait incertaine et y faisait parfois figure de coquille vide.

Les lois « VOYNET » et « CHEVENEMENT » apportent enfin une définition de l'agglomération, commune aux deux textes à un détail près.

1°/ L'agglomération de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire

L'article 26 de la loi du 25 juin 1999 modifie l'article 23 de la loi du 4 février 1995 et définit l'agglomération comme « une aire urbaine comptant au moins 50.000 habitants et dont une ou plusieurs communes centre comptent plus de 15.000 habitants »[1]. Cette définition situe nécessairement l'agglomération à un niveau supra-communal.

2°/ L'agglomération de la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale

L'article 1er de la loi du 12 juillet 1999 introduit un chapitre VI dans le titre Ier du Livre II de la Vème partie du Code général des collectivités territoriales. Les articles 5216-1 et suivants ainsi introduits sont relatifs à la *communauté d'agglomération*, définie comme un nouvel « […] établissement public de coopération intercommunale regroupant plusieurs communes formant, à la date de sa création, un ensemble de plus de 50 000 habitants d'un seul tenant et sans enclave, autour d'une ou plusieurs communes centre de plus de 15 000 habitants. Le seuil démographique de 15 000 habitants ne s'applique pas lorsque la communauté d'agglomération comprend le chef-lieu du département. […] Ces communes s'associent au sein d'un espace de solidarité, en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire. »[2].

Il apparaît ainsi clairement une définition commune de l'agglomération, fondée sur des critères d'ordre à la fois démographique (agglomération de 50.000 habitants, une commune centre au moins comptant 15.000 habitants) et territoriaux (territoire d'un seul tenant et sans enclave)[3]. La seule distinction entre ces deux définitions législatives de l'agglomération résulte de ce que la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale ajoute, à l'initiative du Sénat, un critère alternatif au seuil démographique de la commune centre : le chef-lieu du département ; mais dans la pratique, les effets de ce critère alternatif demeurent très marginaux[4].

---

1 Art. 26, al. 1er *in limine*, L. n° 99-533, préc.

2 Art. 1er, L. n° 99-586, préc.

3 GOUZES (Gérard), *Rapport fait au nom de la commission des lois […] sur le projet de loi (n° 1155) relatif à l'organisation urbaine et à la simplification de la coopération intercommunale*, Doc. A.N., n° 1356 (11), 2 fév. 1999 : « Sur les 361 aires urbaines définies après le recensement de 1990, 141 dépassent le seuil de 50.000 habitants avec une ville-centre de 15.000 habitants. Elles regroupent aujourd'hui près du quart des communes métropolitaines et un peu moins des deux tiers de la population française totale. ».

4 Sur les 361 aires urbaines recensées, une seule — celle de Hagondage-Briey — ne compte aucune commune de plus de 15.000 habitants. V. : HOEFFEL (Daniel), *Rapport fait au nom de la commission*

En toute hypothèse, ces définitions s'avèrent essentielles puisque l'agglomération est appelée à jouer un rôle majeur non seulement dans le domaine de l'aménagement du territoire mais aussi dans le renforcement des solidarités urbaines.

B/ Le renforcement des solidarités urbaines

Ainsi que l'a souligné M. DEGOFFE, « La loi du 12 juillet 1999 doit être lue en liaison avec la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire »[1]. Ces deux lois visent en effet un objectif commun : le renforcement des solidarités urbaines. Il convient d'ailleurs de mentionner immédiatement un troisième texte consacrant cet objectif : le projet de loi, actuellement en discussion devant l'Assemblée nationale, relatif à la solidarité et au renouvellement urbains[2].

Les lois « VOYNET » et « CHEVENEMENT » abordent l'aménagement du territoire sous un angle différent de la loi « PASQUA ». La loi du 4 février 1995 se proposait en effet de remédier aux problèmes de l'aménagement déséquilibré du territoire en tentant de tarir l'exode rural et de maintenir dans ces zones agrestes certains services et équipement publics indispensables aux populations concernées. Les deux lois de 1999 dépassent cet objectif et abordent de front, comme l'avait fait précédemment la L.O.V.[3] voici bientôt une décennie, le problème des villes et des solidarités urbaines. Selon certains commentateurs, ces deux lois marqueraient ainsi d'une sensibilité « de gauche » les préoccupations relatives à l'aménagement du territoire.

Il reste à vérifier si, du point de vue de leurs compétences en matière d'aménagement du territoire et des moyens qui y sont associés, les communautés d'agglomération sont susceptibles d'atteindre cet objectif *nouveau*.

II/ LA COMMUNAUTARISATION DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

L'on entend ici par « communautarisation de l'aménagement du territoire » le transfert vers les communautés d'agglomération — parmi d'autres É.P.C.I. — des compétences (A) et des moyens corrélatifs (B) en matière d'aménagement du territoire.

A/ La communautarisation des compétences en matière d'aménagement du territoire

Les deux lois des 12 juillet (1) et 25 juin (2) 1999 consacrent des dispositions détaillées aux compétences des agglomérations.

---

des lois […] sur le projet de loi […] relatif au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, Doc. Sénat, n° 281(1998-1999), 24 mars 1999.

1 DEGOFFE (Michel), « Le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale », *A.J.D.A.*, 20 nov. 1999, p. 911.

2 Ce projet est récemment devenu : L. n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *J.O.R.F.*, 14 déc. 2000, p. 19777.

3 L. n° 91-662 du 13 juill. 1991 d'orientation pour la ville, *J.O.R.F.*, 19 juill. 1991.

1°/ Les compétences des communautés d'agglomération en matière d'aménagement du territoire dans la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale

Certaines de ces compétences sont exercées de plein droit (a) ; d'autres sont des compétences optionnelles (b).

a) Les compétences exercées de plein droit

Aux termes du nouvel article L. 5216-5-I[1] du Code général des collectivités territoriales, les communautés d'agglomération exercent de nombreuses compétences relevant directement ou non de l'aménagement du territoire tel qu'on peut le concevoir en zone urbaine : création, aménagement et gestion de zones d'activité, aménagement de l'espace communautaire, gestion de l'équilibre social de l'habitat, intervention dans la politique de la ville, etc.

b) Les compétences optionnelles

Il ne s'agit pas de compétences simplement facultatives : la communauté d'agglomération est tenue d'exercer au moins trois compétences au choix parmi les cinq listées par l'article L. 5216-5-II[2] du Code général des collectivités territoriales. Ces compétences concernent majoritairement l'aménagement du territoire : voirie et

1 Art. L. 5216-5-I, C.G.C.T. — La communauté d'agglomération exerce de plein droit au lieu et place des communes membres les compétences suivantes :

1° En matière de développement économique : création, aménagement, entretien et gestion de zones d'activité industrielle, commerciale, tertiaire, artisanale, touristique, portuaire ou aéroportuaire qui sont d'intérêt communautaire ; actions de développement économique d'intérêt communautaire ;

2° En matière d'aménagement de l'espace communautaire : schéma directeur et schéma de secteur ; création et réalisation de zones d'aménagement concerté d'intérêt communautaire ; organisation des transports urbains au sens du chapitre II du titre II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, sous réserve des dispositions de l'article 46 de cette loi ;

3° En matière d'équilibre social de l'habitat sur le territoire communautaire : programme local de l'habitat ; politique du logement, notamment du logement social, d'intérêt communautaire et action, par des opérations d'intérêt communautaire, en faveur du logement des personnes défavorisées ; amélioration du parc immobilier bâti d'intérêt communautaire ;

4° En matière de politique de la ville dans la communauté : dispositifs contractuels de développement urbain, de développement local et d'insertion économique et sociale d'intérêt communautaire ; dispositifs locaux, d'intérêt communautaire, de prévention de la délinquance.

2 Art. L. 5216-5-II, C.G.C.T. — La communauté d'agglomération doit en outre exercer au lieu et place des communes au moins trois compétences parmi les cinq suivantes :

1° Création ou aménagement et entretien de voirie d'intérêt communautaire ; création ou aménagement et gestion de parcs de stationnement d'intérêt communautaire ;

2° Assainissement ;

3° Eau ;

4° En matière de protection et de mise en valeur de l'environnement et du cadre de vie : lutte contre la pollution de l'air, lutte contre les nuisances sonores, élimination et valorisation des déchets des ménages et déchets assimilés ou partie de cette compétence dans les conditions fixées par l'article L. 2224-13 ;

5° Construction, aménagement, entretien et gestion d'équipements culturels et sportifs d'intérêt communautaire.

stationnement, eau et assainissement, environnement et cadre de vie, équipements culturels et sportifs.

2°/Les compétences des agglomérations dans la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire

L'agglomération est destinée par la loi du 25 juin 1999 à devenir le territoire privilégié de contractualisation avec l'État dans le cadre des contrats de plan État-régions. Il s'agit de faire de l'agglomération un instrument de coordination, de simplification, d'unification de certaines politiques contractuelles issues de la décentralisation. L'article 26 de cette loi place en effet l'agglomération au centre d'un projet d'agglomération (a) et d'un contrat d'agglomération (b).

a) Le projet d'agglomération

Dans l'agglomération, telle que précédemment définie par la loi du 25 juin 1999, « le ou les établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière d'aménagement de l'espace et de développement économique, s'il en existe, et les communes de l'aire urbaine qui ne sont pas membres de ces établissements publics mais souhaitent s'associer au projet élaborent un projet d'agglomération. Ce projet détermine, d'une part, les orientations que se fixe l'agglomération en matière de développement économique et de cohésion sociale, d'aménagement et d'urbanisme, de transport et de logement, de politique de la ville, de politique de l'environnement et de gestion des ressources selon les recommandations inscrites dans les agendas 21 locaux du programme "Actions 21" qui sont la traduction locale des engagements internationaux finalisés lors du sommet de Rio de Janeiro des 1er et 15 juin 1992 et, d'autre part, les mesures permettant de mettre en œuvre ces orientations. »[1].

b) Le contrat d'agglomération

« L'objectif ultime est la signature des contrats d'agglomération, dont les projets d'agglomération ne sont que le prélude »[2].

Cet instrument juridique est destiné à traiter de l'ensemble des domaines de l'aménagement durable et du développement des agglomérations. Les dispositions concernées des lois « VOYNET » et « CHEVENEMENT » sont, ici encore, parfaitement concordantes. En effet, seules les agglomérations « constituées en établissement public de coopération intercommunale à taxe professionnelle unique d'au moins 50.000 habitants et comprenant une ou plusieurs communes centre de plus de 15.000 habitants »[3], c'est-à-dire les communautés d'agglomération, pourront conclure[4] et renouveler de tels contrats avec l'État et la région dans le cadre des contrats de plan.

1 Art. 26, al. 1er *in fine*, L. n° 99-533, préc.

2 MULLER-QUOY (Isabelle), « Le renouveau de la notion juridique d'agglomération », *A.J.D.A.*, 20 mars 2000, p. 202.

3 Art. 26, al. 3, L. n° 99-533, préc.

4 Une disposition transitoire plus souple est toutefois prévue pour la conclusion de ces premiers contrats d'agglomération.

La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire aboutit ainsi à un approfondissement des contrats de plan État-région et la communautarisation de l'aménagement du territoire s'opère notamment grâce à ces nouveaux instruments de contractualisation.

Mais l'expérience a maintes fois révélé que le succès de la coopération intercommunale dépend des moyens, financiers ou autres, qui doivent être suffisamment incitatifs pour les premières concernées : les communes.

B/ La communautarisation des moyens en matière d'aménagement du territoire

La loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale prévoit essentiellement des dispositifs d'ordre financier (1) ; la loi pour l'aménagement et le développement durable du territoire aménage d'autres moyens en faveur de l'aménagement du territoire (2).

1°/ Les moyens financiers

Les communautés de ville, prévues par la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République, ont constitué un relatif échec en raison, notamment, de la faiblesse des incitations financières. Aussi, la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale prévoit que les communautés d'agglomération disposeront d'une dotation globale deux fois supérieure à ce que percevaient les communautés de ville, soit 250 F. par habitant[1]. Les communautés de ville sont au demeurant appelées à disparaître à court terme[2].

D'une manière générale, la loi relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale rend financièrement indépendantes les communautés d'agglomération : E.P.C.I. à fiscalité propre, la communauté d'agglomération détient une autonomie fiscale :

elle vote les taux des impôts locaux ;

elle percevra la taxe professionnelle au lieu et place des communes ;

elle est éligible à la D.G.F. ;

comme les autres E.P.C.I. à fiscalité propre, elle est également éligible à la dotation d'intercommunalité (fixée à 250 F. par habitant pour la communauté d'agglomération), ce qui constitue l'un des plus puissants moteurs de l'intercommunalité.

2°/ Les autres moyens

L'aménagement du territoire suppose l'équilibre dans l'organisation des services publics et l'implantation des équipements publics. L'article 30 de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire prévoit deux dispositifs susceptibles d'œuvrer en ce sens : le plan global et intercommunal

1 Art. 105, L. n° 99-586, préc. ; Art. L. 5211-29, C.G.C.T.

2 Art. 56, al. 1er, L. n° 99-586, préc.

d'organisation des services dans le département (a) et les maisons des services publics (b).

a) Le plan global et intercommunal d'organisation des services dans le département

Certains établissements et organismes publics de l'État ou entreprises nationales, chargés d'un service public et disposant d'un réseau en contact avec le public doivent établir « un plan au moins triennal global et intercommunal d'organisation de leurs services dans chaque département »[1]. Les effets de ce plan demeurent toutefois relativement faibles : les décisions de réorganisation ou de suppression d'un service aux usagers non conformes aux objectifs fixés ce plan font l'objet d'une simple étude d'impact.

Les maisons des services publics constituent peut-être un moyen plus efficace en faveur de l'aménagement du territoire.

b) Les maisons des services publics

Divers partenaires publics ou privés, étatiques ou locaux, chargés d'une mission de service public, peuvent mettre, par convention, des moyens en commun pour assurer l'accessibilité et la qualité des services publics sur le territoire et les rapprocher des citoyens. Ces organismes (dont au moins une personne morale de droit public) peuvent aussi s'associer afin de constituer des maisons des services publics offrant aux usagers un accès simple, en un lieu unique, à plusieurs services publics. Ces initiatives sont destinées aux usagers aussi bien en milieu urbain qu'en zone rurale.

Le thème de la journée d'études « Collectivités locales et aménagement du territoire » a, indiscutablement, connu une actualité intéressante en 1999. Mais peut-être convient-il, aujourd'hui, se poser la question, apparemment iconoclaste, de la fin de l'aménagement du territoire.

Ce n'est pas que ces préoccupations deviennent accessoires, tant s'en faut ; mais les moyens traditionnels mis en œuvre pour répondre à ces préoccupations pourraient s'avérer rapidement obsolètes.

En effet, les données de l'aménagement du territoire seront bouleversées par l'apport des nouvelles technologies de l'information et de la communication. La question qui devient déterminante est celle de l'accès des usagers à ces N.T.I.C. et à un réseau à haut débit — ce qui reste un problème lié à l'aménagement du territoire ; mais un tel accès permet ensuite de résoudre bon nombre des problèmes d'égal accès aux services publics et d'aménagement équilibré du territoire.

Deux exemples conforteront ce propos.

1 Art. 30-II, L. n° 99-533, préc.

L’initiative de La Poste de mettre à la disposition des usagers une adresse électronique permanente rend moins aiguë la nécessité du maintien de bureaux de poste à proximité des usagers.

De même, la réforme de l’administration fiscale, qui a provoqué d’importants mouvements syndicaux et politiques, serait moins délicate avec la mise en ligne des formulaires destinés aux contribuables et le télépaiement des impôts.

Il est donc clair que la poursuite du programme d’action gouvernementale pour la société de l’information, qui a d’ores et déjà abouti à des réalisations très intéressantes, constitue une réponse indirecte, certes, mais efficace à moyen terme, à ces préoccupations initialement liées à l’aménagement du territoire.

LES CONTRATS AYANT POUR OBJET LA CESSION DE DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

Par Christian JUBAULT Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'Université de La Réunion

Dans l'ordre juridique, le 21ème siècle sera incorporel ou ne sera pas…

Il n'est pas plus besoin de pasticher Malraux pour mesurer l'importance croissante de la propriété intellectuelle dans le droit des biens, et, dans le droit de la propriété intellectuelle, la place économiquement fondamentale de la propriété industrielle.

L'immatériel est progressivement, et, de plus en plus, devenu un bien juridique. Et, comme tel, un objet de contrat.

L'étude des contrats ayant pour objet la cession d'un droit de propriété industrielle doit alors être menée.

Prenons quelques instants pour définir les termes de notre sujet.

Les contrats ayant pour objet la cession de droits de propriété industrielle.

Les contrats : le mot contrat est ici retenu dans son sens classique d'accord de volonté qui fait naître, qui modifie ou éteint une obligation, ou qui crée, transmet ou éteint un droit.

Les contrats ayant pour objet : l'objet, dans l'article 1108 du Code civil est, avec le consentement et la cause, l'une des quatre conditions de validité pour tout contrat. Le concept d'objet est particulièrement riche. Il doit être compris dans ses différentes facettes. L'objet, en droit, c'est toujours l'idée de contenu, de matière. Seulement, plusieurs regards sur l'objet peuvent se succéder : l'objet du contrat c'est immédiatement son effet créateur d'obligation. Ces obligations ont, elles-mêmes, un objet, à savoir, une prestation, que l'on peut désigner abstraitement : faire, ne pas faire, ou donner quelque chose. Et ces prestations ont, elles-mêmes, un objet, dans le sens de chose matérielle ou immatérielle. Un bien de consommation ou un service, par exemple.

Le concept d'objet couvre donc un large spectre qui, de l'abstrait au concret, permet de répondre à la question : qu'est-ce qu'ont voulu les parties. A l'analyse, dont chacune des étapes a des conséquences pratiques et judiciaires possibles, la réponse sera : les parties ont voulu une opération juridique, (une vente, un bail, par exemple) et, par voie de conséquence, des obligations, et, par voie de conséquence, la chose sur laquelle ces obligations portent. Ainsi compris, dans la théorie générale des contrats, selon l'angle du regard, l'objet doit exister, être déterminé, être possible, et être licite.

Cette conception de l'objet se prolonge alors dans la définition des termes de notre sujet.

Les contrats ayant pour objet la cession de droits de propriété industrielle.

La cession, est l'objet, entendu comme opération voulue par les parties. Le mot cession doit ici recevoir une acception large désignant un transfert de droit, que ce soit en propriété ou en jouissance.

La cession de droits de propriété industrielle. Les droits de propriété industrielle sont les choses, immatérielles, objet des obligations nées des contrats que nous étudions.

Il faut alors s'arrêter un instant sur ce que sont ces droits de propriété industrielle.

La propriété industrielle relève, on le sait, de la catégorie plus vaste de la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle consiste toujours en un monopole temporaire d'exploitation, juridiquement protégé. Dans la tradition française, l'approche de la propriété intellectuelle est dualiste. En effet, certains attributs de ses droits empruntent leurs caractères au droit de propriété, les autres, aux droits de la personnalité. Mais le dosage est très différent selon que la propriété intellectuelle porte sur une œuvre ou sur une invention. Et le mécanisme de naissance du droit n'est pas non plus homogène. Ainsi, la propriété littéraire et artistique jaillit sur une œuvre, du seul fait de la création. Il suffira que l'œuvre soit originale. L'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle accorde alors à l'auteur, sur son ouvre, " des droits d'ordre intellectuel et moral et des droits patrimoniaux ". Au contraire, la propriété industrielle, seconde branche de la propriété intellectuelle, ne protège les inventions que si elles font l'objet d'un dépôt. Et pour cela, alors qu'il suffit à l'ouvre littéraire et artistique d'être originale, l'invention devra être nouvelle (art. L 611-10 du C.P.I.). L'invention est nouvelle lorsqu'elle n'est pas comprise dans l'état de la technique, ce qui laisse place à une appréciation assez complexe.

Dans ces conditions, l'invention sera protégée par un brevet qui permet un droit essentiellement économique, un monopole d'exploitation pour la fabrication et donc la commercialisation de l'invention.

La propriété industrielle peut étendre sa protection à la forme extérieure des productions industrielles. C'est le droit des dessins et modèles qui permet cette protection. Par exemple le " design " d'un caméscope ou le dessin de matières textiles.

Des dessins et modèles on glisse vers l'autre pan du droit de la propriété industrielle, celui qui protège les signes distinctifs.

L'articulation est logique entre créations et signes distinctifs. Un brevet d'invention ou une activité économique sont souvent prolongés par un signe distinctif qui permet de reconnaître l'origine du produit ou service. Le signe distinctif acquiert une valeur propre en attachant la clientèle.

A partir de ces précisions, l'étude des contrats ayant pour objet la cession d'un droit de propriété industrielle suppose au moins deux choses :

a) Positivement, de rechercher les différentes techniques permettant, en propriété ou en jouissance, de transmettre des droits d'exploitation d'un brevet ou d'un droit voisin, de dessins ou modèles ou de marques. Précisons que les marques seront ici les seuls signes distinctifs retenus. Les dénominations géographiques ne se prêtent pas à des cessions et seront donc exclues.

b) Négativement, ni les contrats portant sur un droit d'auteur (contrat d'édition ou variantes), sauf à être évoqués à propos des dessins et modèles qui jouissent d'une double protection, ni les contrats spéciaux du droit d'auteur, ne seront ici abordés. La question de notre champ de travail se pose de façon plus aiguë pour le contrat de recherche. Il s'agit d'une convention qui échange une recherche scientifique ou technique contre une rémunération, mais sans qu'il existe de lien de subordination. C'est pourquoi il y a lieu d'écarter, pour ces conventions, les solutions retenues en matière d'invention par des salariés (solutions décrites à l'article 611-7 du C.P.I.). Dans le contrat de recherche, il faudra au contraire librement désigner l'attributaire de l'éventuelle invention et prévoir également le choix du secret ou d'un dépôt de brevet. On l'observe, ce n'est que médiatement et éventuellement, que le contrat de recherche peut comporter une cession de droits de propriété industrielle. Dès lors, ce contrat ne sera pas non plus retenu ici.

Les contours de notre thème étant fixés, il pourrait être fécond de rechercher l'éclairage de l'histoire.

Mais l'histoire et les sources de notre sujet sont riches, trop riches pour être ici rapportées. On n'en retiendra alors qu'une infime partie pour remarquer que la propriété industrielle se rattache au droit commercial. On parle de " droits de clientèle ". Observons d'ailleurs que les contrats étudiés sont relatifs soit à la production soit à la distribution. Production lorsqu'ils portent sur des créations, brevets ou dessins et modèles, distribution lorsqu'ils portent sur un signe distinctif, une marque.

C'est cette dernière observation qui impose le fil conducteur de cette étude.

L'attention se fixera sur les contrats ayant pour objet une création industrielle (I) puis sur les contrats ayant pour objet un signe distinctif (II).

I/ LES CONTRATS AYANT POUR OBJET UNE CREATION INDUSTRIELLE

Pour évoquer les contrats ayant pour objet la cession des droits portant sur une création industrielle, deux approches sont possibles. Une approche restrictive, dans laquelle ne seraient retenues que les créations industrielles protégées. Dans une conception plus utilitariste, on retiendra que, même en l'absence de propriété industrielle opposable aux tiers, il existe de première part un droit d'accès à la protection légale et, de deuxième part, il peut exister à tout le moins une possession, de fait, portant sur une création industrielle, non protégée par un dépôt. Celle-ci peut alors également faire l'objet d'un contrat. C'est cette conception réaliste et élargie qui

sera ici retenue. C'est pourquoi l'étude des contrats portant sur une création industrielle de fait (A) devra être menée avant celle des contrats portant sur une création industrielle protégée (B).

A/ Contrats portant sur une création industrielle de fait

Le possesseur d'une invention technique peut choisir de conserver secrète sa découverte. C'est une stratégie de protection. Une telle invention technique constitue à tout le moins un savoir-faire, non breveté, dont la valeur économique durera aussi longtemps qu'il ne sera pas intellectuellement accessible aux tiers. Mais il faut bien avoir à l'esprit que le secret ne donne cependant, en lui-même, aucun droit de propriété juridiquement opposable sur la technique qu'il couvre. La propriété suppose en effet l'exclusivisme, donc l'opposabilité aux tiers, ce que n'offre pas, en lui-même, le secret.

Logiquement, cela implique que les contrats ayant pour objet un savoir-faire non breveté ne donnent pas matière à une qualification de contrats de cession ou de licence. Cette dénomination est pourtant parfois retenue par la pratique et même par certains textes (v. règlement CEE 556/89 du 30/11/1988, relatif à « l'application de l'article 85§3 du traité CEE à certaines catégories de contrats de licence de savoir faire », règlement remplacé par le règlement 240/96 du 31/01/96).

Peu importe. On conçoit que le secret soit parfois préféré au brevet, ce qui sera le cas lorsque la publication de l'invention est perçue par l'industriel comme portant le risque de voir les concurrents reprendre le contenu technique de l'invention, pour l'améliorer rapidement.

On conçoit alors bien la répercussion sur les contrats. Le savoir-faire non breveté est une réalité industrielle qui repose sur le secret. Cela rejaillit sur l'objet possible du contrat, contrat de communication du savoir-faire, qui aura pour socle l'engagement contractuel de communiquer une information et de conserver un secret.

Il faut alors brièvement présenter les contrats portant sur un savoir-faire ou un secret de fabrique (1°/) puis évoquer les contrats d'assistance technique (2°/), qui sont distincts.

1°/ Le contrat portant sur un savoir-faire

Le secret de fabrique est un savoir-faire. Parmi les savoir-faire, le secret de fabrique se caractérise éventuellement par le degré plus élevé du secret et par son objet, purement technique. De façon générale, le savoir-faire, ou *know-how*, est une connaissance, un ensemble d'informations. Le spectre est large. Ainsi, un savoir-faire peut être commercial et donc non technique. Il n'en comporte pas moins une valeur économique et c'est d'ailleurs pourquoi il est essentiel en matière de contrat de franchise.

Ici, le savoir-faire qui retient notre attention est technique. Il est une valeur, et, il a une valeur, c'est un objet possible de contrat.

Quelle est la consistance de cette valeur ? – D'une part une information utile et secrète. – D'autre part, un protection légale faible. Il n'y a pas de propriété au sens monopole d'exploitation comme en cas de brevet. Il y a seulement un faisceau de solutions légales qui révèlent d'ailleurs la valeur du savoir-faire. Ainsi l'article 621-1 du Code de la Propriété Intellectuelle qui érige en délit la divulgation du secret de fabrique par un salarié (le savoir-faire est ici un secret de fabrique). Révèlent encore la valeur du secret de fabrique, le vol d'information, la concurrence déloyale, la responsabilité civile délictuelle, lorsque les conditions sont réunies.

Ainsi comprise, la nature juridique du contrat portant sur le savoir-faire est discutée. L'hésitation est bienvenue avant de parler de cession. L'aspect communication semble devoir l'emporter, ce pourquoi ce type de contrat sera généralement rattaché à la catégorie des contrats d'entreprise.

Un règlement n°240/96 (précité) prévoyant des exemptions par catégories, parle, lui, désormais de contrat de licence de savoir-faire. La qualification a cela d'important qu'elle préfigure, bien sûr, le régime. Si la qualification de cession est discutable, celle de licence l'est moins : par essence, une licence c'est une autorisation. En l'espèce portant sur l'exploitation de connaissances. Ces connaissances peuvent être, ou non, brevetées.

Dans ces conditions d'une qualification incertaine, la liberté des conventions sera essentielle. L'écrit n'est requis que pour la preuve préconstituée. La négociation du contrat sera entourée de précautions particulières concernant l'hypothèse de rupture : garantie financière, engagement écrit de non révélation et de non-utilisation. De façon générale, le contrat comportera notamment une description de son objet, de la durée, le prix, le secret, les garanties, mais aussi des clauses sur le sort des améliorations éventuelles. Ce dernier point doit être minutieusement réfléchi. En revanche les inquiétudes s'apaisent sur le terrain du droit de la concurrence. Certes, ces contrats portent une certaine atteinte à la concurrence, par une forme d'entente. Ils sont toutefois admis par leur caractère nécessaire au progrès économique.

2°/ Le contrat d'assistance technique

L'assistance technique est un enseignement, une initiation, qui suppose un savoir-faire. En cela il rappelle le contrat de communication de savoir-faire. Mais, l'assistance technique n'en a pas forcément le caractère confidentiel. En cela l'assistance technique est donc d'une nature différente.

Le contrat d'assistance technique a certes une dimension industrielle, mais s'il trouve place ici, c'est surtout pour ordre, en tant que contrat d'accompagnement, fréquent, mais pas nécessaire, des contrats de cession de droit de propriété industrielle.

Dans ces cas, le contrat d'assistance technique a pour objet un enseignement ainsi que la fourniture des moyens nécessaires à l'assistance.

La nature de l'obligation, soit de moyen, soit de résultat, devra être précisée. Il sera de bonne pratique de prévoir un système de garantie à première demande

pour le cas de défaillance dans l'exécution de l'assistance technique (v. par ex. Com. 20 fév. 1985, *JCP* 1985, IV, 160).

Si un seul message devait être retenu à propos des contrats portant sur des créations industrielles non protégées, c'est finalement celui de la liberté des conventions.

Les contrats portant sur des créations industrielles protégées sont, en revanche, plus encadrés.

B/ Les contrats portant sur des créations industrielles protégées

Les créations industrielles protégées se répartissent en deux classes, selon qu'elles sont utilitaires ou ornementales.

En suivant cet ordre, il faut envisager les contrats portant sur un brevet ou des droits voisins (a) puis les contrats portant sur des dessins et modèles (b).

1°/ les contrats portant sur un brevet ou des droits voisins

L'avantage du brevet, c'est de savoir offrir à son titulaire ou à ses ayants causes, un droit exclusif d'exploitation (C.P.I. art. L 611-1).

Dès lors, usant de sa propriété, le titulaire du brevet peut interdire l'exploitation de l'invention par des tiers (manifestation de l'exclusivisme des droits réels) par une action spécifique : l'action en contrefaçon, qui protège le droit de propriété intellectuelle (à l'instar de l'action confessoire ou négatoire, pour les droits réels immobiliers).

Corrélativement, le titulaire du brevet peut exploiter lui-même, ou faire exploiter, l'invention au moyen d'un contrat. C'est une manifestation du *jus abutendi*, ou droit de disposer, qui concentre l'ensemble des attributs de la propriété.

Les droits voisins du brevet ont pour mission de protéger les obtentions végétales, les programmes d'ordinateur, qui sont exclus du brevet (C.P.I. art. L 611-10,2,c) et les circuits intégrés (C.P.I. art. L 622-1 et s.).

Pour les contrats dont ils peuvent faire l'objet, en dehors du droit de l'auteur de logiciel qui emprunte lui à la propriété littéraire et artistique pour les contrats de cession, de commande ou de licence dont il peut faire l'objet, pour le droit d'obtention végétale (C.P.I. art. L 623-24 al 1), comme pour le circuit intégré (C.P.I. art. L 622-7), il faut se référer aux contrats intéressant les brevets d'inventions.

Brièvement, on peut alors envisager les règles communes à tous les contrats sur brevet (a) avant d'évoquer les règles spéciales à la cession (b) puis celles s'appliquant à la licence de brevet (c).

a) règles communes à tous les contrats sur brevet (ou droits voisins, hors logiciel)

1°) Les contrats relatifs aux brevets doivent respecter le droit de la concurrence : prohibition des ententes anticoncurrentielles, prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché. Toutefois les accords de propriété industrielle conservent un large champ de licéité et même, par réalisme économique, un règlement CEE du 31 janvier 1996 a simplifié le régime des

exemptions (/ententes anticoncurrentielles de l'art. 85§3 du traité) afin d'encourager les transferts de technologies.

2°) Les contrats ayant pour objet un brevet sont des contrats solennels, puisque l'article L 613-8 al.5 du C.P.I. exige un écrit à peine de nullité. Les tribunaux considèrent que c'est une nullité relative, conception qui s'inscrit dans l'analyse renouvelée de la théorie des nullités, telle qu'initiée notamment par JAPIOT et par GAUDEMET (on observe toutefois qu'en d'autres matières, la Cour de cassation retient une nullité absolue lorsque l'exigence de forme n'est pas respectée). En effet, la nullité relative est une solution logique puisque l'exigence de l'écrit est prévue dans un souci de protection des parties. Au surplus l'écrit est indispensable pour la publication au registre national des brevets, ce qui assure l'opposabilité aux tiers des droits transmis.

b) règles particulières à la cession de brevet

La cession de brevet est un contrat par lequel le titulaire du droit protégé transfère ce droit à un cessionnaire, en contrepartie d'un prix.

A la vérité, c'est une vente, portant sur un chose incorporelle. Pour l'essentiel alors, tout le régime du contrat de vente s'applique, avec des adaptations.

Ainsi, par exemple, le droit moral, réduit, de l'inventeur, est incessible, même par accessoire. Sinon, pour l'essentiel, le cessionnaire, dès la conclusion du contrat est, par principe, le nouveau titulaire du brevet : il aura le droit d'exploiter le brevet, d'agir en contrefaçon et il assumera les charges attachées au titre, notamment le paiement des redevances annuelles. Pour le surplus le Code civil s'applique supplétivement, et il suffira de décliner, en les adaptant, les différentes garanties dues par le cédant.

c) règles particulières à la licence de brevet

Le mot licence, étymologiquement, signifie " être permis ". Le mot licence est, en droit, un polysème. Il a plusieurs applications à partir de son sens général. Retenons seulement celle concernant la propriété intellectuelle. En cette matière le mot licence désigne simplement les conventions d'exploitation qui empruntent les éléments caractéristiques du louage de chose. Le contrat de licence de brevet, désigné aussi sous le vocable de concession de licence (c'est la même opération), donne toutefois lieu à des règles de pouvoir particulières par rapport au bail de choses corporelles. Cette règle de pouvoir est intéressante puisque l'article L 613-29 du C.P.I. admet que chacun des copropriétaires d'un brevet peut conclure seul une licence non-exclusive. Supériorité et ubiquité de l'incorporel. Cette solution, logique, déroge formellement au système de principe de l'unanimité posé par l'article 815-3 du Code civil.

Le contrat de licence de brevet emprunte sinon, à titre supplétif, l'essentiel de son régime au bail.

2°/ Les contrats portant sur des dessins et modèles

L'article L 511-2 du C.P.I. prévoit que « la propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit. Mais le premier déposant dudit

dessin ou modèle est présumé, jusqu'à preuve contraire, en être le créateur ». Ainsi le dépôt complète, sur un plan probatoire, la propriété résultant de la seule création. En effet, les dessins et modèles profitent, sur ce dernier point, de la solution retenue en matière de propriété littéraire et artistique : la création déclenche le droit.

La dualité de protection dont profitent les dessins et modèles s'imprime dans les contrats dont ils peuvent faire l'objet et les complique.

Ce n'est que de façon implicite que l'article L 512-4 du C.P.I. évoque les contrats de cession de droits de propriété portant sur des dessins et modèles.

A défaut de règles spéciales, la liberté des conventions semble pouvoir s'épanouir et tous les contrats qui s'inspirent de la vente et du louage peuvent être envisagés. Le rédacteur de ces contrats empruntera, en tant que de raison, les solutions dégagées pour les brevets.

Toutefois, puisque la protection des dessins et modèles est mixte, il faudra également prévoir une cession de droit d'auteur et donc des clauses autorisant l'exploitation de l'œuvre au sens de l'article L 122-1 du C.P.I.

C'est à dire que la liberté des conventions devra composer, en cette matière, avec les règles impératives du droit d'auteur.

Dès, lors, un écrit sera obligatoire (art. L 132-7 du C.P.I.) et le contrat comme les modes d'exploitation prévus seront interprétés strictement (art. L 122-7 du C.P.I.). De même, les dispositions du C.P.I. relatives à la rémunération de l'auteur devraient être respectées (C.P.I. art. L 131-4 et s.).

Le contrat ayant pour objet la cession de droit de propriété industrielle portant sur des dessins et modèles est donc assez complexe car il sera périlleux de doser la marge d'autonomie de la volonté nécessaire en matière industrielle et que n'accorde pas le droit d'auteur, applicable pourtant à ces dessins et modèles.

Les difficultés s'estompent concernant les contrats ayant pour objet des signes distinctifs.

II/ LES CONTRATS AYANT POUR OBJET UN SIGNE DISTINCTIF

La terminologie de signe distinctif est usuellement retenue par le droit de la propriété intellectuelle pour évoquer les marques et les dénominations géographiques. Seule la marque sera ici retenue en tant qu'objet de contrat.

De tous temps, les artisans ont marqué leurs réalisations, garantissant ainsi une provenance, une qualité. La marque attache donc la confiance de la clientèle, d'où sa très grande valeur parmi les éléments d'un fonds de commerce. En un mot, une marque est un signe de reconnaissance.

L'intérêt des contrats ayant pour objet la cession d'un droit sur une marque se conçoit alors particulièrement.

Dès lors que certaines conditions de fond sont remplies, l'article L712-1 du C.P.I. prévoit que la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. Cette

propriété intellectuelle, pour les produits et services concernés, la marque, justifie des contrats relatifs à la distribution, que ce soit le contrat de concession, le contrat de franchise, et même, le contrat de distribution sélective.

En amont, ou en accompagnement de ces contrats de distribution, il y a des mécanismes contractuels de base, portant sur la marque, que ce soit une cession (A) ou une licence (B).

A/ Le transfert de propriété d'une marque : la cession de marque

L'article L 714-1 du C.P.I. adopte un principe de cession libre des marques. C'est à dire qu'indépendamment du sens profond de la marque, qui est un signe de reconnaissance, la marque peut, en elle-même, en dehors d'un fond de commerce ou d'un savoir-faire, être librement cédée. Ce système est en pratique le meilleur, ce que révèle le droit comparé.

La cession d'une marque obéit à des règles de fond (1°/) et à des règles de forme (2°/).

1°/ Règles de fond

La cession d'une marque obéit aux exigences communes à tous les contrats. La cession peut être à titre gratuit ou onéreux, ou être l'occasion d'un apport à une société.

A la différence des brevets, en cas d'indivision, les règles des articles 815 et s. du Code civil seront applicables.

Plus particulière est la règle résultant de l'article 714-1 du C.P.I., qui édicte deux règles de fond. La première prévoit que la cession ne peut pas comporter de limitation territoriale.

En revanche la cession peut n'être que partielle et ne concerner que certains des produits visés par le dépôt.

La cession déclenche alors, *mutatis mutandis*, les effets d'une vente.

2°/ Règles de forme

D'une part l'article L 714-1 du C.P.I. exige également que les cessions de marque soient constatées par écrit, à peine de nullité.

D'autre part, en application de l'article L 714-7 du C.P.I., comme pour toute modification du droit portant sur une marque, mention devra être faite de la cession au registre national des marques.

On observe ici les analogies qui existent avec la publicité foncière ; en effet, la formalité du publicité conditionne l'opposabilité de la cession aux tiers.

B/ La licence de marque

Les contrats portant sur des droits de propriété industrielle ouvriraient un champ d'investigation probablement fécond pour des recherches approfondies sur la

distinction, jamais achevée, des droits réels et personnels, appliquée à la matière incorporelle.

Ainsi, la distinction entre une licence et un usufruit portant sur une marque justifierait probablement de plus longues analyses.

L'enjeu n'est pas seulement théorique. Remarquons en effet que la licence de marque est analysée comme un louage.

La différence de nature entre l'usufruit et le louage emporte une différence de régime.

C'est pourquoi on admet - mais est-ce juste ?- par interprétation de l'article 714-1 al 2 du C.P.I. que la licence de marque, à la différence de la cession, puisse comporter une limitation territoriale. Certes, le principe communautaire de l'épuisement des droits est de nature à tempérer cette différence, pour la zone géopolitique concernée.

Sinon la licence sera limitée dans le temps et elle pourra également être limitée à certains produits parmi ceux figurant au dépôt.

La licence, qu'elle soit ou non exclusive, devra être publiée au registre national des marques

Pour le surplus, les parties pourront s'adonner à l'ivresse de la liberté des conventions.

Mais attention : en droit des marques, il serait faux de dire que peu importe le flacon…

LA REFORME DE LA DUREE DU MANDAT PRESIDENTIEL

Par Fabrice LEMAIRE
Université de La Réunion

La question de la durée du mandat du chef de l'Etat semble devoir être guidée d'avantage par des considérations politiques plutôt que par des arguments juridiques. Le septennat est souvent présenté comme résultant de l'espérance de vie prêtée au Comte de Chambord[1]. Ce dernier refusant de monter sur le trône tant que le drapeau tricolore ne serait pas remplacé par le drapeau blanc, il fallait, en attendant un successeur à l'intransigeant prétendant au trône, fixer la durée des pouvoirs du « régent » Mac Mahon. En fait, c'est plutôt de l'espérance de vie de celui-ci que vient notre septennat car lorsqu'on lui proposa un mandat de 10 ans, il répondit, le 17 novembre 1873, qu'une durée de 7 ans « serait plus en rapport avec les forces que je puis consacrer encore au pays ». Les atermoiements, hésitations et changements de position de nos dirigeants sur cette réforme du quinquennat[2] montrent, une fois de plus, que ceux-ci sont, plus souvent, guidés par des considérations politiques que par l'intérêt général ou le souci de prendre en considération la volonté des citoyens. Le quinquennat, parfois présenté comme le « serpent de mer » constitutionnel[3], mérite assurément cette qualification. Jusqu'alors, elle illustrait parfaitement le fait que la question de la réduction du mandat présidentiel surgissait périodiquement. Depuis que l'instauration du quinquennat est apparue comme inéluctable, l'aspect Arlésienne du serpent s'est effacé devant celui de monstre. En effet, cette réforme fait souvent peur. Il convient donc de s'interroger sur ses véritables enjeux. La durée du mandat présidentiel pose, en fait, deux problèmes. Il s'agit de savoir, d'une part, quel est le nombre idéal d'années que doit durer théoriquement le mandat du Président de la

1 Pour cette analyse : Charles Zorglibe, Le rapport Vedel : un retour aux sources de la Ve République ? *Revue politique et parlementaire*, 1993, n° 963, p. 6 ; Henry Roussillon, Le devenir du projet Pompidou de 1973 *in La révision de la Constitution*, Economica, 1993, p. 94 ; Emmanuel Jos, La durée du mandat présidentiel : du hasard à la nécessité, *Petites affiches*, 2 septembre 1994, p. 4 ; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, 3e édition, 1999, p. 479 ; Valéry Giscard d'Estaing, *Le Monde*, 11 mai 2000, p. 16 ; Dominique Rousseau, *RD publ*. 2000, n° 4, p. 1031.

2 Jacques Chirac a, tour à tour, été partisan du quinquennat (*Le Monde*, 2 décembre 1992, p. 12) et du septennat (y compris non renouvelable : *Le Populaire du Centre*, 19 février 1981). François Mitterrand a oscillé entre des positions identiques et a, même, soutenu le sextennat : *45e des 110 propositions du candidat à l'élection présidentielle de 1981 ; lettre à tous les français* en 1988 ; lettre du 30 novembre 1992 aux présidents des deux assemblées parlementaires et du Conseil Constitutionnel. Seul Valéry Giscard d'Estaing marque une constance pour le quinquennat, du moins, depuis qu'il a terminé son septennat.

3 Cette expression est, par exemple, employée par Louis Favoreu, *Le Figaro*, 19 avril 1994, p. 8 et Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 16e édition, 1999, p. 535.

République (I). D'autre part, différents éléments peuvent affecter la durée réelle de ce mandat (II).

I/ LE NOMBRE D'ANNEES COMPOSANT LE MANDAT

Si sur ce point la querelle oppose principalement les tenants du statu quo (A) aux partisans du quinquennat (B), on doit mentionner aussi ceux qui proposent la solution intermédiaire du mandat de 6 ans (C).

A/ Le septennat

Différents arguments sont invoqués par ceux qui souhaitent conserver le septennat. En premier lieu, nos institutions ont trouvé leur équilibre autour de cette durée. En second lieu, un mandat de 7 ans contribuerait à assurer la fonction arbitrale que l'article 5 de notre Constitution confère au chef de l'Etat[1]. En effet, le décalage qui existe entre son mandat et celui des députés lui permet d'avoir du recul par rapport à ces derniers et le place au dessus de la mêlée. Ce décalage est également gage de continuité, notamment dans la politique étrangère, au-delà des échéances législatives[2]. Il est parfois reproché au septennat de donner une longue immunité au Président[3]. En fait, on ne peut pas dire qu'il ne connaît durant 7 ans aucune sanction à son action. D'une part, les élections législatives confirment ou infirment ses orientations et, dans ce dernier cas, ont pour effet de lui retirer une part substantielle de ses pouvoirs[4]. D'autre part, la France vit sous la pression des sondages d'opinion et du débat politique largement médiatisé. On blâme également le septennat parce qu'il constitue une anomalie au sein des pays européens car, si les chefs d'Etat italien et irlandais sont aussi élus pour cette durée, ils n'ont pas de pouvoirs aussi importants que le Président français[5]. Cependant, on ne voit pas au nom de quel principe tous les pays de l'Union européenne devraient fonctionner suivant le même modèle. C'est la spécificité française. D'ailleurs, l'instauration du quinquennat fait de la France le seul pays de l'Europe des quinze où le chef de l'Etat et la chambre basse sont désignés pour la même durée. Partout ailleurs, le chef de l'Etat a un mandat plus long. En dernier lieu, 7 ans pour mettre en œuvre un programme présidentiel semblent ne pas être excessifs[6]. On notera d'ailleurs que les partisans du quinquennat visent parfois moins à réduire la durée du mandat d'un Président qu'à le prolonger. En effet, ils considèrent qu'il est difficile d'obtenir une réélection avec le septennat car cela fait alors 14 ans de pouvoirs pour un homme.

1 Philippe Ardant, *Le Monde*, 21 et 22 mai 2000, p. 8 ; Jean Gicquel, *ibid*. p. 536.

2 Odile Rudelle, *La tribune de l'économie*, 21 septembre 2000, p. 24 ; Ferdinand Mélin Soucramanien, *RD publ*. 2000, n° 4, p. 1002.

3 C'est le reproche fait par Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, Yves Mény, Hugues Portelli et Georges Vedel, *Le Monde*, 7 juin 2000, p. 7.

4 Dominique Chagnollaud, *Libération* 12 mai 2000, p. 6.

5 Pour cette critique : Olivier Duhamel, *Le nouvel observateur*, 15 juin 2000, p. 72 ; Michel Barnier, Jacques Barrot, Dominique Perben, Jean-Pierre Raffarin, *Le Figaro*, 12-13 août 2000, p. 8.

6 En ce sens : René Rémond, *Capital*, août 1995, p. 77.

Les 10 ans obtenus avec le quinquennat sont mieux supportables[1]. La plupart de ceux qui sont hostiles au maintien du septennat souhaitent l'amputer de 2 ans.

B/ Le quinquennat

L'adoption de cette révision constitutionnelle pourrait produire plusieurs conséquences. Passons sur l'argument selon lequel le quinquennat serait moderne, ce qui ne veut pas dire grand chose[2], d'autant plus qu'un mandat de 5 ans avait déjà été proposé par les républicains en 1873 et qu'en apparaissant « moderne » depuis 1973, cette réforme risque de faire ringard. En revanche, en permettant un renouvellement plus fréquent du chef de l'Etat, le quinquennat a incontestablement un caractère démocratique[3]. Mais il en résultera une augmentation des campagnes et des élections déjà bien importantes. Si 7 ans peuvent ainsi apparaître trop longs, ils sont aussi trop courts dans la mesure où le pouvoir de gouverner n'est remis que pour une durée moyenne de trois ans compte tenu du décalage entre les élections présidentielle et législative[4].

Le quinquennat ferait disparaître la fonction d'arbitre du Président[5]. Mais on peut penser avec Guy Carcassonne[6] que celle-ci n'est qu'un mythe car, le Président s'engageant dans la bataille des législatives est loin d'être un arbitre. Il doit descendre dans l'arène politique s'il ne veut pas perdre de ses pouvoirs en cas de défaite de sa majorité aux législatives. Dans ce dernier cas, le Président apparaît moins comme un arbitre que comme le chef de l'opposition. La continuité en matière de politique étrangère n'est pas non plus moins bien assurée avec le quinquennat. En outre selon Jacques Robert, la Constitution n'a jamais voulu cantonner le Président dans un rôle d'arbitre[7].

---

1 Pour une telle analyse, voir : Philippe Zavolli, Contre le quinquennat présidentiel, *Le Dalloz.* 2000, n° 22, p. 347. C'est ainsi que Jean-Michel Blanquer expose que « le quinquennat permet de donner une bonne durée au Président : 10 ans », *RD publ*. 2000, n° 4, p. 960.

2 Voir sur ce point : Olivier Duhamel, *op. cit. ;* François Férals, *L'indépendant*, 20 septembre 2000, p. 2 ; Odile Rudelle, *loc. cit.* ; Christine Gouaud, « A propos du référendum du 24 septembre 2000 : les institutions tronquées, vers une autre République », *Le Dalloz* 2000, n° 31, p. VI ; Ferdinand Mélin Soucramanien, *op. cit*., p. 1003.

3 C'est l'argument retenu par le Président de la République lors de son allocution du 6 juillet 2000. Voir également : Jean-Michel Blanquer, *op. cit*., p. 959 ; Marie-Anne Cohendet, *RD publ*. 2000, n° 4, p. 978. Selon Jacques Robert (*RD publ*. 2000, n° 4, p. 1020) le quinquennat serait moins démocratique que le septennat car dans ce dernier cas le Président « peut éprouver, en cours de mandat, la nécessité de conforter sa légitimité par un retour devant le suffrage universel (à l'occasion par exemple, d'un référendum provoqué) ». Avec le quinquennat, « L'échéance présidentielle étant plus rapprochée le référendum s'éloigne ». Cependant, certains Présidents, tel Valéry Giscard d'Estaing, n'ayant aucunement ce souci de conforter leur légitimité, on donnera nécessairement et sûrement plus souvent la parole au peuple avec un Président élu pour 5 ans au lieu de 7.

4 Voir pour ce constat : Olivier Duhamel, *loc. cit*. et *La tribune de l'économie*, 21 septembre 2000, p. 24.

5 En ce sens : Dominique Chagnollaud, *loc. cit*.; Christine Gouaud, *loc. cit*.; Bertrand Pauvert, « Quinquennat, changer la République ou changer de République ? », *RRJ*, 2000-4, pp. 1507 et 1511.

6 *Le Monde*, 27 février 1992, p. 1 ; *La Tribune de l'économie*, 21 septembre 2000, p. 24.

7 *Le Monde*, 25 février 1987, p. 2.

Le quinquennat aurait également pour effet de rééquilibrer les pouvoirs institutionnels. Mais dans quel sens ? Comme il a été souligné[1], certains se réjouiront de l'autorité accrue du Parlement face au Président désormais élu pour la même durée[2]. D'autres estimeront que c'est celle de ce dernier qui sera renforcée car auparavant les députés, se soumettant plus souvent au suffrage universel, pouvaient arguer d'une légitimité plus forte.

Beaucoup attendent surtout du quinquennat la disparition de la cohabitation, période souvent conflictuelle et paralysante[3]. Ce retour à la concordance des majorités résulterait de l'identité de date des élections présidentielles et législatives. Soit celle-ci serait prévue par la Constitution (ce qui n'est pas le cas de la révision du 24 septembre 2000), soit elle résulterait de la pratique car tout Président nouvellement élu prononcerait la dissolution de l'Assemblée nationale pour bénéficier d'une majorité qui le soutient[4].

L'adoption du quinquennat est, enfin, parfois présentée comme le premier pas vers un régime présidentiel[5]. Cette évolution serait la conséquence d'un double phénomène. D'une part, l'Assemblée nationale deviendrait une chambre d'enregistrement des décisions du Président de la République car il tiendrait d'autant mieux sa majorité parlementaire que celle-ci a été élue en même temps que lui et sur son nom[6]. D'autre part, le Premier ministre ne serait plus qu'un simple « chef d'état major »[7] car le quinquennat « favorise l'émergence d'un président capitaine, soumis à l'obligation politique d'agir personnellement, vite et sur tous les fronts pour arriver devant les électeurs avec un bilan qui lui appartienne en propre »[8]. Finalement, on aboutirait à deux tendances. La première serait une désuétude de la dissolution et de

---

1 Thierry Lhermitte, « Quinquennat et démocratisation des institutions », *Revue politique et parlementaire*, 1993, n° 963, p. 17.

2 Pour cette opinion, voir Jean Louis Debré, *Le Monde*, 14 juin 2000, p. 8. Roland Drago craint, au contraire, que le quinquennat entraîne ainsi un affaiblissement de la fonction présidentielle : *Le Figaro*, 12 mai 2000, p. 15. Le risque d'une déviation vers le régime d'assemblée est également évoqué par Christophe Boutin et Frédéric Rouvillois, *Quinquennat ou septennat ?*, Flamarion, coll. Dominos, p. 88.

3 Voir pour une telle conséquence : Jacques Robert, *loc. cit.* et *La vie judiciaire*, 22 février 1993, p. 1 ; Jean Massot, *Le Figaro*, 12 mai 2000, p. 15. La cohabitation n'est pas toujours honnie. Voir sur ce point : Henry Roussillon, « Le quinquennat hélas ! », *Gaz. Pal.*, 27 juin 2000, p. 10 ; Christine Gouaud, *op. cit.* p. V.

4 En ce sens, voir : Olivier Duhamel, *La tribune de l'économie*, 21 septembre 2000, p. 24.

5 C'est l'opinion de Christian Poncelet, Josselin de Rohan, Jean Arthuis, *Le Monde*, 12 mai 2000, p. 6, de Charles Pasqua, *Le Figaro*, 12-13 août 2000, p. 8 ainsi que celle de Michel Charasse, *Le nouvel observateur*, 15 juin 2000, p. 74. L'historien René Rémond fait aussi une telle analyse, *loc. cit.* Voir également parmi les juristes : Didier Maus, *L'express*, 29 mai 1997, p. 146 ; Michel Lascombe, *Droit constitutionnel de la Vème République*, L'Harmattan, 6ème édition, 1999, p. 263 ; Stéphane Baumont, *Libération*, 5 juin 2000, p. 3 ; Henry Roussillon, *loc. cit.*; Christine Gouaud, *op. cit.*, p. V et VI ; Christophe Boutin et Frédéric Rouvillois, *loc. cit.*; Ferdinand Mélin Soucramanien, *op. cit.*, p. 1004 ; Pierre Pactet, *RD publ*. 2000, n° 4, *p. 1011 et 1014.*

6 En ce sens : Michel Lascombe, Réviser la Constitution, *Droit prospectif*, 1991, p. 665.

7 Dominique Chagnollaud, *loc. cit.*

8 Dominique Rousseau, *Le nouvel observateur*, 10 décembre 1992, p. 64. Voir également Pierre Avril, *RD publ*. 2000, n° 4, p. 955.

la responsabilité gouvernementale car il est peu probable qu'un Président prononce la dissolution d'une chambre qui lui est favorable ou que cette dernière renverse un gouvernement de la même couleur politique. La seconde tendance serait une inutilité du Premier ministre qui ferait double emploi avec le chef de l'Etat. A terme, il y aurait suppression du poste de chef du Gouvernement, du droit de dissolution et de la responsabilité ministérielle. On aboutirait ainsi à un régime présidentiel ou, tout au moins si on ne modifie rien d'autre dans la Constitution, à une diminution dans le temps des pouvoirs du Président mais à une augmentation quant à leur importance[1].

Cependant, tous les auteurs ne sont pas convaincus que l'instauration du quinquennat conduit nécessairement au régime présidentiel. Ceux qui pensent le contraire partent du principe que si on élit le Président et l'Assemblée nationale en même temps on aura deux majorités identiques conduisant à un renforcement de l'autorité présidentielle. Or, cela est faux car l'adéquation des majorités ne joue que jusqu'au premier aléa constitutionnel (démission, empêchement, décès du Président ou dissolution de la chambre basse). Dès cet aléa, il peut de nouveau y avoir cohabitation[2]. De plus, les précédents de 1995 et 1997, ont montré qu'un Président nouvellement élu peut ne pas utiliser immédiatement son droit de dissolution et prononcer ultérieurement une dissolution de convenance, même avec une majorité parlementaire qui lui est favorable. Pour éviter la cohabitation, il aurait fallu que la révision ne se limite pas à réformer le mandat présidentiel mais crée un vice-président et supprime la dissolution, la responsabilité du Gouvernement et le Premier ministre. Encore que, même dans ce cas, on n'est pas certain d'empêcher la cohabitation car les électeurs pourraient voter différemment aux présidentielles et aux législatives qui seraient organisées le même jour[3]. Il a aussi été soutenu que le risque de cohabitation est supprimé si le Président a l'obligation de démissionner après avoir prononcé la dissolution sans avoir obtenu une majorité favorable à ses idées[4]. Mais rien n'est moins sûr, car si les électeurs ont ainsi souhaité une majorité parlementaire différente de la majorité présidentielle, c'est peut-être par souhait de

1 Voir pour une telle analyse : Georges Vedel, Faut-il désespérer de la démocratie ? *Revue géopolitique*, 1991, n° 36, p. 9 ; Dominique Chagnollaud, *loc. cit*.; Philippe Zavolli, *op. cit*., p. 349. Michel Lascombe et Xavier Vandendriessche, *Le Monde*, 21 et 22 mai 2000, p. 8 parlent de « régime césariste ».

2 En ce sens, voir par exemple : Manuel Gros, Le nœud gordien, *La Gazette du Nord-Pas-de-Calais*, 25 novembre 1992, p. 6 ; Roland Drago, *loc. cit*.; Christophe Euzet, *L'indépendant*, 20 septembre 2000, p. 2.

3 Voir pour cette opinion : Roland Drago, *loc. cit*. ; Dominique Chagnollaud, *loc. cit*. Christine Gouaud, *loc. cit*. L'analyse de Guy Carcassonne (*RD publ*. 2000, n° 4, p. 966) selon laquelle il ne s'agirait pas de cohabitation dans la mesure où il n'y a pas de désaveu du Président ne nous semble pas devoir être approuvée. En effet, la notion de cohabitation désigne, au sens courant, le fait d'habiter sous le même toit, ce qui ne correspond aucunement à la situation politique puisque le Président, le Premier ministre et les députés résident en des lieux différents. Ce terme désigne donc simplement la coexistence de 2 majorités différentes à l'Elysée et au Palais Bourbon sans appréciation de l'origine de cette divergence de majorités. Pour cette définition, voir, par exemple, Jacques Robert, « De la cohabitation », *D*., 1986, *chron*., p. 179 ; Michel Lascombe, *op. cit*., p. 211. De plus, en ne donnant pas au Président une majorité parlementaire de son choix, on peut penser que les français le désavouent d'une certaine façon, la présidentielle restant l'élection « reine ».

4 Jean Massot, *Alternance et cohabitation sous la Vème République*, La documentation française, 1997, p. 145.

voir se mettre en place une cohabitation. Ils pourraient ainsi très bien réélire le Président démissionnaire.

On peut dès lors penser avec Jacques Robert que « dire que réduire à 5 ans le mandat présidentiel conduirait tout droit à un régime présidentiel est une absurdité » car on peut avoir un quinquennat et un régime parlementaire si on garde le droit de dissolution et la responsabilité ministérielle[1]. Il nous semble plutôt que l'instauration du quinquennat « sec », laisse subsister un régime parlementaire en droit et un régime de fait non pas présidentiel mais « présidentialiste », c'est à dire, avec une prééminence du Président, ce qui est déjà la forme de la cinquième République en période de concordance des majorités. La France a, en effet, déjà connu le quinquennat présidentialiste à trois reprises de 1969 à 1974, de 1981 à 1986 et de 1988 à 1993. Au cas où les français choisiraient des majorités présidentielles et législative différentes, on aurait un quinquennat parlementaire comme il existe aujourd'hui depuis 1997. Passez de 7 à 5 ans ne nous fera donc pas passer de la Ve à la VIe République. Quant à la cohabitation, on ne peut l'exclure dans aucun régime. Le risque de sa survenance sera simplement réduit avec le quinquennat[2]. Entre les partisans du septennat et ceux du quinquennat, on trouve les adeptes, peu nombreux, du sextennat.

C/ Le sextennat

L'argument avancé en sa faveur est qu'il ne couple pas exactement la durée de la législature et celle du mandat présidentiel à la différence du quinquennat tout en durant moins longtemps que le septennat. Cependant, cette solution intermédiaire suscite plus de rejet que d'adhésion. Ainsi, selon Henri Roussillon c'est « une idée tellement farfelue qu'on pourrait suggérer aussi un mandat de 6 ans et demi »[3]. On peut toutefois remarquer que le Venezuela, l'Autriche ou la Finlande ont un chef d'Etat élu pour 6 ans et que c'est la durée du mandat des maires et des conseillers généraux en France. Il semble d'ailleurs que ce soit la durée moyenne du mandat présidentiel depuis 1873[4].

II/ LA DUREE REELLE D'UN MANDAT

Le mandat d'un Président peut être prolongé (A) ou, au contraire, abrégé (B).

1 *La vie judiciaire*, 22 février 1993, p. 1. Voir également : Jean Massot, *ibid* ; Roland Drago, *loc. cit*.; Olivier Duhamel, *loc. cit*.

2 Michel Lascombe et Xavier Vandendriessche, *loc. cit*. François Férals, *loc. cit*.; Hervé Isar, Journal télévisé de RFO, 25 septembre 2000 ; Marie-Anne Cohendet, *op. cit*.,p. 984.

3 *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1992, Tome 11, p. 1991.

4 Voir sur ce point : Gérard Conac, Le quinquennat après Georges Pompidou *in La contribution de la Présidence de Georges Pompidou à la Vème République*, Colloque d'Aurillac, Montchrestien, 1994, p. 242.

A/ Le renouvellement du mandat présidentiel

Si l'interdiction faite au Président de se représenter peut avoir certains aspects positifs (1), elle comporte trop d'inconvénients pour être retenue (2).

1°/ Les avantages du mandat limité

Plusieurs arguments sont avancés en faveur du non renouvellement du mandat présidentiel. Tout d'abord, il est de nature à éviter le phénomène d'usure du pouvoir[1], d'autant plus que la fonction présidentielle est certainement très fatigante. Il permettrait un renouvellement de la classe politique[2]. On peut, cependant, penser que le changement du seul chef d'Etat n'est pas de nature à avoir un tel effet. Il aurait également pour conséquence de dégager le chef de l'Etat de préoccupations électorales[3]. En effet, le Président ne craignant pas la sanction du suffrage universel au terme de son mandat, il sera en mesure de prendre les décisions qu'il juge nécessaire même si elles sont impopulaires. Il faut noter que cet avantage ne joue que si le mandat n'est renouvelable en aucune façon. C'est pourquoi l'idée d'instaurer un mandat non immédiatement renouvelable[4] pour mettre le Président à l'abri des considérations démagogiques nous paraît de peu d'intérêt car son action pourra toujours être guidée par sa possible réélection. Il y a également des avantages propres au septennat non renouvelable[5]. Ainsi, le Comité Consultatif pour la révision de la Constitution indiquait dans son rapport que la fonction arbitrale retrouve tout son sens si le Président ne peut se représenter de nouveau au suffrage[6]. Cependant, le principe du non renouvellement n'est pas dénué d'effets pervers.

2°/ Une fausse bonne idée

Si le Président sait qu'il ne peut pas se représenter, il risque d'abuser de son pouvoir. Il faut toutefois observer que ce danger existe aussi dans le cas où le chef de l'Etat peut être reconduit dans ses fonctions car il arrive toujours un moment où il sait qu'il est dans son dernier mandat parce qu'il est trop âgé pour se représenter ou parce qu'il n'a aucune chance d'être réélu. Plus concret, parce que s'étant déjà produit, est le risque de coup de force. Ainsi, le coup d'état du 2 décembre 1851 s'explique par le fait que la Constitution de la deuxième République interdisait au

---

1 Dominique Chagnollaud, *loc. cit.*

2 Dominique Chagnollaud, *ibid*.

3 Pour cette opinion, voir : Maurice Duverger, *Le Nouvel Observateur*, 22 octobre 1992, p. 58 ; Didier Maus, *L'express*, 29 mai 1997, p. 146 ; Michel Lascombe, *op. cit*., p. 666 ; Dominique Chagnollaud, *loc. cit*.; Philippe Ardant, *Le Monde*, 21 et 22 mai 2000, p. 8 ; Odile Rudelle, *loc. cit*.; Christine Gouaud, *op. cit*., p. V.

4 Voir pour une telle réforme la proposition de loi constitutionnelle du 15 octobre 1991 déposée par Etienne Dailly, *Le figaro*, 3 novembre 1992, p. 2.

5 En faveur d'un tel mandat, voir : Raphaël Hadas Lebel, *Le Monde*, 25 février 1987, p. 2 ; Jean Gicquel, *op. cit*., p. 536 ; Pierre Pactet, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Armand Colin, 18ème édition, 1999, p. 414.

6 *JO*, 16 février 1993, p. 2541. Selon Pierre Pactet (*ibid*, p. 1017) le septennat non renouvelable réduit également les risques de cohabitation conflictuelle puisque le Président ne pouvant pas se représenter n'entre pas en concurrence avec le Premier ministre.

Président de demander un nouveau mandat. De plus, l'interdiction d'une réélection n'existant pour aucun mandat électoral en France, pourquoi l'instaurer pour le Président ? Le non renouvellement est également antidémocratique puisqu'il prive le peuple du droit de choisir de garder ou non le locataire de l'Elysée et il pourrait même être préjudiciable aux intérêts de la France lorsque ce dernier s'est avéré excellent dans la tâche qui lui a été confiée.

C'est pour éviter tous ces inconvénients que certains proposent d'instaurer un mandat renouvelable une fois[1]. On peut néanmoins se demander si la meilleure formule ne reste pas le renouvellement illimité. L'avantage, comme l'indique Maurice Duverger, « est de laisser les électeurs libres de choisir. Ils ont refusé un second septennat à Valéry Giscard d'Estaing en France. En Finlande, ils ont préféré conserver pendant 25 ans M. Kekkonen. En démocratie, ne faut-il pas faire confiance aux citoyens ? »[2]. Ainsi, la révision du 24 septembre dernier nous semble respecter le plus le principe démocratique puisque, d'une part, les français ont vu concrétiser leur souhait et, d'autre part, le caractère renouvelable du mandat permettra aux citoyens de choisir librement de réélire ou pas le Président sortant. Il reste à examiner le problème de la date de l'élection présidentielle puisque celle-ci peut avoir des conséquences sur la durée du mandat présidentiel.

B/ La présidentielle anticipée

La question d'une présidentielle anticipée peut se poser si on estime que le quinquennat doit s'appliquer au mandat en cours (1). De même, le mandat du chef de l'Etat pourrait être abrégé dans l'hypothèse où on avance le moment de la présidentielle pour tenir compte du calendrier électoral (2) ou si on instaure une procédure de destitution à son encontre (3).

1°/ Le quinquennat et le mandat en cours

En 1973, le projet de révision constitutionnel indiquait que le quinquennat ne concernerait que le prochain mandat présidentiel. L'actuel article 6 prévoyant que « Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct » laisse entier le problème de son éventuelle application à Jacques Chirac[3]. Celui-ci ayant déjà accompli plus de 5 ans de mandat, on peut affirmer que le problème ne se pose plus[4]. Mais on peut aussi penser qu'il devrait démissionner puisqu'il va ainsi à l'encontre de la volonté des français de voir le Président élu pour 5 ans seulement. La question s'était déjà posée avec François Mitterrand. Ce dernier avait déclaré lors de son allocution télévisée du 10 novembre 1991 « qu'en droit cette durée ne me viserait pas puisque j'ai été élu sous un certain statut. Cela c'est la règle de la non

1 Voir en ce sens la proposition de révision constitutionnelle déposée par Valéry Giscard d'Estaing le 9 mai 2000.

2 *Le Nouvel Observateur*, 22 octobre 1992, p. 58.

3 L'exposé des motifs précise cependant que « Conformément aux principes qui régissent l'entrée en vigueur des lois, la nouvelle durée du mandat s'appliquera à compter de la prochaine élection présidentielle ».

4 En ce sens : Jean Michel Blanquer, *op. cit.*, p. 963 ; Guy Carcassonne, *op. cit.*, p. 972.

rétroactivité »[1]. Il avait réaffirmé cette position lors de l'émission 7/7 du 15 décembre 1991 en précisant « que mon droit c'est d'être là où je suis pour le temps où j'ai été élu ». Jacques Chirac qui partage aujourd'hui cette opinion[2] déclarait alors que le Président devait s'appliquer cette réforme[3]. En fait, rien n'empêche d'appliquer le quinquennat à un Président élu pour 7 ans. En effet, s'il existe bien un principe de non rétroactivité celui-ci n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive (CC 29 décembre 1989, n° 89-268 DC). Or, ce n'est pas ce domaine qui est ici concerné et, s'agissant d'une révision de la loi fondamentale, elle pourrait, de toute façon, déroger à une règle de valeur constitutionnelle. La réforme du 24 septembre 2000 aurait donc pu décider d'écourter le mandat de Jacques Chirac. La difficulté est qu'ayant effectué déjà plus de 5 ans ce serait posé le problème du statut de la période postérieure à ces 5 ans. Dans le silence de la loi, la rétroactivité ne se présume pas. Nous ne sommes donc pas en présence d'une hypothèse de rétroactivité qui aurait pu remettre en cause des effets passés d'une situation antérieure ou en cours. Il s'agit ici d'une réforme rétrospective, c'est à dire, qui ne dispose que pour l'avenir mais qui s'applique à une situation née antérieurement et en cours de réalisation[4]. On applique ici les règles régissant la réduction d'une prescription et qui peuvent être généralisées à tous les délais écourtés. A savoir que la nouvelle durée s'applique dès l'entrée en vigueur de la loi qui l'institue[5]. Par conséquent, Jacques Chirac ne peut plus ainsi accomplir à compter du 24 septembre 2000 un mandat d'une durée supérieure à 5 ans. Comme il lui reste moins de 2 ans, il peut terminer son mandat[6]. Il a également été proposé de modifier la date de l'élection présidentielle pour éviter que celle-ci n'ait lieu à une période peu propice à l'organisation d'une consultation électorale.

2°/ La présidentielle et le calendrier électoral

Comme l'a fait remarquer Guy Carcassonne « la France vit sur le calendrier absurde consécutif à la disparition de Georges Pompidou, qui situe l'élection présidentielle en mai, contraint à stériliser une session parlementaire et souvent à déplacer d'autres scrutins. Si un Président avait un jour l'idée funeste de démissionner ou de décéder vers la fin juillet toutes les élections présidentielles

1 Voir également pour l'opinion selon laquelle le quinquennat ne peut pas avoir un caractère rétroactif : Maurice Duverger, *loc. cit.*; Jean Gicquel, *RD publ.* 2000, n° 4, p. 998. Ferdinand Melin-Scroumanien considère, au contraire, que la réforme peut avoir un tel effet : *op. cit.*, p. 1006.

2 Interview du 5 juin 2000.

3 Interview accordé à TFI le 14 novembre 1991. Lionel Jospin avait déclaré lors de la présentation de son programme présidentiel le 6 mars 1995 qu'il s'appliquerait le quinquennat s'il était élu et que cette réforme était adoptée.

4 Sur ces notions, voir : Fabrice Lemaire, « Actualité du principe de rétroactivité de la loi fiscale à propos de la proposition de loi organique du 26 octobre 1998 », *RJF*, 1999, n° 3, p. 186.

5 En ce sens, voir : Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil*, LGDJ, 4ème édition, 1994, p. 365 ; Cass. ch. Expr., 13 mars 1967, Truille c. ville de Paris, *Bull. civ.*, 1967, V, p. 20, n° 28 : le délai de 5 ans institué par la loi du 2 août 1960 pour la réalisation de la destination prévue à la DUP commence à compter de l'entrée en vigueur de cette loi et non à partir de l'ordonnance d'expropriation du 29 octobre 1956.

6 En faveur de cette analyse, voir : Marie-Anne Cohendet, *op. cit.*, p. 990.

ultérieures auraient forcément et durablement lieu en août »[1]. L'auteur avait donc proposé que le Président ne soit pas élu pour 5 ans mais « jusqu'au premier mars de la cinquième année suivant son élection ». Ainsi l'élection se tiendrait toujours au mois de février, c'est à dire, en tout état de cause avant les élections législatives. Le Comité consultatif constitutionnel avait repris cette idée mais en décidant que le mandat du Président « prend fin le 15 mars de la septième année suivant l'élection ». Le projet de loi du 10 mars 1993 portant révision de la Constitution n'a pas donné suite à cette proposition. Il est vrai que cette date aurait pu faire tomber l'élection présidentielle dans la période des vacances hivernales. L'actuelle réforme laisse entier ce problème. Le mandat du Président pourrait encore être écourté si on mettait en place une procédure de destitution.

3°/ L'instauration d'une procédure de destitution

Jean Petot a proposé un article 19 bis prévoyant la censure du Président de la République par 1/5 des membres de l'Assemblée nationale, une fois par législature en début de session[2]. Maurice Allais souhaiterait un article 7 bis qui déciderait qu' « à la suite d'élections législatives, et dans un délai de 9 mois, la date de l'élection présidentielle peut être avancée par un vote en des termes identiques de chacune des deux assemblées »[3]. Un système d'interpellation populaire pourrait également être mis en place. On peut, en effet, imaginer qu'à la demande d'un certain nombre d'électeurs soit organisé un plébiscite sur le maintien du Président. Cette proposition nous paraît être la plus démocratique, raison souvent invoquée par nos hommes politiques pour justifier leur choix en faveur du quinquennat. Quoi de plus démocratique, en effet, que de permettre aux français de remercier un Président qui les a déçus à tout moment et non au bout de 7,6 ou même 5 ans ? C'est justement en raison de son caractère démocratique qu'une telle mesure n'a aucune chance de voir le jour. Quel Président accepterait qu'une réforme puisse ainsi remettre en cause son pouvoir ?

Lors de son entretien télévisé du 24 octobre 1973, Georges Pompidou affirmait que la réforme constitutionnelle du quinquennat pouvait attendre « la prochaine élection présidentielle », c'est à dire, celle de 1976. Finalement, ce sera pour... 2002.

1 *Le Monde*, 27 février 1992, p. 1.

2 « Faut-il réviser la Constitution de 1958 ? » *RD publ.* 1985, p. 1441.

3 *Le Figaro*, 19 février 1992, p. 2. V. aussi les propositions de Christophe Boutin et Frédéric Rouvillois, *op. cit.*, p. 102.

LE DROIT INTERNATIONAL DE LA GESTION INTEGREE DES ZONES COTIERES

Par Eric NAIM-GESBERT
Maître de Conférences à l'Université de La Réunion

Le droit est un système formel en liaison ténue avec une réalité factuelle. Son destin naturel consiste à la réguler[1]. Or la confrontation de l'ordre naturel et de l'ordre juridique implique une réflexion dialectique constructive, entre *lex lata* et *lex ferenda*, le droit établi et le droit désiré comme l'énonce Michel Virally[2]. Le « droit est un fait à faire »[3], une « création sans cesse renouvelée »[4], un acte de langage qui permet une ouverture au monde. Il est ainsi des objets qui nécessitent un droit transnational, « droit qui réglemente les actions ou les événements qui transcendent les frontières nationales »[5] : les littoraux en sont un.

Les zones côtières, constitutives avec les océans du milieu marin, sont un élément essentiel de la vie, un écosystème dont le droit international se préoccupe dans un souci de développement durable. C'est la finalité substantielle de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 signée à Montego Bay[6]. Sa philosophie générale consiste, de manière rationnelle, à prévenir réglementairement la survenance des pollutions et nuisances pour éviter l'altération de la diversité biologique. Cette convention imprime le contenu d'autres instruments de protection de la mer. Ainsi de l'Agenda 21, déclaration programmatoire issue de la Conférence de Rio (juin 1992), dont le chapitre 17 est consacré à la protection des océans et de toutes les mers – y compris les mers fermées et semi-fermées – et les zones côtières (protection, utilisation rationnelle et mise en valeur de leurs ressources biologiques). Y sont explicités les principes généraux de préservation des océans, préoccupation nouvelle de la communauté internationale[7], et matrice du droit de la gestion intégrée des zones côtières comme en témoigne le texte élaboré

1 W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 15.

2 M. VIRALLY, A propos de la « lex ferenda », *in* Le droit international : unité et diversité, *Mélanges offerts à Paul REUTER*, Paris, Pedone, 1981, p. 519-533.

3 E. PICARD, « Science du droit » ou « doctrine juridique », *in* L'unité du droit, *Mélanges offerts à Roland DRAGO*, Paris, Economica, 1996, p. 166.

4 C. ATIAS, Quelle positivité, quel droit, *in* Les sources du droit, *APD*, tome 27, 1982, p. 225.

5 D. CARREAU, *Droit international*, Paris, Pedone, 6ème édition, 1999, p. 34 (citant le juge américain P. JESSUP).

6 Ratifiée par la loi n° 95-1311 du 21 décembre 1995, *J.O.* 22 décembre 1995 (entrée en vigueur en 1994).

7 Au sens de « sujet mineur » du droit international, NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 6ème édition, 1999, p. 400.

par le Conseil de l'Europe[1] (I). La définition d'une stratégie mondiale de gestion intégrée des zones côtières par l'invention de principes d'action, la fixation d'objectifs communs, l'amorce d'une coopération interétatique, le recueil et l'étude des données scientifiques, conditionne la gestion intégrée effective des zones côtières en milieu insulaire (II).

I/ LES PRINCIPES GENERAUX DE LA GESTION INTEGREE DES ZONES COTIERES

Depuis deux décennies, la communauté internationale et les organisations de coopération régionale mènent une réflexion globale sur la problématique du développement durable des zones côtières. Elle détermine les linéaments essentiels d'une écriture théorique du droit de la gestion intégrée des littoraux (A) dont la mise en œuvre nécessite une coopération internationale relayée au niveau régional (B).

A/ L'écriture internationale d'un modèle de loi

Procédant d'approches différenciées de l'aménagement de l'espace nées au début des années soixante-dix (1), le concept de gestion intégrée des zones côtières fonde une stratégie mondiale déterminée par le droit international (2).

1°/ Les approches différenciées de l'aménagement du littoral

Le concept de gestion intégrée des zones côtières est fonctionnel. Il permet d'appréhender systématiquement les différentes synergies du littoral, d'intégrer dans une politique publique de gestion de l'espace les conflits d'usage, et de les réguler par application d'un droit spécifique. L'on doit son invention au *Coastal Zone Management Act* voté par le Congrès américain en 1972 dont est issue la loi fédérale du 27 octobre 1972 ; la section 304 définit la zone côtière comme les « eaux côtières et terres adjacentes dont les éléments sont absolument inséparables, s'avançant en direction du large à l'extrême limite des aires dont le développement peut affecter la qualité des eaux marines de façon directe et significative »[2]. Pragmatique, le texte déclare d'intérêt national leur gestion, utilisation à des fins économiques, protection et développement, notamment pour les générations futures. Les moyens d'action suivent : aide à l'action des Etats, incitation à l'élaboration d'une politique de préservation et développement (plan de gestion, coordination des travaux au niveau national et international, participation de tous les acteurs impliqués : Etats côtiers, groupes de défenseurs de l'environnement, professionnels, sections du Congrès,

1 Il s'agit de l'important *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières et Code de conduite européen des zones côtières*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, Sauvegarde de la nature, n° 101.

2 A. MIOSSEC, De l'aménagement des littoraux à la gestion intégrée des zones côtières, *in Géographie humaine des littoraux maritimes*, ouv. collectif, Paris, Sedes, 1998, p. 434-435. Par comparaison, le *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières du Conseil de l'Europe* (précité) définit la zone côtière comme « un espace géographique portant à la fois sur la partie maritime et la partie terrestre du rivage et intégrant les étangs salés et les zones humides en contact avec la mer » (article 1er).

état-major de l'*Office of Ocean and Coastal Resource*). L'approche est volontariste et participative[1].

L'approche française, plus normative, établit des mesures de préservation, développement et mise en valeur du littoral. La technique diffère, la finalité s'en rapproche. Au littoral considéré géographiquement s'applique une législation dense[2] : articulation entre les notions juridiques de domaine public maritime et de littoral[3], régulation de l'extension urbaine[4], police administrative qui s'exerce sur cet espace[5], gestion des conflits d'intérêts des différents usagers[6], prise en compte de l'élévation du niveau des océans[7]. De nombreuses polices administratives spéciales régulent ainsi l'usage du littoral. La loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral[8] envisage cet espace-milieu comme « une entité géographique qui appelle une politique spécifique d'aménagement, de protection et de mise en valeur » (article 1er alinéa 1[9]). Elle est le fondement du dispositif juridique (principes fondamentaux à respecter au titre du droit de l'urbanisme, du droit rural, du droit de l'environnement, etc.)[10], et détermine des règles fondamentales : prescriptions nationales en matière d'aménagement et de protection établissant un rapport de compatibilité avec les documents d'urbanisme (au titre des lois d'aménagement et d'urbanisme[11]), mesures relatives à la réglementation des activités économiques (tourisme, aquaculture, opérations d'aménagement, etc.) ou relatives à la qualité des eaux de baignade ou de

1 A. MIOSSEC, De l'aménagement des littoraux à la gestion intégrée des zones côtières, *op. cit*., p. 435-445.

2 Voir, entre autres, M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 4ème édition, 2001, p. 378-397. N. CALDERARO, *Droit du littoral*, Paris, Le Moniteur, 1993.

3 R. HOSTIOU, La «loi littoral» et le domaine public maritime naturel, *RFDA*, n° 5, septembre 1986, p. 719-729.

4 E. LE CORNEC, Protection du littoral et droit de l'urbanisme, *JCE*, fasc. 510-20, n° 6, p. 1-22.

5 B. GENEVOIS, La police du littoral, *in La loi «littoral». Loi du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral*, Paris, Economica, 1987, p. 201-211.

6 Par exemple, F. DOUMENGE, L'interface pêche-aquaculture. Coopération, coexistence du conflit, *Norois*, n° 165, janvier-mars 1995, p. 205-223.

7 R. PASKOFF, Conséquences possibles sur les milieux littoraux de l'élévation du niveau de la mer prévue pour les prochaines décennies, *Annales de Géographie*, n° 600, mars-avril 1998, p. 233-248.

8 *J.O*. 4 janvier 1986. Pour une analyse de cette loi, *La loi « littoral »*, SFDE, Paris, Economica, 1987.

9 Article qui doit être entendu comme préambule de principe, A.H. MESNARD, La «loi littoral» : nature et portée, *A.J.D.A.*, 20 juin 1986, p. 678.

10 Elle assure la coordination des actions de l'Etat et des collectivités locales pour la mise en œuvre d'une politique adaptée aux spécificités du littoral, par « la préservation des équilibres biologiques et écologiques, la lutte contre l'érosion la préservation des sites et paysages et du patrimoine » mais aussi « la préservation et le développement des activités économiques liées à la proximité de l'eau, telles que la pêche, les cultures marines, les activités portuaires, la construction et la réparation navales et les transports maritimes » comme « le maintien ou le développement, dans la zone littorale, des activités agricoles ou sylvicoles, de l'industrie, de l'artisanat et du tourisme » (article 1er).

11 Article L. 111-1-1 du Code de l'urbanisme.

consommation, règles liées à l'accès au rivage ou à la gestion du domaine public maritime[1].

De ces deux conceptions complémentaires, réaliste ou normative, a émergé un programme d'action internationale de gestion intégrée des zones côtières.

2°/ La détermination interétatique d'un programme d'action

Le programme d'action le plus élaboré de la gestion intégrée des zones côtières, éclatant sur la scène mondiale, est constitué par le chapitre 17 de l'Agenda 21, base principale du modèle de loi élaboré par le Conseil de l'Europe en 1999. Cet Agenda 21 marque une date importante dans le droit international de l'environnement. Il résulte de la Conférence de Rio qui s'est tenue du 3 au 14 juin 1992 initiée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 22 décembre 1989, et qui décide de la tenue incessante d'une Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED). Le but est clair : élaborer des stratégies de lutte contre la dégradation de l'environnement « dans le cadre d'une intensification des efforts nationaux et internationaux entrepris pour encourager le développement durable et écologiquement rationnel dans tous les pays ». Durant deux ans, le Comité préparatoire procède à la consultation de tous les acteurs mondiaux de l'environnement. A Rio le « Sommet planète Terre » réunit les représentants de 178 États et de 1400 organisations non gouvernementales. Les enjeux sont cruciaux : organisation mondiale des relations Nord-Sud, modalités de conciliation du développement et de l'environnement, moyens de maîtrise de la technoscience. Emerge l'idée d'un éco-développement fondé sur les logiques de solidarité et de responsabilité entre les sujets de droit internationaux[2].

Nonobstant la restructuration de l'organisation des Nations Unies sur le plan de l'environnement (création de la Commission du développement durable[3]), la signature de conventions (Convention-cadre sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992 ; Convention sur la diversité biologique, Nairobi, 22 mai 1992), la Conférence établit trois instruments de force juridique non obligatoire (« texte non contraignant mais faisant autorité ») : une Déclaration de principes relatifs aux forêts, la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, et l'Agenda 21. Ce dernier instrument international consiste en un plan global et dynamique d'action destiné à réguler les impacts des activités humaines sur l'environnement. Il concerne aussi bien les dimensions sociales et économiques (coopération internationale pour un développement durable partagé, lutte contre la pauvreté, promotion de la santé, etc.) que le renforcement du rôle des principaux groupes (populations autochtones, femmes, jeunes). Il prévoit les moyens d'exécution

1 Concernant les principes de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, la police de la conservation du domaine public, les règles d'utilisation, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 2, Paris, Montchrestien, 14ème édition, 2000, n° 473.

2 Pour un commentaire synthétique, M. PALLEMAERTS, La conférence de Rio et l'avenir du droit international : critique du symbolisme politico-juridique en éco-géopolitique, *Cahiers internationaux de symbolisme*, n° 71-72-73, 1992, p.105-122.

3 P. ORLIANGE, La Commission du développement durable, *AFDI*, 1993, p. 820-832.

(technique, scientifique, financier, administratif…) et définit les plans de conservation et de gestion des ressources aux fins du développement. C'est à ce dernier titre que figure le chapitre 17 sur la préservation des océans et des zones côtières[1].

Le programme d'Action 21 définit les principes généraux d'une stratégie mondiale de développement durable des mers, des océans et des zones côtières devant être intégrée et axée sur la précaution et la prévision. Dans cet esprit, chaque pays doit mettre en œuvre, selon ses capacités technologiques et financières, les domaines d'activité concourant à cette politique : protection du milieu marin, exploitation durable des ressources biologiques marines en haute mer ou dans les zones relevant des juridictions nationales, développement durable des petites zones insulaires, gestion intégrée et développement durable des zones côtières y compris de la zone économique exclusive. Le plan d'action met en lumière le primat de ces zones en constatant que plus de la moitié de la population mondiale vit sur les franges littorales (prévision de 75% à l'horizon 2020). Pour enrayer la dégradation de l'environnement côtier, le plan fixe des objectifs à atteindre en matière de gestion intégrée des ressources marines et côtières. Ainsi recommande-t-il d'appliquer à l'environnement marin relevant des juridictions nationales un processus décisionnel intégré, c'est-à-dire associant l'ensemble des acteurs aux fins de déterminer une politique d'usages compatible et équilibrée. Il convient dès lors d'identifier les différentes interactions qui s'y exercent, de procéder à une analyse approfondie et attentive des problématiques décisives, et de les intégrer dans un système de planification qui réponde aux critères d'évaluation et d'observation systématique. Une comptabilité du patrimoine naturel peut être adoptée pour rendre compte « des changements de valeur dus à l'utilisation des zones côtières et marines » (17.5 e) comme la pollution, l'érosion marine, la perte des ressources et la destruction des habitats[2]. En somme, il s'agit d'instaurer une politique de gestion intégrée de ces zones par l'édiction de mesures préventives en application du principe de précaution et dans la transparence des informations et la démocratie participative[3].

B/ Les fondements de la coopération internationale et régionale

Si le droit international de l'environnement, branche jeune du droit international, recourt fréquemment à des instruments juridiques dont la normativité est peu contraignante (1), il paraît raisonnable de penser que l'essentiel réside dans l'existence d'un cadre international permettant que se réalise une conciliation des usages du littoral (2).

1 *Action 21*, New York, Nations Unies, 1993, p. 124-141.

2 *Cf.* A. COMOLET, *L'évaluation et la comptabilisation du patrimoine naturel, définitions, méthodes et pratiques*, Paris, L'Harmattan, 1994.

3 Ces principes gouvernent les travaux du Conseil de l'Europe : *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières et Code de conduite européen des zones côtières* précité.

1°/ Normativité internationale « diluée » et développement durable

Le droit international de l'environnement n'est pas, *a priori*, un droit autonome. Les discussions doctrinales en la matière se rallient globalement à ce point[1]. Le droit international de la gestion intégrée des zones côtières s'inscrit dans une orientation du droit qui postule une « conception universelle »[2]. Car la dégradation de ces zones constitue un *fait juridique international*, au sens de « faits considérés par les normes juridiques internationales pour y attacher la naissance ou l'extinction de droits et de devoirs déterminés des sujets »[3]. Ce droit emprunte les traits caractéristiques du droit international classique, « malade de ses normes », marqué par une « normativité graduée », « diluée »[4]. Il y a là nécessité qui fait loi. Le droit international de l'environnement se construit sur la base de concepts issus de principes originellement programmatoires et prospectifs, et qui se consolident par la mutation en normes positives[5]. La gestion internationale des littoraux relève de cette première dimension, en attente d'une consécration conventionnelle. La force de ces enjeux, la puissance de ces effets disent son intérêt éminent[6].

En effet, la gestion intégrée des zones côtières participe d'un droit de vivre dans un environnement sain, ce qui signifie l'exigence d'un développement durable du littoral[7]. Il s'agit d'un partenariat mondial conçu comme une base consensuelle et équitable du développement durable de la terre[8]. Le droit français en donne une

1 Ainsi du droit de la mer : « L'apparition du droit de la mer répond au besoin de règles propres, résultant de la spécificité du milieu, mais la mer n'échappe pas pour autant à l'application de l'ensemble des règles du droit international » L. LUCCHINI et M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, Paris, Pedone, tome 1, p. V. Sur le droit de l'environnement, P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, Manchester University Press, 1995, p. 32. M. BOTHE, Réflexions critiques sur le droit international de l'environnement, *Environmental Policy and law*, vol. 17, n° 3-4, 1987, p. 123-127.

2 C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, tome I, Sirey, 1970, p. 14.

3 D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 1999, p. 335.

4 P. WEIL, Vers une normativité relative en droit international, *RGDIP*, 1982, p. 6-47. (Troublant à juste titre le juriste « par une évolution qui tout à la fois gradue la normativité en plus ou en moins et en diffuse l'extension spatiale au-delà de toute limite discernable », p. 44).

5 NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1221. Et J. PIETTE, Evolution institutionnelle et modes d'intervention du droit international de l'environnement et du développement, *RJE*, n° 1, 1993, p. 6 et s. Y. OTANI, Un essai sur le caractère juridique des normes internationales, notamment dans le domaine du droit de humanitaire et du droit de l'environnement terrestre, *in Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ?*, Etudes en hommage à Alexandre KISS, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 50 et s.

6 A. KISS. Les conventions internationales concernant les côtes applicables à la mer Adriatique et autres exemples : vers une convention internationale des espaces côtiers ?, in *La protection des espaces côtiers de la mer Adriatique*, Colloque de Tirana (1994), Conseil de l'Europe, 1995, Série Rencontres environnement, n° 23. M. DEJEANT-PONS, La politique européenne en faveur de la protection des mers et des côtes, Collège d'Europe, Bruges, 1990.

7 E. ROBERT, L'articulation de l'environnement et du développement. La résolution de l'Institut de Droit International sur l'environnement, *Revue Belge de droit international*, n° 2, 1997, notamment p. 523-527.

8 En application du principe combiné selon lequel, d'une part, les êtres humains sont au centre du développement durable (principe 1 de la Déclaration de Rio), et, d'autre part, la protection de l'environnement doit être intégrée au processus de développement (principe 4 de la même déclaration).

définition significative. L'article L. 110-1-II du Code de l'environnement dispose que le développement durable vise à satisfaire «les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs». L'expression, apparue dans la terminologie de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (la commission Brundtland : *sustainable development*[1]), convoque les théories économiques[2]. Celles-ci doivent permettre la conservation des ressources vivantes, la préservation de la diversité génétique et le maintien des équilibres écologiques essentiels. Fondement du droit international de l'environnement[3], le développement durable, combiné au principe de précaution (évoqué d'ailleurs à l'article 11 du *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières* du Conseil de l'Europe), tend à devenir un principe majeur de l'aménagement de l'espace[4], et, en cela, concerne particulièrement le littoral[5] : « La finalité économique de la protection écologique, qui semble devoir prévaloir en tout cas jusqu'à 200 milles marins des côtes, est le meilleur gage de réussite pour la protection à venir »[6]. Le concept de développement durable traduit au mieux la nécessité de concilier développement économique et préservation de l'environnement[7].

2°/ Une politique intégrée définie par le droit international

Le droit de la gestion intégrée des zones côtières s'entend, selon l'Agenda 21, comme la coordination des activités liées à la zone, en particulier par la *planification* locale et nationale : définir les modalités de consultation et de participation, ainsi que les politiques d'utilisation des terres et de l'eau ; adapter les niveaux de compétences administratives ; établir des zonages indiquant les risques de conflits d'usage, les fragilités de milieux vis-à-vis des implantations ; lutter contre les

1 Rapport de la Commission Brundland *Our common future*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

2 O. GODARD, Le développement durable, in *L'économie face à l'écologie*, Commissariat général du plan, Paris, La Découverte-La Documentation française, 1993, p. 132-143. W. LANG, *Sustainable dévelopment and International law*, Graham et Trotman, 1995. *Droit de l'environnement et développement durable*, M. PRIEUR (dir.), Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 1994.

3 A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989. A. KISS and D. SHELTON, *International Environnemental Law*, Graham and Trotman, 1991 P. W. BIRNIE and A. E. BOYLE, *International Law and the Environment*, Clarendon Press, Oxford, 1993 L. LUCCHINI, *Sources du droit international*, *JCE*, fasc. 110.

4 Voir une application intéressante par la Cour internationale de justice à propos d'un barrage prévu sur le Danube, S. MALJEAN-DUBOIS, L'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 25 septembre 1997 sur l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagynaros (Hongrie c/Slovaquie), *AFDI*, 1997, p. 286-332. J. SOHNLE, Irruption du droit international de l'environnement dans la jurisprudence de la Cour de justice : l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagynaros, *RGDIP*, 1998, p. 85-121.

5 Sur cette combinaison, Eric NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Vubpress et Bruylant, 1999, p. 531-575. Sur la valeur juridique de ces principes, P.M. DUPUY, Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ?, *RGDIP*, 1997, n° 4, p. 872-901.

6 R.J. DUPUY et D. VIGNES, *Traité du nouveau droit de la mer*, Paris, Economica, 1985, p. 1013.

7 J.A. PASTOR RIDRUEJO, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public*, Recueil de cours, Académie de droit international de La Haye, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 291.

risques majeurs (érosion, élévation du niveau de la mer due aux « effets probables » des changements climatiques) ; fixer des plans de sauvetage d'urgence en cas de catastrophes naturelles ou technologiques (notamment les pollutions marines dues aux hydrocarbures) ; améliorer les infrastructures des établissements humains et différencier les activités dans le respect d'un développement durable (agriculture, tourisme, pêche, activités portuaires et industrielles) ; protéger (et connaître) les éléments naturels, les ressources côtières et les paysages, la diversité biologique (création d'aires protégées, recherches scientifiques) en appliquant les principes du droit de l'environnement (principe d'action préventive, de précaution, de correction des pollutions à la source, d'évaluation préalable de l'impact des activités et suivi) ; promouvoir l'éducation, la sensibilisation et l'éducation du public. La définition retenue par le Conseil de l'Europe dans son *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières* recouvre les mêmes principes : « On entend par gestion intégrée l'aménagement et l'utilisation durable des zones côtières prenant en considération le développement économique et social lié à la présence de la mer, tout en sauvegardant pour les générations futures, les équilibres biologiques et écologiques fragiles de la zone côtière et les paysages » (article 2 alinéa 1).

L'accent est mis sur la nécessité d'améliorer la connaissance scientifique par la mise en œuvre de collectes, d'analyses, d'évaluation et d'utilisation « d'informations pour l'utilisation durable des ressources, s'agissant notamment de l'impact sur l'environnement d'activités affectant les zones côtières et marines » (17.8). L'information est subordonnée au principe de gestion pour maîtriser au mieux les modifications profondes de ces zones, en particulier en créant des bases de données, en définissant des indicateurs socio-économiques et écologiques, en construisant des modèles d'évaluation et de suivi, en échangeant des informations, dans un esprit de développement durable des zones côtières. Mais la gestion intégrée suppose, si l'on considère l'interdépendance des parties au tout, une coopération et une coordination régionales et internationales. Elles doivent permettre de fédérer les moyens scientifiques et techniques (mécanismes d'observations, de recherches et de gestion de l'information), en privilégiant la promotion de méthodes écologiquement durables (notamment en aidant les pays en développement). La coopération concerne les Etats mais aussi les organisations internationales (à vocation universelle ou régionale), en particulier si l'on considère les estimations de coût : environ 6 milliards de dollars par an sur la période 1993-2000. Dans ce sens, le programme d'action recommande de renforcer les capacités de chaque Etat en la matière en définissant des principes de coopération, en intégrant la formation à la gestion intégrée au titre de l'éducation, en encourageant les expériences pilotes, en procédant à des consultations d'experts, etc.

La gestion intégrée des zones côtières doit être complétée par une stratégie globale d'actions centrées sur le développement durable de la mer : plan de protection du milieu marin (17.18 à 17.43), utilisation durable et conservation des ressources biologiques marines en haute mer (17.44 à 17.68), réponse aux incertitudes critiques relatives à la gestion du milieu marin et au changement climatique (17.96 à 17.114), renforcement de la coopération et de la coordination

internationales et régionales (17.115 à 17.122). Surtout, elle doit être confortée par un plan d'action relatif à l'utilisation durable et la conservation des ressources biologiques marines relevant de la juridiction nationale (17.69 à 17.95). Autrement dit, elle met en jeu les activités de pêcherie et la zone la plus riche en ressources dénommée par le droit international zone économique exclusive (ZEE). Etant donné la croissance des rendements, le fait qu'une grande partie du tonnage de poissons et crustacés provient de cette zone sous juridiction nationale, un plan d'action est prescrit afin d'assurer la gestion durable des ressources. Les principes d'action concernent l'identification et l'évaluation des stocks, leur utilisation rationnellement écologique[1], l'amélioration des conditions de prélèvement et la formation des acteurs (sensibilisation en particulier sur les espèces sous-utilisées ou les liens entre les diverses espèces), la préservation des écosystèmes littoraux, récifs coralliens, mangroves, verdières et estuaires. Une telle richesse écologique est d'ailleurs soulignée quant aux milieux insulaires : la zone côtière recèle les ressources naturelles parfois exclusives de petits Etats insulaires. Elle contient « des habitats productifs d'une grande diversité, importants pour les établissements humains, le développement et la subsistance des populations locales » (17.3). Une politique spécifique doit répondre à ces enjeux.

II/ LA POLITIQUE DE GESTION INTEGREE DE LA ZONE COTIERE EN MILIEU INSULAIRE

L'adaptabilité du droit est un signe des temps modernes[2]. Que le droit envisage le cas des milieux insulaires en est l'application bien comprise (A), fixant ainsi un cadre global d'action aux Etats insulaires et à La Réunion (département d'outre-mer français) de la zone Sud-Ouest de l'Océan Indien (B).

A/ L'adaptation du droit aux spécificités insulaires

L'adaptation du droit procède de la nécessité que s'applique à une situation particulière une règle propre. Elle résulte de l'ajustement d'outils juridiques issus de l'ordre interne (1) et de la considération internationale des petits Etats insulaires (2).

1°/ Eléments de la gestion intégrée du littoral dans l'ordre interne

En droit interne français, la loi du 3 janvier 1986 (précitée) invente la notion de commune littorale. D'après son article 2, elle recouvre les communes riveraines des mers et océans, des étangs salés, des plans d'eau intérieurs d'une superficie supérieure à 1000 ha, ainsi que les communes riveraines des estuaires et des deltas lorsqu'elles sont situées en aval de la salure des eaux et participent aux équilibres

1 « Maintenir ou reconstituer les populations d'espèces marines aux niveaux susceptibles d'assurer le rendement durable maximal compatible avec les facteurs écologiques et économiques pertinents, compte tenu des liens qui existent entre les espèces » (17.74 c).

2 J. CHEVALIER, Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique, *RDP*, n° 3, 1988, p. 681.

économiques et écologiques littoraux[1]. Par l'article L. 156-1 du Code l'urbanisme, les dispositions particulières au littoral (chapitre VI du titre IV du livre I) sont applicables aux communes littorales d'outre-mer. Dans les espaces proches du rivage, l'extension de l'urbanisation est permise exclusivement dans les secteurs déjà occupés par une urbanisation diffuse. Si aucune règle d'inconstructibilité n'est édictée, l'autorisation des opérations d'aménagement s'effectue sur le fondement du schéma de mise en valeur de la mer[2].

Le schéma de mise en valeur de la mer (SMVM) est l'instrument de planification spécifique au littoral (article 57 de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, modifié par l'article 18 de la loi littoral du 3 janvier 1986[3]). Dans les départements d'outre-mer, le système juridique se présente de manière incidente. L'aménagement du littoral, la fixation de ses orientations fondamentales en matière de développement comme de mise en valeur du territoire ou encore de protection de l'environnement, est réalisé par le Schéma d'Aménagement Régional (SAR). En effet, celui-ci vaut schéma de mise en valeur de la mer, plus précisément en son chapitre individualisé (*a contrario*, en métropole, le schéma de mise en valeur de la mer est un document autonome élaboré sous l'autorité du préfet et approuvé par décret en Conseil d'Etat). Ainsi le SAR a-t-il pour vocation de planifier les perspectives de développement d'un territoire régional en conciliant, par principe d'équilibre, l'aménagement et la protection des éléments constitutifs de cet espace. Le schéma de mise en valeur de la mer, incorporé au SAR, définit des zones au sein de la frange littorale et leur attribue une vocation générale ou spécifique (activités portuaires, halieutiques, de loisirs, d'extraction de matériaux, etc.). Dès le début des années soixante-dix, et face à la pression subie par le littoral et due aux usages concurrents qui s'intensifiaient dans cet espace, les pouvoirs publics ont pris conscience de la nécessité d'établir un document fixant les grandes orientations de l'utilisation du domaine public maritime (conciliation développement-aménagement après expertise scientifique des sites, et fixation par la consultation des acteurs principaux de la mer des vocations par zones, puis enfin approbation par le préfet de région). Nés sous l'appellation de schémas d'aptitude et d'utilisation de la mer, ils constituaient le pendant maritime des schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme terrestres[4].

Dénommés alors schémas de mise en valeur de la mer, ces documents essentiels s'appliquent à une partie du territoire constituant une unité géographique et maritime, et présentant des intérêts liés, concurrents ou complémentaires, au

1 Liste fixée par décret en Conseil d'Etat après consultation des conseils municipaux intéressés, non encore intervenu (*Cf.* E. LE CORNEC, Loi-littoral, *JCE*, fasc. 510-11).

2 En Polynésie, il s'agit du Plan de gestion des espaces maritimes. Le SMVM n'est pas applicable à Mayotte, Wallis et Futuna et en Nouvelle-Calédonie.

3 Et décret n° 86-1252 du 5 décembre 1986, *J.O.* du 9 décembre 1986, précisant le contenu et les modalités d'élaborations du schéma de mise en valeur de la mer.

4 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, *op. cit*., p. 386.

regard de la protection, de l'exploitation et de l'aménagement du littoral. Ils fixent les orientations fondamentales des activités dans les zones côtières, en particulier la vocation générale des différentes zones et notamment les zones affectées au développement industriel et portuaire, aux cultures marines et aux activités de loisirs. Ils définissent les mesures de protection du milieu marin et littoral, en conciliant le développement économique de la zone et la préservation de l'écosystème : « Ils déterminent également les vocations des différents secteurs de l'espace maritime et les principes de compatibilité applicables aux usages correspondants, ainsi que les conséquences qui en résultent pour l'utilisation des divers secteurs de l'espace terrestre qui sont liés à l'espace maritime. Ils peuvent, en particulier, édicter des sujétions particulières intéressant les espaces maritimes, fluvial ou terrestre attenant, nécessaires à la préservation du milieu marin et littoral » (article 57 alinéa 3 de la loi du 3 janvier 1983 précitée). Dans cette virtualité conciliatrice réside l'intérêt majeur de cet instrument de planification dont les effets juridiques sont importants, étant assimilé aux directives territoriales d'aménagement en vertu de l'article 4 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement[1]. Tout est affaire de hiérarchie des normes. Le schéma de mise en valeur de la mer s'impose aux documents d'urbanisme selon un rapport de compatibilité. Les schémas directeurs comme les plans d'occupation des sols doivent comporter des dispositions n'entrant pas en contrariété avec les orientations du SMVM.

A La Réunion, le schéma de mise en valeur de la mer est, à ce titre, très significatif. En date du 6 novembre 1995 (décret n° 95-1169 du 6 novembre 1995)[2], il définit un seuil d'acceptabilité d'urbanisation du littoral en déterminant les vocations de chaque zone. Cette délimitation, suivie de l'affectation correspondante, doit permettre ainsi que soit appliqué le principe d'équilibre entre l'aménagement et la protection du littoral. Il établit une synthèse de l'état initial des sites littoraux et marins d'un point de vue environnemental (qualité des eaux, état des récifs coralliens) et paysager (description des côtes selon leur nature), ainsi que des activités humaines qui s'y exercent (pêche et aquaculture, activités portuaires, tourisme, etc.). Il établit des perspectives d'évolution concernant ces espaces afin de définir les orientations adéquates relativement à la protection et la mise en valeur du littoral. En ce sens, il indique les conditions dans lesquelles sont respectées les prescriptions d'aménagement et d'urbanisme (de l'article L. 111-1-1 du Code de l'urbanisme) dont procède la loi littoral du 3 janvier 1986. A ce titre, le périmètre du schéma de mise en valeur de la mer est déterminé en articulation avec les espaces proches du rivage. Il précise les orientations fondamentales en matière de protection (préservation des espaces naturels remarquables au titre de l'article L. 146-6 du Code de l'urbanisme, identification des coupures d'urbanisation et protection forte des espaces littoraux fragiles et menacés), de développement (densification des bourgs existants et limitation des extensions urbaines, principe de liaisons routières à

1 *J.O.* 1er février 1995.

2 *J.O.* 8 novembre 1995 (décret approuvant le schéma d'aménagement régional de La Réunion).

mi-pente, délimitation des espaces privilégiés pour l'aménagement et les équipements liés à la mer au nombre de 16 et dans lesquelles les documents d'urbanisme doivent organiser l'urbanisation selon une conception d'ensemble assurant la cohérence de leur aménagement). Ces éléments juridiques d'ordre interne sont à situer dans un contexte plus large, celui du développement durable des petits Etats insulaires.

2°/ Le développement durable des petits Etats insulaires

La situation internationale des littoraux des petits Etats insulaires est critique[1]. Elle s'explique par une approche classique du droit international qui, en matière d'environnement, a éludé les réalités géopolitiques. Ainsi lors de la 3° Conférence sur le droit de la mer a-t-il pu être regretté « l'absence de regroupements fondés sur la riveraineté sur un même espace océanique »[2]. Le monde change. Le droit international évolue, la communauté internationale cherche « moins à créer de nouvelles normes qu'à trouver et faire jouer des procédures favorisant et contrôlant l'application des règles existantes »[3]. A cet effet, l'Agenda 21 envisage ce qu'il nomme le « développement durable des petits Etats insulaires », plus globalement toute île détenant une part élevée de la diversité biologique mondiale et qui, du point de vue de l'environnement comme du développement, sont fragiles et vulnérables du fait de leurs spécificités géophysiques (17.123 à 17.136). Concentrés sur un territoire restreint, menacés par le réchauffement global de la biosphère (risque d'élévation du niveau de la mer), soumis aux phénomènes cycloniques, ces milieux insulaires tropicaux sont concernés vivement par la gestion intégrée des zones côtières. Et les objectifs sont clairs : déterminer, avec le concours de la communauté internationale, des programmes destinés à faciliter le développement durable et l'utilisation de leurs ressources marines et côtières (préservation de la diversité biologique et satisfaction des besoins des populations). Les moyens à mettre en œuvre réitèrent les principes généraux de la gestion intégrée des zones côtières en les confortant d'un point de vue de l'aide et de la coopération internationales et régionales, de l'amélioration des connaissances scientifiques des écosystèmes insulaires (déterminer des « profils écologiques »), de la détermination de plans de développement durable sectoriels et globaux en tenant compte des valeurs traditionnelles et culturelles des populations autochtones, de la promotion d'écotechnologies permettant d'assurer la préservation des écosystèmes insulaires. Les premières expériences s'avèrent riches d'enseignements, et participent à l'affinement du droit international de la gestion intégrée des zones côtières[4].

---

1 P. SANDS, *Principles of International Environmental Law, op. cit*., p. 291 : un groupe d'experts des aspects scientifiques de l'environnement marin (GESAMP) a ainsi établi que « if unchecked, these trends will lead to global deterioration *in* the quality and productivity of the marine environment ».

2 R. RANJEVA, L'Océan Indien et le nouveau droit de la mer, *RGDIP*, 1980, p. 298.

3 A. KISS et M. DEJEANT-PONS, L'action des organisations internationales dans le domaine de la protection de l'environnement, *in Manuel sur les organisations internationales*, R.J. DUPUY, L'Académie de droit international de La Haye, 2ème édition, 1998, p. 830.

4 B. CICIN-SAIN et R. KNECHT, *Integrated Coastal and Océan Management Concepts and Practice*, Island Press, 1998.

Ainsi en est-il de la zone du Sud-Ouest de l'Océan Indien. En effet, en l'absence d'une telle politique d'effets correcteurs intégrés, cohérents, adaptés à la fragilité des écosystèmes aquatiques, le déséquilibre des milieux, leur altération tend à s'aggraver. L'extension des zones d'habitat, le mitage (altération des paysages, réduction des zones agricoles, absence de maîtrise des effluents d'où une pollution diffuse des eaux et des captages non protégés) font du littoral une zone à très hauts risques. Dans cette zone, les littoraux sont ainsi des lieux convergents des conflits d'usage des sols, du développement économique et touristique, de l'extraction de matériau et du risque de pollution des aquifères stratégiques. Cette politique de gestion intégrée doit concourir à la définition de seuil de capacité d'accueil, à maîtriser les flux (pressions urbaines et touristiques) et les pollutions (sol, air, déchet), soit à opérer des arbitrages dans les conflits d'usage aux fins d'assurer la pérennisation de l'écosystème littoral et de la ressource aquatique. Il s'agit de déterminer une approche globale du développement durable pour les espaces urbains et du maintien des espaces naturels du littoral avec les modalités de gestion adaptées à chaque secteur. S'agissant des lagons, milieu récepteur du développement des activités humaines côté terre, la préservation de leur richesse spécifique est une exigence patrimoniale pour les générations futures. Le droit de la gestion intégrée des zones côtières a vocation à permettre le développement équilibré des littoraux en conciliant l'aménagement et la protection sur le fondement participatif de tous les acteurs. Les mécanismes prioritaires concernent la préservation des milieux et des ressources aquatiques (notion de débits réservés et affectés, développement d'un réseau écologique de protection des espaces les plus menacés), la fixation de seuils de capacité d'accueil des sites (fondé sur les risques de pollution ou de salinisation des nappes), et la conception de réseaux interconnectés de gestion de l'approvisionnement en eau et du traitement des eaux usées.

B/ La coopération régionale dans la zone Sud-Ouest de l'Océan Indien

La considération de l'Océan Indien sur le plan du droit international demeure à l'état d'esquisse[1]. Emergente, la coopération régionale dans la zone Sud-Ouest de l'Océan Indien s'exprime par l'élaboration d'instruments juridiques de coopération régionale (1) qu'il est nécessaire d'articuler entre eux dans un souci de cohérence et d'efficacité (2).

1°/ La formalisation de la coopération régionale

Les motivations objectives sont réunies pour établir une politique concertée et pertinente de sauvegarde des zones côtières régionales. La protection des récifs en est l'argument le plus significatif. La France est particulièrement impliquée puisque l'outre-mer compte globalement environ 55 000 km carré de récifs (10% de la surface mondiale de récifs), dans trois océans (Pacifique : Nouvelle-Calédonie, Polynésie Française, Wallis, Futuna et Clipperton ; Caraïbes : Martinique, Guadeloupe et îles rattachées, Saint Barthélémy, Saint Martin, Marie-Galante, les

1 R. RANJEVA, L'Océan Indien et le nouveau droit de la mer, op. cit., p. 298-309.

Saintes, la Désirade ; et Indien : Réunion, Mayotte et les îles Eparses de Tromelin, Juan de Nova, les Glorieuses, Europa, Bassas da India). D'où la participation active, outre la création en 2000 d'un Comité de l'initiative française pour les récifs coralliens (IFRECOR), au réseau mondial de surveillance des récifs coralliens (*Global Coral Reef Monitoring Network, GCRMN*). Il comprend six régions d'étude dont celle des îles de l'ouest de l'Océan Indien et des Etats africains de l'est. Ce réseau mondial, actif depuis 1996, est issu de l'Initiative internationale en faveur des récifs coralliens et écosystèmes associés (Australie, France, Jamaïque, Japon, Philippines, Royaume-Uni, Suède, Etats-Unis d'Amérique). Il est mis en œuvre sous l'égide de la Commission océanographique intergouvernementale de l'UNESCO (et du Programme des Nations Unies pour l'Environnement, PNUE, et de l'Union internationale pour la conservation de la nature, UICN).

L'effort de coopération régionale s'étend à toute la zone Sud-Ouest de l'Océan Indien. Il se traduit par le programme CORDIO (*Coral Reef Degradation in the Indian Ocean*), qui étudie la mortalité des coraux constatée notamment pendant l'année 1998[1]. Il concerne le Kenya, la Tanzanie, le Mozambique, Madagascar, les Seychelles, La Réunion, les Comores, Maurice, les Maldives, l'Inde et le Sri Lanka. Un tel programme sectoriel participe pleinement de la gestion intégrée des zones côtières de la zone et doit fonder en la matière une politique régionale de préservation des récifs coralliens et écosystèmes associés, noyau dur de la gestion intégrée des zones côtières et des bassins-versants. Car la coopération régionale s'avère globalement inévitable. Depuis 1994, la Commission de l'Océan Indien (COI), organisation de coopération régionale complète l'amorce opérée par la Résolution d'Arusha (1993) et la Déclaration des Seychelles (1996) instaurant un secrétariat pour la gestion de la zone côtière dans la région de l'Afrique de l'Est, le SEACAM (*Secretariat for Eastern Africa Coastal Area Management*) (1997). En l'occurrence le Programme Régional Environnement (PRE-COI/UE), financé par l'Union européenne (Fonds Européen de Développement), et destiné à assurer le développement durable de gestion intégrée des zones côtières dans le Sud-Ouest de l'Océan Indien. Il se veut un outil complémentaire au *Programme régional de développement du tourisme* (février 1992), devant contribuer, sur chaque île membre de l'organisation régionale, à instaurer les « conditions nécessaires d'une gestion intégrée de la zone côtière qui soit doublement durable, c'est-à-dire soutenable du point de vue écologique et socio-économique, et techniquement pérennisable par sollicitation et structuration des compétences locales et nationales ». Ainsi selon la définition retenue par le *Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection*, la gestion intégrée consiste-t-elle, en l'espèce, en un « processus continu et dynamique, rapprochant les intérêts du gouvernement et des

1 *Coral bleaching and mortality* : *Assessment of the extent of damage, socio-economic effects, mitigation and recovery*. Il regroupe divers experts et plans : *Global Coral Reef Monitoring Network, Indian Ocean Commission, International Coral Reef Initiative, Marine and Coastal Programmes (IUCN), Frontier projects (Tanzania and Mozambique), Swedish International Development Cooperation Agency/SAREC East Africa Marine Sciences Program, UNEP Regional Seas Programmes, and multiple World Bank/GEF and WWF coral reef projects*.

communautés, de la science et de la gestion, des acteurs économiques et du public, par l'élaboration et la mise en œuvre de plans de gestion intégrée pour la protection et le développement des ressources et des éco-socio-systèmes côtiers ».

2°/ La nécessaire articulation des politiques publiques régionales

La France participe effectivement à ce programme depuis 1997, en particulier en assurant le secrétariat du Bureau de la Convention de Nairobi relative à la protection, la gestion et le développement de l'environnement marin et côtier dans la région de l'Afrique de l'Est (1985, entrée en vigueur le 30 mai 1996[1]). Une étude des instruments de planification mis en œuvre par La Réunion et participant de cette approche intégrée[2], ainsi que des expériences pilotes comme le Parc Marin de La Réunion[3], précèdent l'établissement d'un Plan national de gestion durable et intégrée des zones côtières.

Les actes pluridisciplinaires du colloque *« Gestion Intégrée et développement durable des Zones Côtières »* de Saint-Leu (14-18 juin 1999) rendent compte de cette préoccupation majeure[4].

Ce plan national devrait définir les éléments constitutifs d'une politique intégrée de la gestion de la zone côtière : évaluation des usages des ressources naturelles, architecture des processus de décision, articulation des stratégies nationales et internationales. Il s'intègre, à La Réunion, au sein du droit du littoral constitué par une police administrative spéciale (loi littoral du 6 janvier 1986). Il met en œuvre des politiques complémentaires (technique administrative décentralisée, modalités d'insertion professionnelle, structures adaptées de gestion), ainsi que des programmes opérationnels (système d'information et d'aide à la décision, recherche et surveillance scientifique, planification adéquate en particulier par l'adoption de plans d'aménagement locaux intégrés ou des plans de gestion intégrée des ressources).

Il doit s'articuler avec un Plan Régional de Développement Durable des zones côtières fondé sur les rapports préalables des Etats membres de la Commission de l'Océan Indien (1997) lesquels identifient les causes de dégradation de ces zones et proposent des remèdes. Ce plan en cours d'élaboration met en application les principes généraux en la matière (développement durable et écotechnologies, action préventive, principe de précaution, principe du pollueur-payeur, démocratie participative).

---

1 La convention, ni ses protocoles additionnels, n'envisagent de manière centrale la notion de gestion intégrée des zones côtières. Il s'agit d'un instrument international de protection du milieu marin et de lutte contre les pollutions marines.

2 E. DUTRIEUX et *alii*, *Gestion intégrée du littoral de l'île de La Réunion. Document méthodologique préparatoire à la mise en place d'une planification environnementale*, Saint-Denis, DIREN, 1995.

3 Créé sous la forme associative (19 juillet 1997), le parc a pour mission de contribuer à la gestion des milieux littoraux, à l'éducation et à la sensibilisation du public, à l'expertise scientifique et juridique.

4 *Actes du Colloque de Saint-Leu « Gestion intégrée et développement durable des zones côtières »*, Saint-Denis, Cellule Locale pour l'Environnement, juin 1999. (Colloque relayé par celui de Boulogne-sur-Mer du 11 au 13 mai 2000 *Aménagement et gestion intégrée des zones côtières : aspects juridiques*).

Ultime considération, mais non des moindres. L'articulation des politiques publiques régionales implique de prendre en compte la souveraineté des Etats concernés. Une gestion rationnelle et efficace des littoraux du Sud-Ouest de l'Océan Indien nécessite que soit valorisée la prééminence de l'Etat côtier sur son littoral, plus précisément la mer territoriale. Car elle constitue la zone de référence « celle autour de laquelle tout s'ordonne »[1]. La politique nationale doit s'efforcer alors de définir une approche consensuelle favorisant la coopération internationale (article 17 du *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières* du Conseil de l'Europe). Il s'agit donc d'un processus fragmenté de prise en compte des littoraux pour atteindre à des finalités plus globales et permanentes de développement durable de l'environnement.

En somme, la zone du Sud-Ouest de l'Océan Indien fait figure de modèle de la reconsidération de l'interface terre-mer par un effort de définition d'une politique régionale de gestion intégrée, méthodologique, contingente et évolutive.

La gestion intégrée des zones côtières, si elle est fondée sur une normativité internationale diluée, n'en demeure pas moins essentielle comme une cristallisation juridique de l'utopie suscitée par l'impuissance face aux faits[2]. Là se réduit la distance entre *lex lata* et *lex ferenda*.

1 J. P. PANCRACIO, *Droit international des espaces*, Paris, A. Colin, 1997, p. 77. Idée constante du droit international : A. DE LA PRADELLE, Le droit de l'Etat sur la mer territoriale, *RGDIP*, 1898, p. 264-284 et 309-347. Ainsi la zone côtière doit-elle être définie au niveau national (article 1 alinéa 3 du *Modèle de loi sur la gestion durable des zones côtières*, Conseil de l'Europe).

2 A. LEJBOWICZ, *Philosophie du droit. L'impossible capture de l'humanité*, Paris, PUF, 1999, p. 283.

LES DROITS DES DETENUS DANS LES ILES DE L'OUEST DE L'OCEAN INDIEN

La Réunion – Les Comores – Les Seychelles -Madagascar – Maurice – Mayotte

Par Agnès OLIVE
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1ère partie (Titre 1)

Au Père Angelo BUCCARELLO
(Aumônerie Catholique des Prisons, Madagascar)

« La liberté c'est toute l'existence,
Mais les humains ont crée les prisons,
les règlements, les lois, les convenances
Et les travaux, les bureaux, les maisons. »

René Clair

Les prisonniers sont rarement rattachés aux îles auxquelles on préfère plutôt associer des idées de parfums, d'épices, de poètes, de lémuriens, de dodos, ou de tortues[1]. Pourtant l'insularité et la relégation ont connu des destins étroitement liés et pour cause. Des galères en passant par les bagnes[2], on arrive très vite aux premiers pénitenciers français d'outre-mer[3] : en Afrique du Nord avec l'Algérie, en Nouvelle-Calédonie, et en Guyane surtout, la population pénale sera dorénavant utilisée pour le « progrès » de la colonisation française. Assez vite la Guyane allait demeurer la seule terre de punition (les convois seront arrêtés en Algérie comme en Nouvelle-Calédonie très tôt) et toute une administration pénitentiaire venait se mettre en place. Un ensemble de règlements s'appliquait à toute une géographie îlienne du bagne relevant du type de condamnés à faire travailler, des tâches à accomplir, de la nécessaire surveillance et de certains impératifs locaux. Dans l'archipel des îles du Salut, l'île Royale recevait les condamnés soumis à haute surveillance, les héros des grands procès d'assises et les graciés de la peine de mort. L'île Saint-Joseph était le domaine de la réclusion pour les lourdement condamnés par le Tribunal maritime spécial, et l'île du Diable servit, quant à elle, de léproserie avant d'être désignée, par une loi du 9 février 1895, comme « lieu de déportation en enceinte fortifiée » et de recevoir son plus illustre occupant : le capitaine Alfred Dreyfus. Ce fut l'histoire d'un siècle de présence pénitentiaire en Guyane qui s'est organisé essentiellement autour des îles. Ici, à La Réunion, le « hasard » a fait que les premiers hommes qui ont habité cette terre, avaient débarqué sur l'île pour y être abandonnés en tant que prisonniers[4]. Les « îles prisons » ne manquent pas dans l'histoire des hommes, et encore aujourd'hui c'est toujours le cas par exemple de Nosy Lava à Madagascar en ce qui concerne notre région. Ainsi les îles de l'Ouest de l'Océan indien : La Réunion, Les Comores, Les Seychelles, Madagascar, Mayotte et Maurice ; îles paradisiaques pour touriste occidental en mal de farniente, ne sont pas peuplées seulement de cocotiers, de plages et de sables blancs, mais aussi de prisonniers et comme l'a dit Pierre Gringore, « il n'y a point de laides amours, ni de belles

1 Ainsi La Réunion est dite « l'île aux poètes », Mayotte « l'île aux parfums », Les Comores « l'île aux épices » ou les tortues des Seychelles, les lémuriens de Madagascar et les dodos de Maurice...

2 *Cf. Histoire des galères, bagnes et prisons*, Bibliothèque historique Privat, 1991.

3 Un décret du 27 mars 1852 a permis d'organiser les premiers convois vers la Guyane et c'est une loi du 30 mai 1854 qui a fondé les pénitenciers français d'outre-mer.

4 Voir par exemple *Histoire de La Réunion par la bande dessinée*, Ed. Jacaranda, 1994.

prisons », pas même aux Seychelles… Une étude concernant les droits des détenus dans ces différentes îles formant un ensemble pour le moins hétéroclite est malaisée. Parfois seul un rapprochement géographique ou bien historique permettrait d'unifier ce que tout actuellement tend à désunir quant aux données économiques, sociales ou culturelles, même si parfois ces pays font des tentatives de regroupement mais qui restent à l'état d'embryon... Depuis 1982, les pays du Sud-Ouest de l'Océan indien se sont réunis au sein de la Commission de l'Océan Indien (COI)[1] et actuellement il est question d'une autre entité, beaucoup plus large mais pas plus efficace, appelée « Ocean Indian Rim » (Anneau de l'Océan Indien ou Grand Océan Indien) qui regroupe plus d'une trentaine de pays. Ainsi malgré leur cohésion géographique, il est parfois difficile même de parler des îles de l'Ouest de l'Océan indien tant il y a de divergences entre ces pays qui ont suivi des modèles différents. Il y a les pays anciennement colonisés par la France : Madagascar et Les Comores, les pays anciennement colonisés par l'Angleterre : Les Seychelles et l'île Maurice (occupée aussi à une certaine époque par la France)[2], et puis il y a les pays qui sont restés français. Les pays indépendants, c'est-à-dire Madagascar, Maurice, Les Seychelles, et Les Comores ont accédé à leur indépendance dans les années 60 et 70[3]. La France est restée présente dans la zone par le biais de l'île de La Réunion et de Mayotte. La Réunion est un département français depuis le 19 mars 1946, alors que Mayotte est une collectivité territoriale d'outre-mer au sein de la République française depuis le 24 décembre 1976. Malgré la proximité géographique de tous ces pays, ils appliquent des régimes politiques différents, plus ou moins hérités des régimes colonisateurs français ou anglais à l'aube de l'indépendance et plus ou moins transformés par la suite[4]. Quelle est dans cet imbroglio juridico-politique la condition des personnes incarcérées au regard du droit international ? Existe-t-il un quelconque lien entre ces détenus dans l'Océan indien quand on sait que les détenus libérés à La Réunion se voient offrir par l'AREL[5] une forme de réinsertion à travers des programmes de mission humanitaire à Madagascar ? Selon une conception traditionnelle du statut juridique des détenus, ceux-ci sont en état de soumission vis à vis des autorités pénitentiaires. Ces dernières exercent une domination sur les détenus que l'on peut alors considérer comme « objets de droit ». Cette expression n'a rien de péjoratif, elle signifie que le détenu fait l'objet d'un régime pénitentiaire au sein duquel des mesures sont prises de façon discrétionnaire, soit dans l'application des fonctions modernes de resocialisation (enseignement, formation professionnelle, travail), soit dans la mise en œuvre des fonctions classiques de la

1 Frédérique Cadet : *La Commission de l'Océan Indien 12 ans après (1984-1996)*, mémoire pour le DEA de Relations économiques et juridiques internationales, Université de La Réunion, 1996.

2 L'île Maurice a été française de 1715 à 1806 et s'appelait alors « Ile de France ».

3 Dates de proclamation des indépendances : à Madagascar, le 26 juin 1960 ; à Maurice, le 12 mars 1968 ; aux Seychelles, le 29 juin 1976 et aux Comores, le 6 juillet 1975.

4 Eden Clermont Ratombozafy : *Les traités internationaux et les constitutions des pays du Sud-Ouest de l'Océan Indien : les cas de l'île Maurice et de Madagascar*, mémoire pour le DEA de Relations économiques et juridiques internationales, Université de La Réunion, 1996.

5 Association Réunionnaise d'Entraide aux Libérés.

peine (régime disciplinaire, mesures coercitives d'ordre et de sécurité). Dans l'optique traditionnelle, le détenu est exclusivement soumis au pouvoir pénitentiaire et il ne saurait être considéré comme « sujet de droit ». Dès lors, la correspondance, les visites, le mariage et autres, ne constituent pas des droits du détenu ; c'est l'administration pénitentiaire qui refuse ou accorde l'exercice de ces activités. Le fait que l'on parle aujourd'hui de « droits des détenus » relève donc que la conception de la peine privative de liberté a évolué. En effet, ce thème était encore inconcevable avant le second conflit mondial mais il semble que la barbarie perpétrée au cours de la deuxième guerre ne soit pas étrangère à l'émergence des droits des détenus en Europe. Dans les années qui suivirent, on assista dans le monde entier à une réorientation des politiques pénales vers une approche plus progressiste du problème de la délinquance. Avec l'éclosion du mouvement de la « Défense sociale nouvelle » le principe selon lequel la politique criminelle doit avoir pour objectif prioritaire la resocialisation est proclamé et il permet aux détenus de bénéficier d'un certain nombre de faveurs qui s'avèrent essentielles dans la genèse des droits des détenus. Parallèlement à ce nouvel élan, les droits de l'homme sont devenus l'une des exigences majeures du droit international et l'épanouissement des droits de l'homme doit être mis en relation avec l'apparition de la notion de droits des détenus. Ce sont en effet deux mouvements qui trouvent leurs sources dans le même événement et qui parfois se recoupent en ce sens que certains droits de l'homme sont susceptibles de constituer des droits du détenu. Et aujourd'hui certains auteurs ne parlent même plus de droits des détenus mais de « droits de l'homme en prison »[1]. Il convient cependant de souligner que si la libéralisation de la politique criminelle et le renforcement des droits de l'homme ont posé les premiers jalons du discours des droits des détenus, ils n'ont pas pour autant permis d'affirmer que les détenus étaient de véritables « sujets de droit ». En réalité, c'est la doctrine que l'on qualifie de « doctrine des droits du détenu » qui a exercé, à partir des années 1970, une influence importante sur les législateurs pour que le droit positif accorde des droits aux personnes incarcérées. Si l'on fait une synthèse de la littérature portant sur le thème des droits des détenus, on peut distinguer plusieurs conceptions ayant pour point commun de considérer les détenus comme « sujets de droit » et non comme simples « objets de droit ». La première conception est l'approche des droits de l'homme[2] : en se référant aux textes relatifs aux droits de l'homme et aux législations pénitentiaires orientées vers la resocialisation des condamnés, ses défenseurs développent l'idée selon laquelle les détenus sont titulaires des droits fondamentaux. Cette conception veut que le condamné en détention, non seulement cesse d'être un numéro anonyme soumis à une discipline discrétionnaire collective, mais se voit reconnaître des droits parce qu'il reste un homme sujet de droit. Il s'agit essentiellement du droit à la protection contre la torture et les traitements inhumains, du droit au respect de la vie privée et de la

1 Pierre Pédron : *La prison et les droits de l'homme*, LGDJ, 1995, p. 18.

2 M. Ancel : *La protection des droits de l'homme selon les doctrines de la défense sociale nouvelle*, Mélanges offerts à J. Graven, 1969, p. 8.

correspondance, du droit au mariage et du droit au travail. La seconde conception est dite « maximaliste » ; selon elle, les détenus conservent tous les droits qui appartiennent aux citoyens sauf celui de circuler librement. La formule consacrée est : « la prison ne doit être rien d'autre que la privation de liberté ». Enfin la troisième et dernière approche dite abolitionniste reconnaît les mêmes droits aux détenus que précédemment, c'est-à-dire tous les droits sauf celui d'aller et venir librement mais dans un objectif bien précis : celui de faire disparaître progressivement les prisons. Cette dernière théorie fait l'objet de vives critiques de la part d'autres auteurs qui nient l'existence des droits des détenus[1]. Quoiqu'il en soit, il est certain que la prison contemporaine a évolué du moins dans les pays occidentaux ou occidentalisés. Peut-on dire que cette évolution est allée au point de reconnaître aujourd'hui des droits aux détenus et si oui, quelle est l'importance de cette reconnaissance ? Et dans les autres pays économiquement faibles ou très faibles quelle peut être aujourd'hui la condition juridique d'un détenu ? Et quelle est sa condition matérielle ? C'est pour répondre à ces multiples questions que dans une première partie, selon une approche très théorique, nous tenterons de faire l'inventaire des outils juridiques internes et internationaux qui protègent les droits des détenus dans la région de l'Océan indien alors que dans une seconde partie, nous traiterons de manière plus pratique des conditions effectives de détention dans les pays visés de la zone. Il est vrai que le statut juridique contemporain des personnes incarcérées dans la zone de l'Océan indien apparaît comme un statut dualiste[2] : d'une part, le détenu apparaît en tant que sujet des droits de l'homme, d'autre part en tant qu'objet des droits pénitentiaires.

1 A. Sériaux : Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1979, p. 453.

2 *Cf.* Gilles Mathieu : *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la Communauté européenne*, thèse, Aix-en-Provence, 1993.

PREMIERE PARTIE : LE DETENU EN TANT QUE SUJET DES DROITS DE L'HOMME

Le Droit existe-t-il s'il ne réalise pas dans les faits les principes qu'il énonce ? Doit-on avoir une approche purement positiviste et matérielle du Droit ou existe-t-il une force naturelle qui permet de penser que le Droit existe en dehors son application, c'est-à-dire en dehors de l'Etat de droit, un « Droit des droits » en quelques sortes ? Dans ses *Cahiers*, Charles Péguy traitait sévèrement le Droit en le comparant à une règle de comptabilité sociale, établie surtout pour faciliter le calcul des sanctions : « Le Droit n'existe que trop, et la justice n'existe pas : il nous habille de garanties dans ses codes, comme il nous habille d'uniformes dans ses lois. Si le Droit existe, il n'est qu'une contrefaçon de la justice, il règne en maître sur les hommes, mais il bafoue l'humanité des pauvres et des démunis »[1]. Fautes de conditions matérielles permettant de les exercer, les droits ne sont rien d'autre que « les droits des membres de la société bourgeoise » écrivait Marx. Ce n'est pourtant pas l'avis de certains auteurs qui croient en ce « droit commun de l'humanité »[2], non que les droits de l'homme, ceux des déclarations 1789 et de 1948[3], soient devenus les droits de tous, mais qu'ils sont parvenus à maturité, qu'ils sont passés d'abstraits qu'ils étaient, à des droits opposables à l'Etat et au pouvoir politique en place ; ils sont devenus des droits concrets au fur et à mesure des conventions et pactes internationaux. Selon Mireille Delmas-Marty qui rêve elle aussi, comme le Doyen Carbonnier, d'un droit « sinueux, capricieux, incertain... dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard et souvent refusant le changement attendu... »[4], la loi n'a plus tous les droits car « nous savons désormais que le droit lui aussi est mortel »[5]. De la Convention européenne en 1950 au Tribunal de La Haye en 1993 en passant par les différents pactes onusiens, on aurait substitué à des « déclarations de principes, dont la portée est uniquement morale et philosophique, des principes de droit qui peuvent être invoqués devant une juridiction nationale ou internationale ». Avant d'être un moyen, Madame Delmas-Marty croit que le Droit doit être un idéal, une référence, une instance de régulation au service de la dignité humaine, et non un simple règlement de copropriété. Aujourd'hui le principe de dignité de la personne n'est plus une utopie et les citoyens peuvent désormais s'en recommander : « en attendant de pouvoir un jour saisir le Conseil constitutionnel, s'ils s'estiment mal logés, ils peuvent en référer à la Cour européenne des droits de l'homme s'ils sont

1 *Cf.* Charles Péguy cité par Mireille Delmas-Marty : *Vers un droit commun de l'humanité*, entretien avec Philippe Petit, Ed. Textuel, 1996.

2 *Op. cit*.

3 *Cf.* M. Gauchet : *La Révolution des droits de l'homme*, Ed. Gallimard, 1989.

4 *Cf.* Mireille Delmas-Marty : *Le flou du droit*, PUF, 1986. *Cf.* également Jean Carbonnier : *Flexible Droit*, LGDJ, 9ème éd. 1998.

5 *Cf.* Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac : *Libertés et droits fondamentaux*, Le Seuil, Paris, 1996.

victimes d'une violation »[1]. C'est donc, toujours selon l'auteur, la preuve que le Droit existe, et « il est urgent de le faire savoir à ceux qui désespèrent de ne pouvoir rénover la démocratie »[2]. En tous cas si un Droit commun de l'humanité existe, il existe pour les détenus, puisqu'en aucun cas l'humanité ne saurait s'arrêter en prison. Pendant longtemps le détenu était considéré seulement sous l'aspect d'un objet de droit tout entier assujetti au pouvoir pénitentiaire. Aujourd'hui il est aussi un sujet des droits de l'homme même si des impératifs d'ordre et de sécurité constituent parfois un obstacle important à une large reconnaissance de droits au profit des personnes incarcérées. Il existe cependant un « bloc irréductible de droits liés à la condition humaine » – ou à la personne humaine – qui forment un sous-ensemble dans l'ensemble des droits de l'homme et qui sont applicables aux détenus : ce sont les droits des détenus. Ces droits des détenus évoluent dans le temps et dans l'espace. Que l'on en ait une approche maximaliste selon laquelle les droits des détenus ce sont les droits de l'homme moins la liberté d'aller et de venir et les droits qui lui sont indissociables, ou bien que l'on en ait une approche minimaliste selon laquelle les droits des détenus sont uniquement les droits dits « intangibles », « indérogeables » ou encore « le noyau dur des droits de l'homme »[3], un principe est toujours posé : le détenu est d'abord un homme avant d'être un prisonnier, il est donc un sujet des droits de l'homme avant d'être un objet du droit pénitentiaire. S'il n'y a aucun doute dans la « pensée juridique » à affirmer que le détenu est un sujet des droits de l'homme, il existe beaucoup plus d'incertitudes et de questionnements quant à savoir si effectivement les personnes incarcérées sont au moins concernées – à défaut d'être protégées – par le droit international des droits de l'homme. Les détenus sont-ils des sujets privilégiés ou ignorés de la protection universelle et régionale des droits de l'homme ? C'est ce qu'il faudra tenter de comprendre à travers l'étude des différents modes de protection juridique des droits des détenus dans la zone de l'Océan indien ; zone carrefour où se rencontrent la protection universelle des droits de l'homme pour toutes les îles et les protections régionales, française et européenne pour La Réunion et Mayotte, africaine pour Maurice, Madagascar, Les Comores et Les Seychelles.

TITRE I. LA PROTECTION UNIVERSELLE DES DROITS DES DETENUS

La protection universelle des droits des détenus à travers celle des droits de l'homme s'est diversifiée depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Des organisations internationales institutionnalisées ainsi que non institutionnalisées se sont largement développées pour tisser un réseau de plus en plus dense de protection des droits de l'homme. De sorte que « le droit international des droits de l'homme est une réalité même si c'est un droit très primaire dont l'efficacité est encore à

1 *Op. cit.*

2 *Op. cit.*

3 F. Sudre : *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF,1997, p. 149, n° 117.

démontrer »[1]. Primaire, parce qu'il est difficile de parler de « protection » non juridictionnelle, en effet une protection qui n'est pas juridictionnelle risque d'être une absence de protection, une « non-protection ». Réalité, car s'il n'a pas atteint sa maturité, il n'est plus à l'état d'embryon, il est bien né. Il faut le prendre comme un enfant qui grandit et l'âge adulte pour le droit international des droits de l'homme sera peut-être un tribunal international des droits de l'homme. Pour l'instant donc cette protection non juridictionnelle repose sur deux sortes de garanties internationales : celles qui sont institutionnalisées et celles qui ne le sont pas. L'institutionnalisation a l'avantage de donner aux organismes en place des moyens d'action importants mais qui sont souvent ruinés par un attachement trop fort aux Etats, tandis que les organisations non institutionnalisées sont souvent largement autonomes par rapport aux Etats mais démunis de moyens d'action ou de pression sur ces derniers.

I/ LES GARANTIES INTERNATIONALES INSTITUTIONNALISEES : LE ROLE DE L'ONU

« Nous, peuples des Nations Unies... » : Si les premiers mots de la Charte des Nations Unies nous font croire entendre la parole des peuples, ce sont en réalité surtout les Etats qui y parlent. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, les rédacteurs de la Charte des Nations Unies furent exigeants autant qu'irréalistes : l'ONU, organisation internationale par excellence, devait, au nom de ses Etats membres, empêcher que le monde ne sombre dans un nouveau cataclysme mondial. Mais les belles phrases n'ont pas résisté au temps et à l'histoire, tragique, depuis l'effondrement du communisme et la guerre du Golfe, l'histoire de la Bosnie, de la Somalie, du Cambodge, du Rwanda, et d'autres histoires... Selon les conclusions de Pierre-Edouard Deldique « en réalité l'ONU n'existe pas. Les trois lettres de son sigle indiquent uniquement un idéal inaccessible que l'on rêve néanmoins d'atteindre. C'est un mythe des temps modernes. Le mythe des Nations Unies. »[2] Impuissance ou volonté politique ? La politique de l'ONU, organisation à la fois très sollicitée et très controversée, ne pourra pas être claire tant qu'elle ne sera que ce qu'elle est : le reflet des intérêts nationaux de ses Etats membres. Si l'ONU ne fonctionne pas, c'est parce que finalement les Etats qui la composent ne jouent pas vraiment le jeu, mais ils « font semblant » de le jouer. Sur le plan de la paix universelle, l'échec de l'ONU montre, en tous cas, que le concept dit de « sécurité collective » est peut-être vain. Du moins, il ne peut être imposé d'en haut par cinq Etats et leur Conseil. La sécurité collective doit au contraire partir de la base, au sein d'organisations internationales créées à l'échelle régionale. Les spécialistes des relations internationales ont d'ailleurs tendance aujourd'hui à parler de « sécurité coopérative » à la place de « sécurité collective », peut-être un nouvel espoir... Sur le plan de la paix individuelle, c'est-à-dire du rôle de l'ONU sur « les droits

1 Yves Madiot : *Droits de l'homme*, 2ème éd. Masson, 1991, p. 186.

2 *Cf.* P.- E. Deldique : *Le Mythe des Nations Unies, l'ONU après la guerre froide*, Hachette, 1994.

fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine », les résultats escomptés sont également très loin d'être atteints, mais contrairement à la paix et la sécurité internationales qui semblent attachées à l'ONU, la force des droits de l'homme, c'est, on ne sait par quel miracle, d'être sortis de la sphère de l'ONU de l'avoir largement dépassée. De sorte qu'actuellement les droits de l'homme c'est en partie l'ONU, mais c'est beaucoup plus que l'ONU. L'idée de la protection internationale des droits de l'homme par une organisation internationale est bonne bien que, tant que cette protection n'aura pas la force de s'imposer aux Etats membres pour y être exécutée, elle a toutes les chances de rester lettre morte. Or comme par hasard, les Etats marquent une incontestable préférence pour les garanties internationales institutionnalisées lorsqu'elles conservent un caractère non juridictionnel comme c'est le cas de la protection apportée par l'ONU. Les institutions non juridictionnelles disposent de compétences limitées, elles n'ont qu'une faible efficacité, ce qui permet aux Etats de se donner bonne conscience « à bas prix ». Ainsi en quoi l'ONU pourrait-elle intervenir dans la vie des détenus, dans la protection de leurs droits ? Si la protection onusienne n'est pas juridictionnelle, donc pas très efficace, il n'en reste pas moins qu'aux instruments juridiques relatifs aux droits des détenus sont apportés également des systèmes de protection juridique qui doivent être tout de même rappelés.

§ 1. Les instruments juridiques relatifs aux droits des détenus

Les instruments internationaux relatifs aux personnes incarcérées sont tous les textes onusiens, et ils sont de plus en plus nombreux, qui concernent les droits de l'homme en général, les droits des prisonniers plus spécialement, ou encore il peut s'agir de textes qui ne concernent les détenus que pour certaines mesures. Tous ces textes forment un genre de « bloc » des droits de l'homme, bloc de droits subjectifs auxquels le détenu peut prétendre avoir accès en tant que sujet de droit. Mais si ces instruments ont pour but de promouvoir la dignité de la personne humaine en prison, ils ne mettent pas en œuvre tous les moyens pour y parvenir. Ils n'ont pas de force obligatoire à l'égard des Etats signataires, ce ne sont pas des textes contraignants pour les Etats, ils témoignent éventuellement de leur part d'un engagement politique ou diplomatique mais qui n'est jamais susceptible de tomber sous « l'exécution de la chose jugée », faute de jugement.

A/ Les textes de base

Les Nations Unies, crées en 1945, ont concrétisé très vite leur attachement formel à la protection des droits de l'homme en adoptant, dès 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ce texte constitue avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la base juridique des droits « intangibles » des détenus, en les garantissant contre la pratique de la torture et de la détention arbitraire ou en affirmant le droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence.

1°/ La Déclaration universelle des droits de l'homme

Les travaux préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont démarré en février 1946, date du mandat initial de la Commission des droits de l'homme, pour aboutir à son adoption le 10 décembre 1948. Il aura fallu donc presque trois ans pour préparer ce texte, cet « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction »[1]. Tout est dit sur la Déclaration universelle des droits de l'homme dans le mot « idéal ». La Déclaration ne se veut pas être un « dénominateur commun minimal » mais un « idéal commun à atteindre »... Les principes essentiels sur lesquels repose la Déclaration peuvent être résumés comme suit. Les droits de l'homme ont pour fondement la « dignité inhérente » à toute personne humaine. Cette dignité et les droits à la liberté et à l'égalité qui en découlent sont inaliénables et imprescriptibles. Ils précédent tous les pouvoirs, dont celui de l'Etat, qui peut les réglementer mais non les abroger. La dignité de la personne humaine existe et doit être reconnue « sans distinction aucune ». Il s'ensuit que les droits de l'homme sont par essence universels, acquis dès la naissance par « tous les membres de la famille humaine » et quel que soit « le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante ». La « conscience » croissante qu'ont les hommes de leur égale dignité, qui est leur patrimoine commun, est de nature à promouvoir peu à peu dans leurs relations un « esprit de fraternité ». La Déclaration reconnaît la nécessité d'un « ordre » social, tant au plan interne qu'au niveau international, pour que les droits de l'homme « puissent y trouver plein effet ». L'individu a « des devoirs » envers la société « dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Ces devoirs imposent de respecter certaines limitations à l'exercice des droits de l'homme, mais à condition qu'elles soient « établies par la loi » et visent « exclusivement » à assurer la reconnaissance des droits d'autrui et à « satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ». Ces dernières clauses, rédigées après de longs débats, expriment la conception qu'a la Déclaration des rapports entre la personne humaine, la société et l'Etat : chacun doit se plier aux exigences du bien commun défini par la société organisée, dont la raison d'être demeure, toutefois, la promotion des droits de l'homme par la démocratie. Diverses critiques ont été adressées à cette philosophie de la Déclaration concernant, en particulier, le caractère prétendument trop abstrait et réducteur de son universalisme et sa méconnaissance alléguée des différences culturelles.

1 Proclamation de l'Assemblée générale dans le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

2°/ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur en 1976, est un texte qui fait partie de ce que Monsieur Boutros Boutros-Ghali a appelé « le perfectionnement du système »[1]. Le Pacte connaît aujourd'hui une certaine ampleur géographique, puisque plus de 120 Etats, de tous les continents, sont aujourd'hui parties au Pacte. La France, bien entendu, a ratifié le Pacte, mais aussi Madagascar, Maurice et Les Seychelles. Seules Les Comores n'ont toujours ni signé, ni ratifié le traité... Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est à rapprocher de son frère jumeau, donc adopté et entré en vigueur les mêmes jours : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Les deux textes sont s'y proches qu'ils ont bien failli n'être qu'un seul. Aussi les deux pactes contiennent-ils certaines dispositions identiques ou semblables, notamment les premiers articles, et leurs préambules soulignent leur conception commune de la dignité inhérente à le personne humaine et des droits inaliénables à la liberté et à l'égalité. Au moment de l'adoption des deux pactes, certains ont même étaient favorables à un pacte unique pour différentes raisons et notamment que les différents droits étaient indissociables au regard de « cette personne humaine que la Déclaration universelle envisage comme l'idéal de l'homme libre ». Un des arguments des partisans d'un double pacte était que les droits civils et politiques pouvaient être protégés par des « mesures judiciaires » et non les droits économiques, sociaux et culturels. Le motif était intéressant, sans doute a-t-il pesé son poids dans la balance pour le choix d'un double pacte, bien que ces fameuses « mesures judiciaires » n'aient jamais vu le jour... Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques comportent 27 articles de fond, applicables à la personne humaine, tel que le droit à la vie (article 6), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 7), l'interdiction de l'esclavage, de la servitude, du travail forcé ou obligatoire (article 8), entre autres. Plus particulièrement l'article 10 est intéressant en ce qu'il touche directement les conditions de détention. En effet celui-ci énonce que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées. Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal ». Cet article 10 a-t-il une quelconque conséquence effective sur les conditions de détention dans les Etats parties ?... Selon les Nations Unies et son porte parole de l'époque, Monsieur Boutros Boutros-Ghali, « en tant que manifestation juridique des principes moraux consacrés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, ces deux

1Série Livres bleus des Nations Unies, Volume VII : *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1995*, Pub. des Nations Unies, 1995.

pactes ont été considérés comme les instruments par lesquels les Etats pouvaient être encouragés à donner une plus grande force à leurs obligations en matière de droits de l'homme »[1]... Enfin, il faut énoncer le problème des dérogations motivées : le Pacte international comporte une clause dérogatoire dans son article 4 selon laquelle « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'oblige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte »... Ce qui est tout particulièrement significatif c'est qu'il est précisé par la suite que cette disposition n'autorise aucune dérogation aux articles 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture et des mauvais traitements), 8 (interdiction de l'esclavage et de la servitude), 11 (interdiction de l'emprisonnement pour le non-respect d'une obligation contractuelle), 15 (non-rétroactivité du droit pénal), 16 (reconnaissance universelle de la personnalité juridique), et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). Il semble que l'on ait oublié l'article 10...

B/ Les textes spécifiques

Les textes onusiens sont nombreux mais peu d'entre eux traitent spécifiquement des droits des détenus, ceux-ci étant un peu « délicats » dans la mesure où le détenu est en même temps l'objet d'un droit pénitentiaire. L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus ainsi que la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont les seuls textes propres aux détenus.

1°/ L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus

Le texte qui fut adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social en 1957 puis en 1977[2]. Les législateurs des différents Etats ne sont pas contraints par ces règles qui doivent plutôt être considérées comme ayant valeur de « Code de déontologie » à l'égard des différentes administrations pénitentiaires des pays concernés. Le texte parle de lui-même en ce sens dans ses observations préliminaires. Ainsi il pose d'emblée que « les règles suivantes n'ont pas pour objet de décrire en détail un système pénitentiaire modèle. Elles ne visent qu'à établir, en s'inspirant des conceptions générales admises de nos jours et des éléments essentiels des systèmes contemporains les plus adéquats, les principes et les règles d'une bonne organisation pénitentiaire et de la pratique du traitement des détenus » (article 1er). Et en suivant qu' « il est évident que toutes les règles ne peuvent pas être appliquées en tout lieu et en tout temps, étant donné la grande variété de conditions juridiques, sociales, économiques et géographiques que l'on rencontre dans le monde. Elles devraient cependant servir à stimuler l'effort constant visant à leur application, en ayant à l'esprit le fait qu'elles représentent, dans leur ensemble, les conditions minima qui

1 *Cf.* Livres Bleus des Nations Unies, *op. cit*., p. 50.

2 Résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 du Conseil économique et social des Nations Unies.

sont admises par les Nations Unies » (article 2). Le texte repose davantage sur une conception évolutive de la protection des droits des détenus et de l'organisation carcérale puisque mention explicite est faite de l'évolution constante de la pensée en ce domaine et des expériences et des pratiques « pourvu que celles-ci soient en accord avec les principes et les objectifs qui se dégagent du texte de l'Ensemble de règles » (article 3). Différents principes régissent le traitement des détenus. Le principe fondamental de non-discrimination déjà inclus dans la Déclaration universelle est rappelé en tant que principe fondamental applicable à tous les détenus. Par ailleurs, il faut noter l'exigence de séparation des détenus en tenant compte de leur âge, de leur sexe, de leurs antécédents, des motifs de leur détention et des exigences de leur traitement. C'est ainsi que les hommes et les femmes doivent être détenus dans des établissements différents, que les détenus en prévention doivent être séparés des condamnés et que les jeunes détenus doivent être séparés des adultes. On remarquera que ces règles seront ultérieurement codifiées dans l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Différentes règles entourent, par exemple, les locaux de détention, l'hygiène personnelle, les vêtements et la literie, l'alimentation, l'exercice physique, la discipline et les punitions des détenus. Les moyens de contrainte sont spécifiés, ainsi que les informations devant impérativement être communiquées aux détenus s'agissant des moyens autorisés pour obtenir des renseignements et formuler des plaintes. Il est enfin souligné que des inspecteurs qualifiés et expérimentés doivent procéder à l'inspection régulière des établissements et services pénitentiaires. Différents principes directeurs sont présentés et permettent d'appréhender la philosophie sous-tendant toute privation de liberté. Dans la mesure où l'emprisonnement et les autres mesures ayant pour effet de retrancher un délinquant du monde extérieur sont afflictifs par nature, il est nécessaire que le système pénitentiaire n'aggrave pas les souffrances inhérentes à une telle situation. De surcroît, le but ultime des peines et mesures privatives de liberté étant de protéger la société contre le crime, il est fondamental de mettre à profit la période de privation de liberté pour obtenir, dans la mesure du possible, que le délinquant, une fois libéré, soit capable de vivre en respectant la loi et en subvenant à ses besoins. Tous les moyens curatifs, éducatifs, éducatifs, moraux et spirituels doivent être mis à sa disposition à cette fin. Enfin, les personnes arrêtées, mais non encore jugées, doivent bénéficier de la présomption d'innocence. Cette présomption ultérieurement codifiée dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 9) – mais sans que jamais l'expression y soit expressément employée – implique un traitement approprié et des droits spécifiques, en premier lieu desquels figure le logement des prévenus dans des chambres individuelles, séparées des condamnés.

2°/ La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Qu'est-ce que la torture ? Selon l'article 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le terme « torture » désigne « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales sont intentionnellement infligées à une personne aux fins

notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une autre personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ». La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a été adoptée le 10 décembre 1984 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Composé de trente-trois articles, le texte est entré en vigueur le 26 juin 1987. La Convention prévoit non seulement que les Etats parties mettront hors la loi la torture dans leur législation nationale, mais interdit explicitement toute invocation « d'ordres supérieurs » ou de circonstances exceptionnelles » pour excuser des actes de torture. La Convention apporte par ailleurs deux éléments nouveaux d'une signification particulière à la lutte des Nations Unies contre la torture. Le premier est que, dorénavant, le tortionnaire pourra être poursuivi où il se trouve dans les territoires des Etats parties à la Convention, car celle-ci prévoit que les auteurs présumés d'actes de torture peuvent être jugés dans n'importe quel Etat partie ou qu'ils soient extradés afin d'être jugés dans l'Etat partie où ils ont commis leurs crimes. Le second élément nouveau est qu'il existe dans la Convention une disposition prévoyant la possibilité d'une enquête internationale lorsqu'il y a des informations bien fondées qui font état de torture systématiquement pratiquée sur le territoire d'un Etat partie à la Convention. Une telle enquête peut comprendre des visites du Comité contre la torture, crée en vertu de la Convention, dans le territoire de l'Etat partie concerné, mais avec son accord. Les Etats parties à la Convention s'engagent, en outre, à prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture ne soient commis dans tout le territoire sous leur juridiction. Aucune circonstance exceptionnelle quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture. De plus, conformément à la Convention, aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. Ainsi les Etats parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux actes de torture. Ils veillent à ce que l'enseignement et l'information concernant l'interdiction de la torture fassent partie intégrante de la formation du personnel civil ou militaire chargé de l'application des lois, du personnel médical, des agents de la fonction publique et des autres personnes qui peuvent intervenir dans la garde, l'interrogatoire ou le traitement de tout individu arrêté, détenu ou emprisonné de quelque façon que ce soit. Les Etats parties garantissent, dans leurs systèmes juridiques, aux victimes d'un acte de torture le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisés équitablement et de manière

adéquate, y compris les moyens nécessaires à leur réadaptation la plus complète possible. C'est parce que les Nations Unies ont constaté (« avec tristesse »[1]) que la pratique de la torture se poursuit dans plusieurs pays, et presque dans le monde entier, et pour venir en aide aux nombreuses victimes de celle-ci, que l'Assemblée générale a institué, en 1981, le Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture. Il s'agit de recevoir des contributions volontaires octroyées par les gouvernements, les organisations privées, les institutions et les particuliers (le Comité n'est pas financé par le budget régulier de l'ONU) pour les distribuer, par les voies établies en matière d'assistance sous forme d'aide humanitaire, juridique et financière, aux personnes qui ont été torturées et à leurs familles. Depuis que le Fonds a commencé à fonctionner en 1983, il a été octroyé environ 150 subventions représentant un montant total de presque 5 millions de dollars correspondant à une centaine de projets, réalisés dans une cinquantaine de pays ! La majeure partie des subventions (90%) sert à financer des projets de thérapie et de réadaptation (traitement médical, kinésithérapie, soins psychiatriques et psychologiques, aide sociale et économique) et le reste est utilisé à des projets de formation permettant le financement de formation de spécialistes des professions médicales et de techniques particulières qu'exige le traitement des victimes de la torture. Il faut espérer que la création du fonds ne signifie une acceptation implicite de la torture ou un renoncement à son éradication définitive...

C/ Les autres textes

Si les textes concernant spécifiquement les détenus se font rares, nombreuses dispositions appartenant à des textes qui n'intéressent pas spécialement les personnes privées de liberté leur sont applicables. De nombreux autres « instruments juridiques » onusiens donc, sans avoir été mis en place pour les prisonniers spécifiquement, contiennent parfois une ou plusieurs dispositions relatives aux droits des personnes privées de liberté, aussi peut-on les classer selon un ordre chronologique parmi les instruments internationaux relatifs aux personnes détenues. Il s'agit tout d'abord de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 dont l'article 16 dans son paragraphe 2 dispose que « dans l'Etat contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux, y compris l'assistance judiciaire et l'exemption de la caution *judicatum solvi* » ; ce qui est exactement la même chose en ce qui concerne ensuite la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, même article, même numéro et même paragraphe. Un peu plus tard, le 21 décembre 1965 précisément, c'est au tour de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale de prévoir dans son article 5 que « les Etats parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit à chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance du droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe

1 *Cf.* Livres bleus des Nations Unies, *ibid*., *Mécanismes de lutte contre la torture*, Fiche d'information n° 4.

administrant la justice et du droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'Etat contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution ». On peut encore évoquer le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois du 17 décembre 1979. L'article 1er précise que l'expression « responsables de l'application des lois » englobe tous les représentants de la loi, qu'ils soient désignés ou élus, qui exercent des pouvoirs de police et en particulier des pouvoirs d'arrestation ou de détention. S'en suit tout un code de bonne conduite basé sur la dignité humaine, les droits fondamentaux de la personne, le non recours à la force sauf si « cela est strictement nécessaire et dans la mesure exigée par l'accomplissement de leurs fonctions », le respect du secret des renseignements de caractère confidentiel, l'interdiction de la torture, la protection de la santé de la personne, l'interdiction de la corruption et le respect des lois en vigueur. Dans le cadre de ce qu'on appelle maintenant les « mécanismes de lutte contre la torture », les Nations Unies ont également adopté le 18 décembre 1982 des Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le premier de ces principes prévoit que «les membres du personnel de santé, en particulier les médecins chargés de dispenser des soins médicaux aux prisonniers et aux détenus sont tenus d'assurer la protection de leur santé physique et mentale et, en cas de maladie, de leur dispenser un traitement de la même qualité et répondant aux mêmes normes que celui dont bénéficient les personnes qui ne sont pas emprisonnées ou détenues », et le second principe dispose que « il y a violation flagrante de l'éthique médicale et délit au regard des instruments internationaux applicables si des membres du personnel de santé, en particulier des médecins, se livrent, activement ou passivement, à des actes par lesquels ils se rendent coauteurs, complices ou instigateurs de torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou qui constituent une tentative de perpétration ». Important est tout particulièrement l'Ensemble de règles minima concernant l'administration de la justice pour mineurs du 29 novembre 1985 qui prévoit des principes généraux de protection des mineurs, des règles de protection privilégiées en cas d'instruction et de poursuites, dans le jugement et règlement des affaires, ainsi que pour le traitement en milieu ouvert et en institution des mêmes mineurs, sachant que le texte se superpose avec l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, pour ce qui traite dans ce dernier du cas des mineurs. Ainsi l'article 9 prévoit qu' « aucune disposition du présent Ensemble de règles ne doit être interprétée comme excluant l'application de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus »... Ensuite les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature du 13 décembre 1985 intéressent indirectement les détenus en ce qu'ils sont nécessaires à l'application d'une bonne administration de la justice pénale, laquelle se répercute directement dans le bon comme dans le mauvais sur ceux pour qui elle existe, à savoir les délinquants qu'ils soient en prison ou pas. Ces mêmes « criminels » auxquels les Nations Unies vont s'adresser à nouveau directement le 9 décembre 1988 à travers l'Ensemble de principes pour la

protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, texte qui pourrait faire double emploi avec l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus mais ici la protection est élargie, ne concernant plus seulement les détenus mais « toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement » soit les personnes « arrêtées » c'est-à-dire appréhendées par une personne du chef d'une prétendue infraction ou par le fait d'une autorité quelconque, les personnes « détenues » c'est-à-dire privées de liberté individuelle sauf à la suite d'une condamnation pour infraction, les personnes « emprisonnées » c'est-à-dire privées de liberté à la suite d'une condamnation pour infraction. Par la suite vient l'élaboration des Principes relatifs à la prévention des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires le 24 mai 1989 par lesquels il est posé les règles de prévention contre ces exécutions mais surtout les moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions. Le texte prévoit qu'une enquête approfondie et impartiale sera promptement ouverte dans tous les cas où ces exécutions sont soupçonnées, y compris ceux où des plaintes déposées par la famille ou des informations dignes de foi donneront à penser qu'il s'agit d'un décès non naturel dans les circonstances données. Enfin, le 7 septembre 1990 sont posés les Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois parmi lesquels il est prévu une réglementation pour le maintien de l'ordre des prévenus et condamnés incarcérés : la force ne peut être utilisée que lorsqu'elle est indispensable au maintien de la sécurité et de l'ordre dans les établissements pénitentiaires ou lorsque que la sécurité des personnes est menacée et le recours aux armes à feu seulement en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace immédiate de mort ou de blessure grave ou lorsque ce recours est indispensable pour prévenir une évasion, alors que le même jour les Principes de base relatifs au barreau sont adoptés avec entre autres le rappel d'une recommandation à l'assistance juridique de toute personne détenue ainsi qu'à la nécessité d'entretiens confidentiels entre l'avocat et le détenu, et enfin le 14 décembre 1990, c'est au tour des Règles minima pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté d'être élaborées afin d'assurer la protection minima déjà donnée pour les détenus aux personnes soumises à des mesures de substitution à l'emprisonnement.

§ 2. Les systèmes juridiques de protection des droits des détenus

A l'égard des grandes conventions internationales relatives aux droits de l'homme et à leurs organes spécialement chargés de contrôler leur application, les Etats sont plus que méfiants, notamment quant aux procédures qui pourraient entamer leur souveraineté. Si toutefois une évolution est en train de se dessiner pour contredire cette réticence, c'est peut-être en ce qui concerne les comités des Nations Unies, ceux qu'on a appelé « les comités de la première génération » : peut-être la première étape d'un système généralisé de protection des droits de l'homme qui serait couronnée par une « Cour universelle des droits de l'homme », dans la logique de l'utopie universaliste...

A/ Les institutions à compétence générale

Les institutions à compétence générale ce sont les organes chargés de l'application des textes fondamentaux quant aux droits de l'homme : il s'agit de la Commission des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme.

1°/ La Commission des droits de l'homme

La Charte des Nations Unies, signée le 26 juin 1945, fut le premier traité international dont les buts reposaient expressément sur le respect universel des droits de l'homme. C'est cette Charte, dans son article 68, qui fit obligation au Conseil économique et social d'instituer des commissions spécialisées en divers domaines dont celui des droits de l'homme. La Commission des droits de l'homme a en conséquence été créée par le Conseil économique et social à sa première session[1]. A l'origine, la Commission était composée d'un noyau de neuf membres nommés à titre individuel, d'où la désignation de « Commission nucléaire ». Dans son rapport au Conseil, la Commission nucléaire déclarait que « tous les membres de la Commission des droits de l'homme devaient siéger comme représentants non gouvernementaux ». Le Conseil n'a pas approuvé cette recommandation et a décidé, à sa deuxième session, que la Commission des droits de l'homme comprendrait un représentant de chacun des 18 Etats membres des Nations Unies que le Conseil désignerait. Et à ceux qui souhaitaient que la Commission soit composée de personnes siégeant non en qualité de représentants, mais à titre personnel, le Conseil faisait « une petite concession »[2] en disposant qu' « afin d'assurer une représentation bien équilibrée des différents domaines dont s'occupe la Commission, le Secrétaire général consultera les gouvernements ainsi désignés, avant que la nomination des représentants ne soit faite de façon définitive par les gouvernements et confirmée par le Conseil ». La Commission a eu pour mandat, selon les décisions prises aux première et deuxième session du Conseil économique et social en 1946, de présenter au Conseil des propositions, recommandations et rapports concernant une déclaration internationale des droits de l'homme, des déclarations ou conventions internationales sur les libertés civiques, la condition de la femme, la liberté d'information et les questions analogues, la protection des minorités, la prévention des distinctions fondées sur la race, le sexe, la langue ou la religion, et toute autre question relative aux droits de l'homme. Le Conseil devait préciser aussi que la Commission des droits de l'homme peut formuler des recommandations, fournir des informations et « rendre d'autres services à la demande du Conseil économique et social ». Enfin, la Commission était autorisée « à constituer des groupes de travail spéciaux composés d'experts non gouvernementaux s'occupant de domaines particuliers ou d'experts désignés à titre individuel, sans en référer au Conseil, mais avec l'approbation du Président du Conseil économique et social et du Secrétaire général ». Ce mandat se voulait assez souple pour permettre à la Commission de prendre l'initiative de différents projets et de créer certains mécanismes nouveaux à

1 J.B. Marie : *La Commission des droits de l'homme des Nations Unies*, Pédone, 1975.

2 Livres bleus des Nations unies, *ibid*., p. 13.

envergure internationale, avec l'accord ultérieur du Conseil économique et social. La Commission, qui comptait initialement 18 membres, en comprend aujourd'hui plus d'une cinquantaine, répartis en cinq groupes géographiques : 15 membres pour le groupe africain, 12 membres pour le groupe asiatique, 5 membres pour le groupe de l'Est, 11 membres pour le groupe latino-américain et des Caraïbes et 10 membres pour le groupe occidental. Les membres ne siègent donc pas à titre individuel mais ils représentent leurs Etats ; c'est dire que la Commission reconstitue, dans le domaine des droits de l'homme et à échelle réduite, tous les affrontements politiques et économiques qui opposent les Etats et les « blocs ». Après l'affrontement de l'Est contre l'Ouest, les réunions, notamment à partir de 1990, ont dessiné un nouveau type d'opposition entre le Nord et le Sud : dans cette « partie d'échecs », à vrai dire, les droits de l'homme semblent devenir bien secondaires... La Commission se réunit une fois par an, pour une session dont la longueur atteint aujourd'hui six semaines, sans préjudice depuis 1990 de sessions extraordinaires avec l'accord de la majorité des membres. Les rapports annuels de la Commission sont soumis au Conseil économique et social, qui peut lui donner des directives ou des orientations. Au cours d'une première période, la Commission s'est consacrée en priorité à l'élaboration du projet de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des deux Pactes onusiens. Puis la Commission s'est occupée de différentes questions, comme par exemple la lutte contre la discrimination, la condition de la femme, la protection des minorités et la procédure à suivre pour traiter des plaintes individuelles (dites « communications ») en matière de violation des droits de l'homme. A l'égard de ces communications individuelles, reçues en quantités massives par l'ONU, divers facteurs ont inhibé la Commission, et notamment « des incertitudes quant à l'état du droit international en la matière et, surtout, la crainte d'exploitation politique en période de guerre froide »[1]. Aussi la Commission avait-elle, déjà en 1947, déclaré à l'unanimité n'avoir « aucun pouvoir pour prendre aucune mesure concernant des plaintes relatives aux droits de l'homme » et les communications individuelles ont donc été l'objet d'une procédure minimale consistant essentiellement à distribuer aux membres de la Commission, à huit clos, des listes confidentielles. Alors la Commission remplit-elle pleinement son rôle ? Certainement pas, même si, sur les deux dernières décennies, quelques légers progrès sont à noter, mais progrès principalement dus à l'action des organisations non gouvernementales. Il faut reconnaître que la crédibilité de la Commission est proche de zéro et qu'elle s'est, à de nombreuses reprises, purement et simplement ridiculisée, et pour cause. En effet, la Commission peut être saisie par des pétitions individuelles, par un Etat et, fréquemment, les violations des droits de l'homme lui sont signalées par des organisations non gouvernementales. Il est vrai que dès la période initiale de la Commission, surtout lors des travaux sur la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes, les organisations non gouvernementales sont intervenues dans la Commission. Aujourd'hui plus de 120 organisations non gouvernementales « assistent » la Commission et participent, sans

1 Livres bleus des Nations Unies, *op. cit.*, p. 15.

droit de vote, à ses travaux. De plus, le Conseil économique et social a invité les Etats membres à présenter, à la Commission, des rapports sur les droits de l'homme selon un cycle triennal : la première année sur les droits civils et politiques, la seconde sur les droits économiques, sociaux et culturels, et la troisième, sur la liberté de l'information. Mais ce système de rapports, très prisé par les Etats parce que non contraignant, est d'une efficacité quasi nulle, même au regard de son objectif essentiel qui est celui de l'information : il est fréquent que les Etats ne fournissent pas les rapports demandés ou ne les transmettent qu'avec beaucoup de retard. En outre, et en application de la Résolution 1235 adoptée par le Conseil économique et social en 1967, les membres de la Commission peuvent, devant celle-ci, dénoncer des atteintes aux droits de l'homme et demander la création d'un groupe de travail chargé d'établir un rapport. Cette procédure a été régulièrement employée – notamment à l'égard d'Israël pour sa politique des territoires occupés – mais ne débouche, quand il y a condamnation, sur aucune sanction. De même la Résolution 1503 du Conseil économique et social permet depuis 1970 à la Commission d'intervenir lorsque lui parviennent des informations concordantes, transmises par les organisation non gouvernementales ou par des pétitions envoyées par des individus sur des violations de libertés dans un Etat. Mais la procédure reste alors confidentielle : un comité spécial est chargé d'une enquête « avec l'agrément de l'Etat intéressé... ses travaux se déroulent en séance privée et les communications ne seront l'objet d'aucune publicité »... Dénonciations sélectives des atteintes aux droits de l'homme ou silence diplomatique à l'égard d'Etats tortionnaires : le bilan de la Commission des droits de l'homme n'est guère brillant si bien qu' « il ne serait sans doute pas nécessaire de l'inventer si elle n'existait pas »[1] !...

2°/ Le Comité des droits de l'homme

Le Comité des droits de l'homme est l'organe chargé de contrôler et de superviser l'application du Pacte international des droits civils et politiques[2]. La particularité dudit Pacte est qu'il garantit aux individus des droits fondamentaux tout en assurant un certain mécanisme de contrôle mis en place par le Comité des droits de l'homme. En ce sens le Pacte est le premier système universel qui « institue » réellement, c'est-à-dire qui crée des droits selon un système universel qui se rapproche par exemple de la conception de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, les compétences du Comité en matière de contrôle se limitent à l'établissement de faits et à la formulation de recommandations. Le Pacte international des droits civils et politiques ne comporte aucune disposition analogue à celles des conventions européenne ou américaine sur les droits de l'homme, en vertu desquelles une juridiction internationale des droits de l'homme pourrait être saisie du rapport du Comité et rendre des arrêts contraignants. La création d'un tel tribunal a été proposée à diverses reprises durant les débats de la Commission des droits de l'homme, initiatrice du Pacte, mais n'a jamais été acceptée. On se heurte

1 Yves Madiot, *ibid*., p. 189.

2 Sur l'ensemble du Comité des droits de l'homme, voir *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, sous la direction de Frédéric Sudre, IDEDH, 1995.

donc encore et toujours à l'absence de contrôle juridictionnel. Cependant le Pacte international sur les droits civils et politiques est le premier texte qui définit des droits individuels qui ont pour l'Etat une valeur d'engagement international. Par la suite il a été suivi d'autres conventions, et, par strates successives, on a crée des textes normatifs avec des mécanismes de contrôle – toujours non juridictionnels -, contre la discrimination raciale, pour la protection des droits de la femme, puis pour les droits de l'enfant entre autres. Le Comité des droits de l'homme, composé de 18 membres, a essentiellement trois fonctions. Sa première fonction et sa fonction essentielle est l'examen des rapports des Etats. Il s'agit de rapports transmis par les Etats sur la situation de leur législation au regard du Pacte auquel ils ont adhéré. Il existe des rapports initiaux, des rapports périodiques et des rapports spéciaux, mais tous les rapports se présentent sous la même forme écrite, avec une partie générale sur les conditions géographiques et géopolitiques du pays et une partie spéciale dans laquelle, sous chaque droit garanti par le Pacte, l'Etat doit énoncer sa législation, sa réglementation, et l'application pratique dans son pays du droit garanti par le Pacte, c'est-à-dire comment il l'applique ou comment il ne l'applique pas et quelles sont les difficultés qu'il rencontre. Bref, c'est un système plutôt « paperassier »...[1] Encore que la voie purement diplomatique puisse parfois faire au moins éclater certaines vérités, comme par exemple le cas de la prison de Tasmama au Maroc[2]. Le représentant du Maroc interrogé sur les conditions de détention dans cette prison répondait au Comité que cette prison ne figurait pas « sur la liste des établissements pénitentiaires du Maroc ». Quelques temps plus tard on apprendra que la prison a été rasée... Une autre de ses fonctions consiste à élaborer des observations générales qui visent à récapituler l'expérience acquise par le Comité en ce qui concerne l'examen des rapports des Etats, en réalité cela a consisté la plupart du temps à paraphraser le Pacte, ce qui est d'un intérêt très relatif... Plus récemment on s'aperçoit du rôle d'interprétation du Pacte que jouent ces observations générales, ce qui paraît déjà plus conséquent. Mais en ce qui concerne ou pourrait concerner le respect des droits de l'homme en prison, c'est surtout la fonction de l'examen des communications par le Comité qui est intéressante. Les communications peuvent émaner des Etats ou des particuliers, mais le recours inter-étatique prévu à l'article 41 du Pacte n'a jamais été utilisé. Doit-on le regretter puisque la procédure est à peu près toujours la même et que les Etats ne courent aucun risque : des délais de procédure qui sont très longs et non sanctionnés s'ils ne sont pas respectés, des phases préalables de négociation entre Etats qui se transforment en discussions qui n'en finissent plus, des procédures confidentielles pour ne pas dire « ultra-secrètes » qui se terminent par un rapport qui n'est tout bonnement pas publié ?... Quelle force de dissuasion envers les Etats !... En revanche, selon le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international, les communications peuvent émaner de particuliers, individus relevant de la juridiction d'un Etat partie qui se prétendent victimes de la violation d'un article du Pacte[3].

1 La formule est de Frédéric Sudre, *op. cit.*

2 *Cf. Débats*, *op. cit*. p. 187.

3 Au début de février 1995, sur 128 Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 81 seulement avaient accepté le recours individuel du Protocole facultatif.

Deux conditions préalables et solidaires doivent être réunies sous peine d'irrecevabilité : la même question ne doit pas être déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale ou de règlement et le particulier doit avoir épuisé tous les recours internes disponibles, cette dernière règle ne s'appliquant pas si les procédures de recours excèdent les délais raisonnables. Nous trouvons dans la « jurisprudence » du Comité quelques affaires qui intéressent les détenus mais non pour l'application de l'article 10 du Pacte international. Par exemple le Comité a jugé que lorsqu'un individu est détenu, l'article 6 du Pacte, c'est-à-dire le droit à la vie, implique que l'Etat doit s'assurer qu'il ne se suicide pas[1]. Il y a aussi très souvent une confusion entre l'article 7 concernant la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et l'article 10. Souvent le Comité invoque l'article 10 en parallèle avec l'article 7[2]. Ainsi dans l'affaire « Conteris c/ Uruguay » [3], le Comité a considéré que les pratiques carcérales visant l'humiliation des détenus, dont la détention solitaire, constituaient des traitements dégradants. Il y a pourtant bien des différences entre interdire la torture, les peines et les traitements cruels inhumains et dégradants sur toute personne et « obliger » à traiter avec humanité et dans le respect de la dignité inhérente à la personne humaine toute personne privée de liberté. La valeur protégée est parfois la même – la dignité humaine -, en tous cas la seconde est inclue dans la première. Mais surtout dans un cas il s'agit de condamner la violation des droits de l'homme, c'est pourquoi la tournure négative est utilisée, alors que dans un autre il s'agit d'imposer le respect des droits de l'homme en utilisant la tournure grammaticale positive. Il semble que l'on ait plus facilement recours à l'application de l'article 7 parce que l'on se trouve devant un Etat qui a commis un acte contre les droits de l'homme, en l'occurrence un acte qui correspond à une torture, un traitement cruel, inhumain ou dégradant. Ainsi par exemple le Comité a jugé que la Jamaïque était responsable d'un traitement contraire à l'article 7 parce qu'elle avait mis vingt heures depuis la connaissance de la décision des autorités avant d'informer deux condamnés à mort qu'ils bénéficiaient d'un sursis à exécution[4] ; les deux hommes n'en furent informés que 45 minutes avant l'heure fixée pour l'imposition de la peine capitale. On aurait pu ici avoir recours à l'article 10 mais il semble que ce dernier, et c'est ce qui fait sa force et sa faiblesse, ne concerne pas les violations spectaculaires des droits de l'homme en prison mais bien le quotidien de vie du traitement des détenus. C'est pour cette raison qu'il est si peu utilisé par le Comité ; et c'est là sa faiblesse car le Comité aurait tendance à ne s'occuper que des cas « graves » de violation des droits de l'homme, les plus importants – si toutefois on peut décemment opérer un

1 Dermit Barbato et al. c/ Uruguay (n° 84/1981), *Doc. N.U.* CCPR/C/OP/2 (1990), p. 117, § 9. 2°.

2 Voir par exemple : Francis c/ Jamaïque (n°320/1988), *Doc. N.U.* CCPR/C/47/D/320 (1988), § 12. 4 ; Bailey c/ Jamaïque (n° 334/1988), *Doc. N.U.* CCPR/C/47/D/334 (1988), § 9. 3 ; Hylton c/ Jamaïque (n° 407/1990), *Doc. N.U.* CCPR/C/51/D/407 (1990), § 9. 3 ; Juan Teran Jijon c/ Equateur (n° 277/1988), *Doc. N.U.* A/47/40 (1988), p. 259, § 5. 2°.

3 Conteris c/ Uruguay (n° 139/1983), *Doc. N.U.* CCPR/C/OP/2 (1990), p. 176.

4 Pratt et Morgan c/ Jamaïque (n° 210/1986, 225/1987), *Doc. N.U.* A/44/40 (1987), p. 222.

classement en la matière[1] – comme ce dernier exemple flagrant de torture. Mais sa force réside dans le fait que le Pacte poserait donc un véritable droit à une vie respectée et respectable pour le prisonnier. Même si pour l'instant il est illusoire de penser que le Comité va intervenir parce qu'un détenu est méprisé par un surveillant...

B/ Les institutions à compétence déterminée

Plus spécialisés que la Commission ou que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, il existe aussi deux organes à compétence déterminée ; il s'agit du Comité contre la torture et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale.

1°/ Le Comité contre la torture

Il est composé de dix experts indépendants chargés de veiller au respect de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants par les Etats parties. Les particuliers, qui se prétendent victimes d'une violation par un Etat partie des dispositions de la Convention, peuvent saisir par voie de communication écrite le Comité si trois conditions préalables et solidaires sont réunies. Tout d'abord, l'Etat partie doit avoir adhéré à l'article 22 de la Convention. Il reconnaît alors la compétence du Comité pour recevoir et examiner les communications présentées par un ou pour le compte de particuliers relevant de sa juridiction. Ensuite, le requérant doit avoir épuisé tous les recours internes disponibles. Enfin, l'objet de la communication ne doit pas avoir été ou être en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Une dérogation est apportée à la deuxième condition qui ne s'applique pas si le particulier prouve que les procédures de recours excèdent les délais raisonnables dans la mesure où ces délais sont abusifs, et que dans une forte probabilité, elles ne donneraient pas satisfaction au particulier. Dorénavant le mécanisme, calqué sur le système européen, a pour but de prévenir la torture dans les prisons. Ainsi un Protocole facultatif se rapportant à la Convention permet maintenant au Comité contre la torture de se rendre dans n'importe quel Etat partie à n'importe quel moment pour visiter les locaux de détention, rencontrer les responsables de la police et du personnel pénitentiaire, s'entretenir avec les détenus et d'une manière générale voir sur place comment la Convention est appliquée. L'élément important de cette méthode de travail est qu'elle vise à être préventive plutôt que réactive, les visites du Comité n'étant conçues selon l'ONU, que comme une facette d'un « dialogue constructif » entre le Comité et l'Etat partie et ne reflétant aucune connotation de suspicion ni accusation du Comité. Mais surtout, à notre avis, peut-on espérer que la fonction d'intimidation de la « peine » de la visite puisse entraîner des conséquences

1 Il est toujours choquant d'évaluer les souffrances, et notamment quand il s'agit pour un Comité des droits de l'homme de discuter à propos des méthodes d'exécution de peine capitale de l'évaluation des souffrances provoquées par le gaz de cyanure en prenant en considération la durée de l'agonie estimant que celle-ci est inacceptable au-delà de dix minutes...

directes sur ce qu'il se produit ou qu'il ne se produit pas comme torture dans les prisons...

2°/ Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

Il est composé de dix-huit experts indépendants chargés de veiller à l'application et au respect de la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale. Les particuliers ou leurs représentants se prétendant victimes d'une violation par un Etat partie des dispositions de la Convention peuvent saisir le Comité par voie de communication écrite. Trois conditions préalables et solidaires doivent être réunies. Tout d'abord, l'Etat partie doit avoir adhéré à l'article 14 de la Convention qui reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner les communications présentées par les particuliers relevant de sa juridiction. Ensuite, le requérant doit avoir épuisé toutes les voies de recours internes disponibles dans l'Etat partie. Enfin, il lui faut avoir saisi en dernier ressort l'instance nationale chargée spécialement d'examiner ce type de réclamations et dont la mise en place par l'Etat partie est conséquente à son adhésion à l'article 14. Au cas où les particuliers ou leurs représentants n'obtiennent pas satisfaction de cette dernière instance, ils peuvent, dans un délai de six mois à compter de cette décision, saisir le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale par voie de communication écrite. Le Comité ne pourra examiner de telles communications que s'il est établi que le particulier a épuisé toutes les voies de recours nationales disponibles. Mais cette disposition ne tient pas si les procédures de recours excèdent un délai raisonnable.

II/ LES GARANTIES INTERNATIONALES NON INSTITUTIONNALISEES : LE ROLE DES ONG

Parmi les garanties non institutionnalisées, il faut distinguer les garanties internationales dépendantes des Etats de celles qui en sont indépendantes. Celles qui sont dépendantes des Etats sont contrôlées par eux, autorisées par eux, voire même légitimées par eux, ce qui veut dire que les autorités pourraient les ruiner à chaque instant et de différentes manières. Selon nombre d'auteurs ces modes de garanties vont de traités internationaux « cache-sexe »[1] à des « commissions-gadgets »... Les garanties indépendantes des Etats, quant à elles, jouent sur un autre tableau. Et quand bien même elles n'atteindraient pas les résultats escomptés, elles ont le mérite d'exister et de proposer une alternative aux différents discours prononcés, quand elles n'offrent pas directement une forme de militantisme d'action opposé au « politantisme » de discussion... Il serait peut-être plus juste de parler de garanties internationales « autonomes »[2] par rapport aux Etats car il n'existe pas d'organisations totalement indépendantes des Etats dans la mesure où elles ont bien leurs sièges sur le territoire d'un Etat et sont amenées forcément dans leurs actions à

1 C'est ainsi que Gilles Deleuze qualifie de manière générale les droits de l'homme dans nos démocraties, *in Qu'est-ce que la philosophie ? Cf. Pourparlers*, Les éd. de minuit, 1990.

2 C'est la position d'Yves Madiot, *ibid*., p. 210.

être en contact avec des Etats. On parle d'organisations indépendantes des Etats alors que si ces dernières sont d'une certaine manière plus libres, elles restent, d'une part, privées des moyens d'intervention dont disposent les Etats et d'autre part, soumises de toute façon « à leur bon vouloir ». Ceci étant les garanties internationales indépendantes des Etats sont aujourd'hui multiples et variées. Elles jouent un rôle très important dans la mesure où justement elles sont un contre-poids au pouvoir des Etats ; elles proposent une alternative à la défense des droits de l'homme prônée par les autorités étatiques, et quand on sait que ce sont ces mêmes autorités qui parfois se retrouvent en violateurs de ces mêmes droits, on comprend la nécessité première de garanties « extra-étatiques ». Le droit international des droits de l'homme est un droit construit autour des Etats et de leurs intérêts. Ce sont ceux qui décident, qui imposent, qui contraignent, et au besoin par la force, qui établissent le droit international des droits de l'homme. Un droit donc bien fragile parce que tributaire de la qualité des relations internationales qui, elles, dépendent d'intérêts qui ne sont pas toujours, pour ne pas dire quasiment jamais les intérêts des hommes en question... Il existe deux formes différentes de garanties internationales indépendantes des Etats : les unes sont de plus en plus importantes en quantité ; ce sont les actions de militantisme international menées par les organisations non gouvernementales, les autres moins nombreuses mais d'une autre qualité : ce sont les actions de mobilisation internationale individuelles ou collectives.

§ 1. Les actions de militantisme international

Les organisations non gouvernementales sont très nombreuses et ont des objets très divers qui vont de la défense des libertés et des droits de l'homme en général à celle d'une catégorie de personnes en particulier ; certaines sont anciennes et très connues, d'autres ont une action plus discrète. Beaucoup collaborent avec des organisations internationales institutionnalisées comme l'ONU[1], parce que c'est souvent là qu'elles trouvent des fonds pour mener à bien leurs actions. Elles peuvent être consultées et le sont le plus souvent, mais surtout elles fournissent des informations sur des violations constatées dans divers pays et leur rôle à cet égard est très important. Elles contribuent ainsi, et c'est peut-être le plus important au regard de la théorie générale, à une internationalisation des questions relatives aux droits de l'homme. A la fois réceptrices et amplificatrices des violations commises par les Etats, elles développent de plus en plus une action « sur le terrain », veulent juger « sur place » et pas seulement « sur pièces ». De nombreuses organisations non gouvernementales défendent spécialement les droits des détenus au niveau international comme par exemple la Commission internationale des juristes qui est une organisation très importante créée en 1952 et installée à Genève. Elle a pour objectif de faire progresser dans le monde « la primauté du droit ». Elle assure la promotion et la défense des droits de l'homme, encourage la création de sections nationales, publie des rapports, organise des conférences et surtout, envoie des observateurs à des procès politiques. Cette dernière action est très utile car même si

1 *Nous, Peuples des Nations Unies, L'action des ONG au sein du système de protection international des droits de l'homme*, Sara Guillet, Ed. Montchrestion, 1995.

l'envoi d'observateurs est naturellement soumis à l'agrément de l'Etat concerné, il est évident qu'un refus ne peut être interprété que comme une mesure destinée à « camoufler » les irrégularités qui risquent d'entacher les procès. La Commission procède à des enquêtes internationales sur des cas de violations des droits de l'homme et elle assure une assistance technique juridique à des gouvernements ou à des organisations non gouvernementales. Enfin, elle collabore avec les Nations Unies et ses institutions spécialisées : elle jouit d'un statut consultatif auprès du Conseil économique et social de l'ONU et auprès de l'UNESCO. Nombreuses autres organisations internationales non gouvernementales se chargent des prisonniers exclusivement ou non comme l'Association pour la prévention de la torture, la Fédération internationale de l'action des chrétiens pour l'abolition de la torture, Human rights watch – Prison project, Juristes sans frontières, Juristes solidarité, l'OMCT-SOS Torture, Penal reform international ou Avocats sans frontières. Il convient ici de s'intéresser à présent de manière plus détaillée à trois d'entre elles : la Croix rouge, Amnesty International et l'Observatoire international des prisons.

A/ Le Comité international de la Croix-Rouge

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) est une organisation non gouvernementale très réputée avec notamment sa division spéciale de détention. Les Conventions de Genève ont donné au CICR des responsabilités très étendues qui en ont fait un véritable « service public international ». C'est une institution humanitaire indépendante de caractère privé – plus précisément une fondation -, neutre sur les plans politique et religieux. Tous ses membres sont des citoyens suisses. Il est chargé de veiller à l'application des Conventions de Genève et l'efficacité de son action paraît liée à trois éléments. La neutralité, en premier lieu, est essentielle et amène le CICR à ne pas prendre parti dans un conflit et même à ne pas donner de qualification à un conflit qu'il soit international ou interne. Il s'efforce de ne pas apparaître, dans un conflit quel qu'il soit, comme un procureur condamnant tel belligérant et saisissant les médias pour dénoncer les atteintes aux Conventions de Genève. La confidentialité, en second lieu, est souvent un gage d'efficacité de l'intervention du Comité : il n'est pas rare qu'un Etat accepte de corriger des situations contraires au droit humanitaire quand il sait qu'il ne sera pas dénoncé devant l'opinion publique internationale. Cette confidentialité, il est vrai, n'est pas sans limites : elle s'accorde malheureusement avec la pratique des régimes dictatoriaux et elle ne doit pas aboutir à couvrir des violations particulièrement graves !... En troisième lieu, le CICR développe une action d'information et d'enseignement afin de faire connaître et appliquer les Conventions de Genève, notamment par les forces armées de tous les pays du monde. L'action du comité est multiforme : visite de camps de prisonniers et centres de détention avec intervention, toujours confidentielle, pour obtenir des améliorations, acheminements de médicaments, vivres et vêtements, recherche des personnes disparues, transmission de messages familiaux aux prisonniers... Une action « vitale » au sens premier du terme qui fait regretter la décision prise par la Conférence internationale de la Croix-Rouge en 1986, d'expulser l'Afrique du Sud à cause de sa politique d'apartheid.

Une décision qui faisait passer des intérêts politiques avant l'intérêt immédiat des victimes de l'apartheid. On a du mal à ne jamais s'occuper de politique...

B/ Amnesty International

Créée à Londres en 1961, Amnesty International est certainement la plus connue des institutions non gouvernementales de protection des droits de l'homme. Son action a été reconnue et couronnée en 1977 par l'attribution du prix Nobel de la paix. L'objectif d'Amnesty est d'assurer la défense des prisonniers d'opinion, c'est-à-dire de personnes détenues à cause de leurs convictions politiques, philosophiques, religieuses, de façon générale, à cause de leurs idées et qui n'ont pas utilisé la violence ou préconisé son usage. Amnesty demande aux gouvernements de libérer ces prisonniers ou de les juger dans un délai raisonnable et dans des conditions de justice, d'impartialité et d'équité. Elle s'oppose en toutes circonstances à la torture et à la peine de mort. Chaque année elle publie un rapport général sur la situation des prisonniers d'opinion dans les différents Etats du monde, et sur certains Etats en particulier en fonction des problèmes du moment. La force d'Amnesty repose principalement sur la crédibilité des informations qu'elle diffuse et sur son objectivité. Les informations qui parviennent au siège de Londres sont soigneusement vérifiées et il n'y a pas d'Etat « tabou ». Des contacts sont maintenus avec les Etats sous forme de demandes de renseignements ou d'envois de délégations. Mais sa force repose aussi sur ses modes d'action et d'intervention. Amnesty agit toujours dans le cadre de la légalité, à partir de groupes locaux crées sous la forme d'associations. Aujourd'hui, le mouvement compte 800 000 membres répartis dans plus de 150 Etats et 4 000 groupes dans une soixantaine d'Etats. Chaque groupe « adopte » au moins deux prisonniers appartenant nécessairement à des Etats autres que celui dont il dépend et rattachés à des « blocs » politiques ou idéologiques différents : par exemple, un groupe français peut adopter un prisonnier d'opinion en Chine et un autre au Maroc mais ne peut pas prendre en charge un objecteur de conscience français. Cette technique constitue une protection pour les groupes nationaux à l'égard de leur gouvernement encore que, dans certains Etats autoritaires, le simple projet de création d'un groupe national d'Amnesty désigne ses promoteurs comme d'insupportables ennemis. Chaque année plusieurs milliers de personnes sont adoptées et une bonne partie de libérations sont obtenues. La technique retenue par Amnesty aboutit à personnaliser les interventions ; celles-ci s'effectuent par des lettres ou des télégrammes auprès du détenu et des autorités du pays en cause. A de nombreuses reprises, cette action a démontré son efficacité : sortir un prisonnier de l'anonymat est déjà un acquis considérable. Lorsqu'un prisonnier court un grave danger, l'organisation lance un appel à ses membres pour une action urgente et toujours selon les mêmes formes d'intervention. Amnesty dispose également de réseaux juridiques et médicaux pour les prisonniers et elle mène d'importantes campagnes pour la suppression de la torture et de la peine de mort. Afin de préserver son indépendance, Amnesty ne sollicite et ne reçoit aucune subvention gouvernementale. Son budget d'environ 10 millions de livres anglaises est entièrement alimenté par les cotisations des membres, des dons privés et des

manifestations culturelles. Elle bénéficie du statut d'organe consultatif auprès de diverses organisations internationales telle que l'ONU ou l'UNESCO. Cela signifie, qu'outre l'information de ces organisations sur les violations constatées dans les Etats, elle s'efforce d'obtenir des améliorations de la protection internationale des libérés. Son rôle a été contesté à diverses reprises. Il le fut, tout d'abord, au nom du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures, un principe qui, on le sait n'est pas applicable dans le domaine des droits de l'homme. Il le fut, ensuite d'une façon qui constitue indirectement un hommage à son action, car certains Etats, africains notamment, ont craint qu'une campagne d'Amnesty ne soit le prétexte à une intervention étrangère à but humanitaire dont l'objectif réel serait politique[1].

C/ L'Observatoire international des prisons

L'Observatoire international des prisons (OIP) crée en novembre 1990 et ayant débuté effectivement son exercice en 1992, demeure une très jeune organisation au regard de l'ampleur du programme qu'elle s'est assignée. Chaque année l'OIP publie un rapport très important sur les conditions de détention des personnes incarcérées sur l'année qui vient de s'écouler. Créée sous forme associative de droit français, son siège social et son secrétariat sont domiciliés en France, à Lyon. Cette association internationale, à but non lucratif, réunit des personnes qui agissent en faveur du respect des droits des personnes privées de liberté. Sa mission se décline sous trois formes : observer, alerter et protéger. Elle consiste en l'observation des conditions de détention des personnes incarcérées et l'alerte, le cas échéant, sur les manquements au droit dont la population carcérale fait l'objet. Cette mission se fonde sur les instruments internationaux des droits internationaux de la personne, qui proclament l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, exigent un traitement des détenus qui soit conforme aux standards établis, la prohibition de la peine de mort et l'interdiction de la détention illégale ou arbitraire. L'Observatoire, hors de toute considération politique et au nom du droit, entend interpeller les pouvoirs publics et l'opinion sur les manquements observés dans le cadre de la détention. L'OIP invite les citoyens de chaque pays à se soucier de la manière dont les personnes sont maintenues enfermées. L'observatoire développe des liens avec un réseau de partenaires à l'étranger. Ces partenaires sont des associations de promotion et de protection des droits de l'homme, mais également de simples particuliers, militants obstinés du respect de la dignité humaine. Parallèlement à leurs activités, ces personnes ou organisations acceptent de mettre en place une relation de travail suivie avec l'Observatoire. Ils prennent alors le statut d'observateurs ou de correspondants de l'OIP. L'observateur est sollicité pour rédiger annuellement un rapport sur les conditions de détention dans son pays. Il se préoccupe de la situation faite aux personnes détenues dans des prisons, mais aussi des conditions réservées aux personnes privées de liberté dans les commissariats, les casernes, les centres d'interrogatoire, les centres clandestins, etc. Le correspondant, lui, est un relais

1 Ainsi l'Empereur de Centrafrique, Bokassa, avait été dénoncé par Amnesty pour le massacre de lycéens avant d'être renversé à la suite d'une intervention de l'armée française.

d'informations et de vérifications de données. Les observateurs et les correspondants contribuent les uns et les autres à diffuser le rapport annuel de l'OIP. Ils sont invités à participer à la mission d'alerte. Celle-ci est mise en œuvre chaque fois qu'un événement relatif à la détention ne respecte pas les droits de la personne ou mérite un éclaircissement. Elle se manifeste par la publicité faite à cette information et vise à empêcher les violations, à prévenir les tortures, à améliorer les conditions de détention et à rétablir des droits. Elle peut porter sur un défaut de soins, un manquement dans le maintien des liens familiaux, un mouvement de contestation, la durée excessive d'une détention provisoire, une incarcération sans inculpation ni jugement, des conditions de détention arbitraires, des mauvais traitements physiques ou psychologiques, des pratiques discriminatoires dans le traitement des détenus, etc. Ces événements donnent lieu à des communiqués de presse, à des actions urgentes ou à des pétitions envoyées à divers destinataires. Parallèlement à ce réseau de partenaires, l'Observatoire a mis progressivement en place son propre dispositif de surveillance : les sections nationales de l'OIP. Peu après la création de l'OIP, des groupes locaux d'observation se sont constitués autour de différents lieux de détention français, et progressivement organisés en section. Une section peut être créée dans tous pays, Etat ou territoire. Elle est le regroupement des groupes locaux existants, et favorise leur multiplication. Pour être reconnue comme telle, une section doit adhérer aux objectifs de l'OIP, soumettre ses statuts à son approbation, verser sa cotisation annuelle et être enregistrée par le conseil exécutif. En l'absence de section, les groupes locaux constitués adhèrent directement à l'OIP. C'est aussi le cas pour les personnes résidants dans les pays où il n'existe ni section ni groupe local. Chaque groupe local porte son attention sur les conditions générales de détention et les différents aspects de la vie carcérale selon un protocole d'étude commun appelé « l'observeur ». Il est composé d'un ensemble de questions relatives aux locaux, aux personnels, à la population détenue, aux incidents, aux punitions et à la discipline. Une série de fiches thématiques complète ce document ; elles concernent la défense, l'exécution des peines, les contacts extérieurs et les liens familiaux, la santé, le travail, la culture, la formation et les études, la religion, les activités physiques et sportives, l'hygiène, l'alimentation, la maternité. Le recueil des données de l'observeur permet d'établir chaque année une radiographie de la vie quotidienne des détenus dans les pays observés. Il est restitué au secrétariat de la section de l'OIP au plus tard le 30 janvier qui suit l'année d'observation. La veille informative consiste en l'envoi de communiqués à la presse chaque fois que le groupe local estime qu'un événement ponctuant la vie de l'établissement observé, implique qu'il soit dit. Il peut s'agir, par exemple, d'un dysfonctionnement ou d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne, d'un mouvement de contestation ou de revendication, d'une perturbation dans le maintien des liens familiaux, ou, de façon plus générale, de tout manquement aux droits de la personne détenue. Ce communiqué, rédigé à l'initiative du groupe local, est visé, en l'absence de section, par le secrétariat de l'OIP, qui décide *in fine* de sa publication. Il est adressé à la presse, à l'administration pénitentiaire, au ministère de tutelle, au directeur de l'établissement concerné, au barreau, aux autorités judiciaires, aux institutions

internationales ou régionales de protection des droits de l'homme, à des organisations non gouvernementales. Le communiqué comporte systématiquement un rappel du texte de référence (Code de procédure pénale, Règles minima pour le traitement des détenus ou Convention contre la torture par exemple). Car les statuts de l'Observatoire nous révèlent son objet qui « a pour but de promouvoir, partout dans le monde, le respect des personnes incarcérées au regard des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus (1955 et 1977), Pacte international des droits civils et politiques (1966), Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969), Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987), Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), Convention interaméricaine de prévention et de répression de la torture (1985) et Convention relative aux droits de l'enfant (1989). Ainsi l'Observatoire agit hors de toute considération politique pour aider les personnes détenues à ne pas subir d'autre peine que la privation de liberté quel que soit le motif de détention de la personne incarcérée, il valorise la fonction de réinsertion qui devrait être associée à toute peine privative de liberté, il assure la promotion de toutes les peines alternatives à la prison et il s'oppose par tous moyens appropriés à l'application et à l'exécution de la peine de mort et à la torture et autres traitements précités, quel que soit le motif qui ait présidé à la détention de la personne considérée. L'Observatoire agit dans trois directions. Tout d'abord, envers les Etats, l'OIP encourage toutes les mesures étatiques qui iraient dans le sens de l'amélioration des conditions de détention, en même temps qu'il dénonce tous manquements au respect des droits des détenus. Ensuite, en direction des détenus, il propose des réponses appropriées aux cas qui luis ont soumis sur les conditions de détention, et surtout, ce qui semble vraiment très important, l'OIP s'efforce par tous moyens à apporter aux détenus connaissance de leurs droits. Il convient ici de mentionner dans ce sens la publication à l'automne 1996 du premier « Guide du prisonnier »[1] unanimement saluée par les premiers concernés mais aussi par les professionnels de la justice et par les militants. Enfin, en direction de la société civile, l'OIP organise tout un réseau de sections, de groupes et de membres individuels de travail, fait connaître les cas de violation des droits des détenus, il édite un rapport sur les conditions de détention des personnes incarcérées dans le monde entier, il utilise son droit d'ester en justice notamment pour la sauvegarde des intérêts essentiels de la personne détenue et en vue de l'application des dispositions légales dans le domaine du travail en milieu carcéral, soutien et collabore avec tous les organismes et institutions internationales qui travaillent pour le respect des droits des détenus et peut adopter tout autre moyen adéquat pour atteindre son but.

1 *Le Guide du prisonnier*, Observatoire international des prisons, Editions de l'Atelier, par Eric Plouvier, avocat, Jean-Claude Bouvier, magistrat et secrétaire général du Syndicat de la Magistrature, et deux membres de l'OIP, 352 pages, et voir la réédition 2000 : *Le nouveau guide du prisonnier*.

§ 2. Les actions de mobilisation internationale

Il y a de nombreuses actions de mobilisation en faveur des droits de l'homme qui peuvent prendre des formes individuelles ou collectives. Elles aboutissent à créer une pression internationale diffuse dont l'efficacité, difficile à mesurer, ne paraît pas négligeable. Et puis cette force de mobilisation est toujours une force en puissance, c'est-à-dire que même si elle ne s'exprime pas toujours, elle est latente et peut du jour au lendemain resurgir d'une manière ou d'une autre. Ces actions peuvent être extrêmement diverses et prendre la forme de campagnes de presse, de manifestations, d'envois de télégrammes, de soutiens accordés par des communautés scientifiques ou culturelles, de « prix » attribués à des personnes menacées[1], de manifestes ou d'appels lancés par des intellectuels. Ces actions peuvent aussi correspondre à la création temporaire de groupes ou de comités de défense de prisonniers politiques. Il y a même eu ce qu'on a appelé des « tribunaux » qui ont « jugé » des Etats. Cette dernière forme d'action se retrouve dans le *« Tribunal Russel I »* qui se prononça sur les crimes de guerre commis par l'armée américaine au Vietnam et le *« Tribunal Russel II »* qui jugea les mécanismes de répression en Amérique Latine. Ainsi le Brésil, la Bolivie, le Chili et l'Uruguay furent déclarés « coupables » de violations systématiques des droits de l'homme, constitutives de crimes contre l'humanité et « condamnés »... Des condamnations purement morales mais qui, dans l'opinion publique, ne sont pas sans effets. D'une façon ou d'une autre il s'agit de créer un mouvement dans l'opinion publique internationale et d'aboutir à ce qu'une personne ou un groupe de personnes bénéficie d'une sorte de « label » de reconnaissance. Ces actions seront donc d'autant plus efficaces qu'elles seront bien dirigées, si possible même personnalisées. La ou les personnes concernées obtiennent ainsi une garantie internationale. Il deviendra alors plus difficile pour l'Etat concerné de commettre des exactions envers cette ou ces personnes nommément désignées. Cette forme de mobilisation peut être politique ou diplomatique.

A/ La mobilisation politique

Le développement des techniques de communication a amené les Etats à se construire une « image de marque ». Et cette image doit être bonne pour des raisons non pas philanthropiques, mais politiques et économiques. Elle permet aux Etats qui en bénéficient de jouer un rôle accru dans les relations internationales et donc économiques, c'est-à-dire d'attirer vers eux les capitaux internationaux. Ces derniers en effet ne vont guère vers les « Etats-bourreaux » officiellement parfois pour les sanctionner, mais officieusement tout simplement parce que la situation dans ces pays est instable, et peut devenir à tout moment dangereuse, ce qui fait hésiter les détenteurs des capitaux à investir dans ces pays. La meilleure « image » actuellement est celle d'un Etat respectueux des libertés des personnes placées sous sa juridiction, d'un Etat qui n'encourt pas des condamnations de la communauté

1 Ainsi par exemple le prix de littérature à Pasternak ou le prix Nobel de la paix à Soljenitsyne, Sakharov, Walesa ou au Dalaï-Lama sont autant de reconnaissance internationale.

internationale et qui, luxe suprême, peut se permettre de donner des leçons. Une telle réputation peut être un monument d'hypocrisie. Mais cela est aujourd'hui un fait : la défense des droits de l'homme est, pour les Etats, le plus beau passeport pour une reconnaissance internationale avec les avantages politiques et financiers qui en découlent. Certains Etats vont même jusqu'à mettre en place des commissions nationales des droits de l'homme, comme par exemple au Togo en 1987, qui leur permettent de présenter, au regard des exigences de liberté, une façade quasi irréprochable à l'égard des autres Etats comme à l'égard des organisations internationales comme le Comité des droits de l'homme. Ces commissions, intégrées dans des structures étatiques souvent rigides et caractérisées par le monopartisme, peuvent être, soit de simples « faire-valoir », soit le point de départ de revendications en chaîne difficiles à maîtriser. Il en résulte que les Etats ne sont pas insensibles à des actions de mobilisation de la communauté internationale. Certaines ont connu une ampleur remarquable comme celles dirigées contre le Chili de Pinochet ou contre l'apartheid en Afrique du Sud. Les dissidents dans les Etats communistes en ont aussi beaucoup bénéficié. La communauté scientifique internationale s'est manifestée à de nombreuses reprises[1]. Les œuvres des écrivains dissidents ont été parfois publiés en Occident, ce qui peut participer à une prise de conscience au niveau international : c'est le cas par exemple des « Versets sataniques de » Salman Rushdie. De même les journaux, les articles publiés régulièrement peuvent créer ou maintenir la pression dans l'opinion publique. Andréï Sakharov est l'un de ceux qui bénéficia de la protection la plus forte : ses écrits politiques furent largement diffusés, les scientifiques se sont mobilisés pour assurer sa liberté, des chefs d'Etat sont intervenus en sa faveur à plusieurs reprises, en 1973 il a reçu le Prix international pour la défense des droits de l'homme, en 1974, le Prix mondial « Del Duca » qui récompense un écrivain humaniste lui a été attribué, et surtout, en 1975, le prix Nobel de la paix lui est décerné. L'ensemble de ces réactions ont assuré à Andréï Sakharov une protection que le gouvernement soviétique ne pouvait plus ni contrer, ni même ignorer.

B/ La mobilisation diplomatique

La protection étatique non institutionnalisée pourrait être une protection diplomatique accordée par un Etat à ses ressortissants à l'étranger mais cette forme de garantie reste fort limitée. Il peut s'agir également d'intervention de chefs d'Etat ou de gouvernements auprès d'un pays afin qu'il modifie sa politique et prenne en compte la défense des droits de l'homme. Par exemple François Mitterrand intervînt auprès du gouvernement soviétique en faveur de Sakharov lorsque celui-ci était en exil à Gorki. De même en 1974, le Congrès américain décida de réduire l'aide militaire au Chili tant que ce pays n'aura pas « fait des progrès fondamentaux dans le domaine des droits de l'homme ». L'exemple le plus marquant reste celui des pressions étatiques exercées sur l'Afrique du Sud afin qu'elle abroge le régime de l'apartheid. Il est vrai qu'il y a eu des volontés de la part de différents Etats de

1 L'action des mathématiciens a, dans une large mesure, contribué à la libération de Léonid Pliouchtch.

s’opposer au régime de l’apartheid mais chacun sait que les intérêts politiques et économiques des Etats prennent le pas sur leur volonté – à supposer qu’elle existe – de défendre les droits de l’homme. On imagine mal un chef d’Etat prendre position en faveur des prisonniers d’un autre Etat, à moins que ce prisonnier ne soit un prisonnier « très spécial » entretenant certaines relations « très spéciales » avec des autorités étatiques...

A SUIVRE (PREMIERE PARTIE TITRE 2 : LA PROTECTION REGIONALE DES DROITS DES DETENUS)…

LE REAMENAGEMENT EN PROFONDEUR DE LA CARTE COMMUNALE A LA REUNION

(Une réforme administrative de longue haleine en faveur de l'épanouissement de la démocratie locale)

Par André ORAISON
Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Comme dans l'ensemble des D.O.M.-T.O.M., La Réunion traverse une zone de turbulences. Dans les différents "confettis de l'Empire", il est partout question de réformes administratives. Mais si dans certaines des Frances ultramarines comme la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Nouvelle-Calédonie ou la Polynésie française, des partis politiques rêvent de modifications institutionnelles de grande ampleur, voire d'autonomie ou d'indépendance, la classe politique de La Réunion – toutes tendances confondues – semble se contenter de réajustements administratifs dans le cadre traditionnel de la République française. C'est dire qu'il n'y a dans l'île, en ce début de XXIème siècle, ni parti autonomiste de nature à remettre en cause le statut départemental établi au lendemain de la Libération et consolidé en 1996 avec la mise en œuvre de "l'égalité sociale individuelle" ni, *a fortiori*, parti indépendantiste de nature à briser tout lien avec la France métropolitaine[1].

Certes, les D.O.M. demeurent toujours des éléments irremplaçables de l'organisation administrative de la France d'outre-mer. Il est certain qu'en dépit des échecs patents sur le plan économique (taux de chômage élevé à La Réunion où près de la moitié de la population est privée d'emploi), l'application progressive de la loi du 19 Mars 1946 a apporté des bouleversements dans la société réunionnaise au point de vue infrastructurel, social, sanitaire et scolaire ainsi qu'au niveau des mentalités : les Réunionnais cherchent de plus en plus à s'ouvrir sur le monde extérieur proche comme la zone Sud-Ouest de l'océan Indien ou plus lointain comme l'Europe occidentale. Mais cela ne signifie pas que La Réunion soit entièrement satisfaite de ses structures administratives qui remontent pour la plupart à la fin de la Seconde guerre mondiale.

1 Le Parti Communiste Réunionnais (P.C.R.) a revendiqué entre 1959 et 1981 un régime d'autonomie dans le cadre de la République française. Cependant, il a mis sous le boisseau cet objectif lors de l'accession à la magistrature suprême de François MITTERRAND le 10 Mai 1981. Dès le 12 Mai 1981 et à l'initiative de son Secrétaire général M. Paul VERGES, le P.C.R. considère en effet acceptable dans une Déclaration solennelle le projet socialiste sur l'outre-mer français qui prévoit une large décentralisation administrative et non pas l'autonomie interne pour chacun des quatre D.O.M. Voir ORAISON (A.), « Quelques réflexions critiques sur le Parti Communiste Réunionnais », *A.P.O.I.*, 1978, pp. 107-134 et « A propos de la décolonisation de l'île de La Réunion (L'attitude des communistes réunionnais de 1946 à 1996 : qui est responsable de la départementalisation sur le plan politique ?) », *R.D.I.S.D.P.*, 1998/1, pp. 1-34.

Le moment est alors venu d'envisager les espérances immédiates des Réunionnais. Engagé par tous les partis politiques et mis en lumière par les médias depuis une décennie, un débat récurrent porte sur des questions administratives : le redécoupage cantonal, la création d'un second département afin de rééquilibrer le Nord et le Sud de l'île ou encore – ce sera l'objet de la présente étude – le découpage des grandes communes en vue de rapprocher l'Administration des Administrés.

Cependant, ces réformes ne font pas toutes l'unanimité dans la classe politique locale. Sans être fondamentalement hostile à la bidépartementalisation qu'ils considèrent en fait comme un gadget peu utile et très onéreux, la plupart des élus réunionnais appartenant à l'U.D.F. et au R.P.R. semblent s'orienter dans une autre direction pour rapprocher les citoyens de l'Administration. Les forces locales de droite préfèrent en effet la création de nouvelles municipalités par découpage des communes existantes comme celles de Saint-Louis[1], de Saint-Paul [2] (la plus vaste de la France hexagonale par son étendue après Arles) ou de Saint-Pierre[3]. Pour sa part, la "gauche plurielle" locale (communistes et socialistes) n'est pas hostile à une telle réforme mais considère qu'elle devrait être synchronisée avec la bidépartementalisation. Au moins sur le plan des principes, le découpage communal de l'île fait aujourd'hui l'unanimité dans la classe politique réunionnaise[4].

On sait par ailleurs que la création d'un second département à La Réunion ne se fera pas dans l'immédiat. Certes, le Gouvernement de M. Lionel JOSPIN avait bien adopté en Conseil des ministres le 5 Avril 2000 un projet de loi d'orientation sur les D.O.M. devant instituer la bidépartementalisation à La Réunion au 1er Janvier 2001. Mais au dernier moment – dans la nuit du 15 au 16 Novembre 2000 lors du vote définitif de la loi – et en accord avec les cinq députés de La Réunion (trois communistes, un socialiste et un divers droite), il a renoncé au moins

1 Par décision du 19 Janvier 2000, le Conseil municipal de Saint-Louis a autorisé le maire à engager une procédure administrative visant à créer deux nouvelles entités (les communes de La Rivière et de Saint-Louis) sur le territoire de l'actuelle commune sous réserve de la création préalable de deux nouveaux cantons sur le territoire de Saint-Louis. Voir « La procédure de découpage communal est lancée à Saint-Louis », *Témoignages*, Jeudi 27 Janvier 2000, p. 3.

2 Constitué le 28 Mars 1997 à l'initiative de M. Yvon LUCAS, un "Collectif pour la création de nouvelles communes à Saint-Paul" souhaite diviser l'actuelle commune de Saint-Paul – comptant en 1999 quelques 87 000 habitants répartis sur un territoire au demeurant très accidenté de 241 kilomètres carrés (soit près du dixième de la superficie de La Réunion !) – en cinq nouvelles collectivités de base, à savoir : Bois de Nèfles, Guillaume/Bellemène, La Saline, Saint-Paul-ville /Saint-Gilles-Les-Bains et Tan Rouge/Saint-Gilles-Les-Hauts. Voir « Réforme administrative et développement. Engager sans attendre la concertation pour créer de nouvelles communes à Saint-Paul », *Témoignages*, Mercredi 3 Mai 2000, p. 5.

3 Le député-maire de Saint-Pierre – M. Elie HOARAU – prévoit à terme de découper la "capitale du Sud" en trois nouvelles communes de plein exercice : Saint-Pierre-ville, Grand-Bois et La Ravine des Cabris. Voir « Réorganisation administrative et développement. Une réponse à Jean-Louis RABOU », *Témoignages*, Mercredi 2 Février 2000, p. 2.

4 *Cf.* PEAUDECERF (S.), *Esquisse de recherche en géographie politique appliquée : l'aménagement du maillage communal réunionnais*, Mémoire de D.E.A. de géographie réalisé sous la direction de M. Jean-Louis GUEBOURG, Professeur de Géographie à l'Université de La Réunion, Année universitaire 1998-1999, 81 pages.

provisoirement et pour des raisons tactiques à cet objectif[1]. Contestée sur d'autres points par la droite parlementaire (U.D.F.-R.P.R.), la loi a finalement été déclarée, dans son ensemble, conforme à la Constitution du 4 Octobre 1958 par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 7 Décembre 2000 (J. O. R. F., 14 décembre 2000, pp. 19830-19834). La Haute instance a notamment déclaré conforme à la Loi fondamentale de la Vème République l'article 62 qui crée le Congrès dans chacun des D.O.M. – "congrès des élus départementaux et régionaux" – pour décider de leur évolution statutaire ou de transferts de compétences tout en précisant qu'il n'était pas "une troisième assemblée délibérante mais un moyen de concertation entre le conseil général et le conseil régional d'un D.O.M.»[2].

La bidépartementalisation étant ainsi écartée tandis que le Congrès est rejeté par toute la classe politique locale, reste la solution du réaménagement de la carte communale réunionnaise. Dès à présent, une question fondamentale se pose. Pourquoi faut-il découper certaines communes ? Pour comprendre le problème, une comparaison s'impose entre La Réunion et la France hexagonale.

Contrairement à la plupart des départements métropolitains où il y a depuis la Révolution de 1789 un "maillage communal" extrêmement serré avec très souvent pléthore de petites collectivités de base, parfois fantomatiques (certaines d'entre elles que l'on peut qualifier de "microvillages" sont quasiment et depuis longtemps dépourvues d'administrés en raison de l'exode rural ! [3]), La Réunion – comme les trois départements français d'Amérique [4] – souffre depuis toujours d'une sous-administration communale aiguë.

Alors qu'un département métropolitain d'une superficie moyenne de 5.000 kilomètres carrés et regroupant 400.000 à 800.000 personnes compte de 400 à 600 communes (c'est-à-dire beaucoup trop !), La Réunion souffre d'un mal opposé[5]. Elle

1 *Cf.* ORAISON (A.), « A propos du projet de bidépartementalisation à La Réunion (Une réforme administrative salutaire) », *R.J.P.I.C.*, Mai-Août 2000, pp. 191-206 et De MONTVALON (J.-B.), « Le Gouvernement renonce à créer un second département à La Réunion », *Le Monde*, Vendredi 17 Novembre 2000, p. 8.

2 *Cf.* commentaire de la décision du Conseil constitutionnel *in Le Monde*, Dimanche-Lundi 11 Décembre 2000, p. 28.

3 Parmi ces microvillages, 1 087 ont moins de 50 administrés et une cinquantaine ne dépassent pas 10 habitants ! Voir HABIB (A**)**, « Rouvroy-Ripont (Marne) : 7 habitants et bien des soucis », *Le Monde*, Mardi 24 Octobre 2000, p. 16.

4 La Guadeloupe, la Guyane et la Martinique comptent 90 communes pour une population d'un million d'habitants.

5 On peut à l'occasion mesurer la justesse de l'observation de M. Sébastien PEAUDECERF lorsqu'il déclare qu' "à l'émiettement communal métropolitain s'oppose à La Réunion un maillage communal très lâche" (précité, p. 60). Pour remédier aux inconvénients de l'émiettement communal de la France hexagonale, comparé avec la situation existante dans les Etats voisins de l'Union européenne, une loi du 16 Juillet 1971 sur les fusions et regroupements de communes a voulu encourager la fusion des municipalités faiblement peuplées par le biais d'incitations financières non négligeables. Malheureusement, cette réforme administrative tout à fait louable au niveau des principes a échoué faute d'adhésion des populations locales. De fait, la loi du 16 Juillet 1971 est aujourd'hui "mise aux oubliettes". Voir à ce sujet DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.) et CHRETIEN (P.), *Droit Administratif*, Editions Armand COLIN, 1998, pp. 236-237.

ne dispose en effet et depuis longtemps que de 24 collectivités de base – souvent très peuplées, étendues et difficiles d'accès en raison du relief accidenté de l'île – pour régler le sort de 705.000 citoyens répartis sur 2.512 kilomètre carrés alors qu'il en faudrait – à notre avis – au moins le double [1] !

En ce début de siècle, il importe donc de trouver un juste milieu. Comment assurer le réaménagement de la carte communale réunionnaise ? Comment satisfaire les discours "scissionnistes" des populations locales ? C'est à ces questions qu'il faut répondre. Assurément, tout comme la bidépartementalisation de l'île, le découpage communal à La Réunion aura toujours des partisans et des adversaires. Il est vrai que, comme toutes réformes administratives, il n'a pas une valeur absolue. C'est dire qu'il présente des avantages qui nous paraissent de plus en plus évidents (II) et des inconvénients qui semblent de moins en moins insurmontables (I).

I/ LES INCONVENIENTS RELATIFS DU DECOUPAGE COMMUNAL A LA REUNION

Voici déjà une première remarque incontestable. Il ne sera certainement pas possible de remédier avant longtemps à la sous-administration communale qui sévit à La Réunion. D'abord, les maires actuellement en place et à la tête de petites féodalités hésitent le plus souvent à proposer un découpage communal qui aurait pour effet de leur ôter une partie de leur pouvoir. Par ailleurs, des inconvénients objectifs à la création de nouvelles collectivités de base sur le territoire des grandes communes existent dans le département de La Réunion comme dans n'importe quel département métropolitain. Qui pourrait le nier ? Quelles sont alors les différents obstacles à surmonter ?

En vérité, comme toute réforme administrative efficiente, la division des communes existantes de La Réunion en deux ou plusieurs collectivités infra-étatiques nouvelles est une réforme qui implique un coût financier non négligeable (B) et une procédure longue et complexe (A).

A/ La procédure longue et complexe du découpage communal

C'est un fait. Il n'est pas facile de mettre en œuvre une réforme visant au découpage communal en général et dans les D.O.M. en particulier. Sans doute, parle-t-on depuis longtemps d'une telle réforme à La Réunion[2]. Pourtant, il a eu très peu de création de collectivités territoriales nouvelles par découpage des municipalités existantes dans le département de l'océan Indien au XXème siècle. La dernière expérience réussie a été réalisée il y a 35 ans ! Elle remonte en effet à un

1 En l'An 2000 et depuis 1965 (date de création de la dernière collectivité de base : Cilaos), La Réunion ne compte en effet que 24 communes : (Les) Avirons, Bras-Panon, Cilaos, Entre-Deux, (L') Etang-Salé, Petite Ile, La Plaine-des-Palmistes, Le Port, La Possession, Saint-André, Saint-Benoît, Saint-Denis, Saint-Joseph, Saint-Leu, Saint-Louis, Saint-Paul, Saint-Philippe, Saint-Pierre, Sainte-Marie, Sainte-Rose, Sainte-Suzanne, Salazie, Le Tampon et Trois-Bassins.

2 *Cf.* ORAISON (A.), « La sous-administration communale à La Réunion (objectif : 40 collectivités de base) », *La Revue Administrative*, Mai-Juin 1977, pp. 301-304.

arrêté préfectoral en date du 5 Février 1965 "érigeant en commune distincte la section de Cilaos détachée de la commune de Saint-Louis»[1]. Aucune des tentatives récentes de découpage de communes existantes n'a par ailleurs encore abouti. Mais il est vrai aussi – comme le fait remarquer M. Bruno GEOFFROY – que la procédure devant conduire à la création de nouvelles collectivités de base sur le territoire des communes actuelles "se présente comme une course d'obstacles"[2].

En vérité, si l'on se réfère aux articles L. 2112-2 et suivants du Code Général des Collectivités Territoriales (C.G.C.T.) qui fixe le droit positif applicable en la matière, le réaménagement de la carte communale en France et plus précisément la scission des communes existantes implique une procédure rigoureuse et une série d'opérations plus ou moins complexes tant au niveau juridique qu'au plan économique. Par ailleurs, cette procédure et ces opérations doivent impérativement prendre en considération la coordonnée paramétrique de la durée.

En tout premier lieu, qui peut lancer la procédure de scission d'une commune ? Le plus souvent, l'initiative du projet de découpage communal émane du conseil municipal de la commune concernée et s'exprime sous forme d'une délibération spéciale autorisant le maire à lancer une "étude de faisabilité" administrative, économique et financière afin de pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause sur le découpage éventuel. La législation en vigueur précise par ailleurs que la demande de découpage communal n'est recevable que si elle est entérinée par le conseil municipal dans un délai d'un an au moins après que celui-ci ait pris connaissance de ladite étude.

Cette procédure a été suivie à La Réunion dans les quatre collectivités de base aujourd'hui officiellement candidates à la partition. C'est le cas à Saint-Leu le 23 Décembre 1996 (décision de l'organe délibérant confirmée le 21 Septembre 1998 après examen de l'étude de faisabilité) où il est question de créer deux nouvelles entités autonomes sur le territoire de la commune existante "par l'érection des cantons de Piton Saint-Leu et de Saint-Leu en communes distinctes". C'est aussi le cas à Saint-Louis le 17 Juin 1998 (décision confirmée le 19 Janvier 2000)[3], à Saint-Pierre le 20 Octobre 1998 (décision non encore ratifiée) et à Cilaos le 27 Novembre 1998 (décision confirmée le 18 Février 2000). A l'issue de cette énumération, il est possible de tirer une conclusion partielle : depuis le milieu de la décennie "90", l'idée d'un découpage du territoire de certaines communes de La Réunion a gagné du terrain et semble s'imposer, sinon dans les faits, au moins dans les esprits.

Le tiers des électeurs inscrits de la commune ou de la section de territoire peut aussi – par voie de pétition – proposer un projet de découpage. Cependant, la demande émanant du conseil municipal ou des populations locales n'est pas

1 *Cf.* Arrêté n° 200 DAG-2 *in* Recueil des Actes Administratifs de la Préfecture de La Réunion, 1965, p. 30.

2 *Cf.* GEOFFROY (B.), « Pourquoi Saint-Leu stoppe son projet. Le découpage communal est impossible », *Le Quotidien de La Réunion*, Mercredi 5 Juillet 2000, p. 8.

3 *Cf.* « Vers l'indépendance de la Rivière », *Le Quotidien de La Réunion*, Jeudi, 20 Janvier 2000, p. 8.

immédiatement recevable : elle ne l'est que si elle est confirmée à l'expiration du délai d'une année. Le cas ne s'est pas encore présenté à La Réunion[1].

Le pouvoir central peut lui aussi prendre l'initiative de modifier les circonscriptions territoriales des communes. En son nom, le préfet peut ouvrir la procédure même si les conseils municipaux ou les populations intéressées ne formulent aucune demande en ce sens ou même si une pétition recueille moins du tiers des signatures des électeurs. Mais l'hypothèse est rare. Le découpage communal n'a en vérité aucune chance de réussir sans une large adhésion populaire[2].

Dès lors qu'elle est lancée, comment se déroule la procédure d'instruction ? Une fois saisi de la demande de découpage, le préfet a l'obligation de poursuivre la procédure jusqu'à son terme même si son pouvoir de décision reste entier sur le fond. Deux phases doivent alors être distinguées.

D'abord, le préfet doit prescrire une enquête d'utilité publique portant sur le projet de découpage communal et sur les conditions de sa réalisation. Les modalités de cette enquête ne font pas l'objet de dispositions légales impératives. Dans la pratique, le représentant de l'Etat désigne un *commissaire-enquêteur* chargé de recueillir les observations des populations intéressées. Ces dernières sont elles-mêmes nécessaires "à l'établissement d'un véritable avis" ou avis personnel[3]. L'idée dominante qui doit être respectée est que tous les habitants des communes concernées soient mis à même de présenter leurs observations et ceci en connaissance suffisante du projet envisagé. La procédure d'instruction comporte ensuite l'intervention de *commissions syndicales* (une par future commune) qui sont chargées de donner leur avis sur le projet de découpage communal. Le nombre de ses membres est fixé par l'arrêté préfectoral instituant la commission. Par ailleurs, les membres de la commission sont choisis parmi les personnes éligibles au conseil municipal de la commune et sont élus selon les mêmes règles que l'élection des conseillers municipaux des communes de moins de 2 500 habitants. La commission élit par ailleurs en son sein son président.

Le déroulement de la procédure implique également les avis des organes délibérants de certaines collectivités locales. D'abord, les conseils municipaux

1 Des citoyens prennent parfois des initiatives afin d'obtenir le découpage des collectivités de base. Voir LEBRETON (J.-M.), « Où en est le découpage de Saint-Paul ? » *Le Journal de l'Ile*, Dimanche, 19 Novembre 2000, p. 59.

2 En présentant son projet visant à diviser sa commune en deux collectivités nouvelles – la commune de La Rivière et la commune de Saint-Louis – le maire a souligné qu'une décision aussi importante ne peut d'abord être prise que par les intéressés eux-mêmes, "en toute connaissance de cause, en toute liberté de choix dans la plus grande transparence après une campagne d'information suivie d'un débat ouvert à tous" dans la mesure où "il s'agit d'une mutation administrative majeure et du devenir d'une population de plus de quarante mille habitants". M. Guy ETHEVE précise que "chaque habitant pourra avoir autant d'informations, d'explications et de discussions qu'il le voudra avant de se décider". Voir « La procédure de découpage communal est lancée à Saint-Louis », *Témoignages*, Jeudi 27 Janvier 2000, p. 3.

3 La circulaire du 20 Avril 1989 rappelle cette exigence qui découle de la jurisprudence administrative. Voir à ce sujet l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 22 Mai 1981 dans l'affaire BRULEZ et autres *in Rec. LEBON*, 1981, pp. 233-234.

intéressés donnent un avis qui prend la forme d'une délibération. Bien entendu, l'avis doit être donné après clôture de l'enquête publique et après que la commission syndicale ait elle-même donné le sien. Le conseil municipal doit donner un avis définitif au vu des résultats de l'enquête et de l'avis de la commission.

Pour sa part, le conseil général peut être saisi afin d'émettre à son tour un avis sur le projet de découpage communal. Mais son avis n'est pas nécessaire si le projet ne modifie pas les limites cantonales et si les conseillers municipaux et les commissions syndicales intéressés sont d'accord sur la modification proposée.

Enfin, un décret en conseil d'Etat est requis, sur la proposition du ministre de l'Intérieur, lorsque la modification territoriale porte atteinte aux limites cantonales existantes. En revanche, lorsque la redéfinition de la carte communale ne porte pas atteinte à ces limites, un arrêté préfectoral suffit[1].

Après une ultime délibération du conseil municipal, le préfet prononce la dissolution de la commune existante et met en place une délégation spéciale dans chacune des communes nouvellement créées s'il s'écoule moins de trois mois avant les élections générales.

Comme toute réforme qui se veut efficiente, la multiplication des communes à La Réunion implique – outre une procédure longue et complexe (A) – un coût financier non négligeable (B).

B/ Le coût financier non négligeable du découpage communal

Tout d'abord, les partisans des grandes communes existantes ou du *statu quo* font valoir que la réorganisation en profondeur de la carte communale à La Réunion est une opération qui aura – comme toute réforme – des conséquences financières au niveau des dépenses publiques comme au niveau des recettes publiques. Qui pourrait nier une telle assertion ?

En vérité, les équipements ou investissements nouveaux indispensables et parfois très lourds comme, par exemple, la construction de nouvelles mairies et de bâtiments aptes à accueillir les différents services techniques ainsi que le recrutement du nouveau personnel communal – capables de garantir la continuité et la qualité même du service public dans les nouvelles entités administratives – devront être, en grande partie, financés par les Réunionnaises et les Réunionnais sous une forme ou sous une autre : taxes locales, subventions, octroi de mer et emprunts publics.

A l'occasion, comment résoudre, sur le plan patrimonial, le problème crucial de la dévolution des biens mobiliers et immobiliers ainsi que le sort du personnel communal titulaire et non-titulaire ? Par ailleurs, comment va-t-on trancher le problème du partage équitable des dettes de l'ancienne municipalité entre les

1 Les décrets portant modification des limites territoriales des communes existantes font l'objet d'une publicité au *J.O.R.F*. Pour leur part, les arrêtés préfectoraux portant création de nouvelles communes sont publiés à la diligence du préfet dans le Recueil des actes administratifs de la Préfecture. Néanmoins, mention en est toujours faite au *J.O.R.F*.

nouvelles entités ? De quels équipements disposeront exactement ces dernières ? Comment leur assurer des recettes en quantité suffisante ? Mais d'autres questions fondamentales se posent encore. Par exemple, en combien de nouvelles communes faut-il découper la collectivité locale existante ? En deux, en trois ou en quatre ? Par ailleurs, quels critériums mettre en œuvre pour délimiter les nouvelles collectivités de base ? Enfin et surtout, comment être assuré que les nouvelles entités administratives auront une identité propre qui soit ressentie et partagée comme telle par leurs habitants ?

Ce sont assurément toutes ces questions techniques qui sont de nature à retarder de manière durable – sinon à décourager ou à rendre quasiment impossible – la mise en œuvre effective du processus de découpage communal à La Réunion[1].

De surcroît, une circulaire du ministère de l'Intérieur en date du 20 Avril 1989 fixe un certain nombre de recommandations ou de directives aux préfets et leur demande de ne répondre favorablement "aux projets de scissions" des communes existantes que si un certain nombre de conditions élémentaires sont réunies. Certaines de ces conditions méritent ici d'être mentionnées.

Il faut d'abord que la demande de scission des communes existantes corresponde "à une volonté réelle des populations concernées" et présente "un lien direct avec l'intérêt général". Mais il faut encore qu' "une étude prospective approfondie des finances" des futures collectivités infra-étatiques permette "de s'assurer au préalable de leur viabilité financière", c'est-à-dire sans augmentation de la pression fiscale pour les contribuables des nouvelles municipalités.

Assurément, l'objectif de la réforme est de préserver une qualité du service public communal qui soit au moins égale à celle qui existait avant la survenance de la scission. Les quatre collectivités réunionnaises qui se sont engagées dans ce processus de découpage – à savoir les communes de Cilaos, de Saint-Leu, de Saint-Louis et de Saint-Pierre – ont déjà satisfait à cette condition. Toutes ont en effet confié au Cabinet d'expertise comptable FIDECOREX l'examen de cette *étude de faisabilité économique et financière* qui a été remise à leurs maires respectifs.

La circulaire ministérielle du 20 Avril 1989 apporte au demeurant des précisions concernant le concept de "viabilité financière" des nouvelles communes. Elle suggère en effet des regroupements ou associations entre les nouvelles collectivités de base : "Un accord doit pouvoir être réalisé entre les collectivités concernées sur le modalités financières et patrimoniales de la scission et sur la gestion conjointe future des principaux services publics, par exemple dans une structure de coopération intercommunale". Si d'un côté, on découpe certaines communes existantes, de l'autre il faut faire jouer la solidarité entre les nouvelles collectivités locales et effectuer leur regroupement dans des structures adéquates comme le souhaite d'ailleurs le Législateur. Ces deux opérations ne s'opposent nullement. Elles sont même tout à fait complémentaires.

---

1 *Cf.* en ce sens l'interview de M. Jean-Luc POUDROUX, maire de la commune de Saint-Leu et Président du Conseil général de La Réunion, *in Le Quotidien de La Réunion*, Mercredi 5 Juillet 2000, p. 9.

Il est certain que la coopération intercommunale est la condition *sine qua non* à la fiabilité des nouvelles collectivités infra-étatiques dans un certain nombre de domaines qui intéressent la vie quotidienne des habitants. C'est l'opinion du Président du Conseil régional de La Réunion pour qui "la coopération intercommunale est liée au "découpage des grandes communes". Après avoir constaté que la coopération intercommunale avait connu des avancées substantielles à La Réunion au cours des dernières années, M. Paul VERGES – Sénateur communiste et Président du P.C.R – précise le 5 Juillet 1999 que "seule la coopération intercommunale peut permettre de réaliser cette réforme administrative nécessaire qu'est la création de nouvelles communes»[1].

En vérité, la partition des grandes municipalités de La Réunion ne s'oppose pas à l'établissement de lien de coopération entre nouvelles collectivités par le truchement de multiples structures de regroupement communal toujours efficientes et parfois très anciennes – syndicats intercommunaux à vocation unique institués en vertu d'une loi du 22 Mars 1890, syndicats intercommunaux à vocation multiple (S.I.V.O.M.) et districts urbains prévus par une ordonnance du 5 Janvier 1959, communautés urbaines envisagées par la loi du 31 Décembre 1966 ou encore communautés de villes et communautés de communes prévues par la loi d'orientation du 6 Février 1992 relative à l'administration territoriale de la République – qui sont autant d'*espaces de solidarité* pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire.

Concrètement, le département français de l'océan Indien regroupe depuis la fin de la décennie "90" la totalité de ses 24 communes dans des structures de coopération intercommunale généralement créées "pour une durée illimitée" et plus précisément dans des communautés de communes qui sont actuellement régies par les articles L 5214-1 à L 5214-29) du Code Général des Collectivités Territoriales (C.G.C.T.). En l'espace de deux ans (1996-1997), cinq Etablissements Publics de Coopération Intercommunale (E.P.C.I.) à fiscalité propre ont ainsi été créés dans la région Réunion pour permettre à leurs membres d'associer leurs savoir-faire et leurs moyens financiers et techniques à la réalisation d'objectifs communs à court, moyen et long terme.

On peut citer la Communauté Intercommunale du Nord de La Réunion (C.I.N.O.R.) qui regroupe trois collectivités (Saint-Denis, Sainte-Marie, Sainte-Susanne)[2]. Créée par arrêté préfectoral du 22 Octobre 1997, elle est opérationnelle depuis le 1er Janvier 1998. Il faut également citer la Communauté des Communes de l'Est (C.C.E.). Créée le 19 Décembre 1996 et opérationnelle depuis le 1er Juillet 1997, elle rassemble six communes (Bras-Panon, La Plaine-des-Palmistes, Saint-André, Saint-Benoît, Sainte-Rose, Salazie). On peut encore citer la Communauté des Communes de la Côte Ouest (C.C.C.O.) qui associe trois entités (Saint-Leu, Saint-

1 *Cf.* son discours prononcé à l'occasion des Journées réunionnaises de l'intercommunalité *in* « Nos collectivités face aux défis du développement », *Témoignages*, Vendredi 9 Juillet 1999, p. 5.

2 *Cf.* « Partenariat C.I.N.O.R.-Eco-Emballages sur le tri sélectif. Bientôt les poubelles à choix multiples », *Le Journal de l'Ile*, Vendredi 25 Août 2000, p. 11.

Paul, Trois-Bassins) depuis le 27 décembre 1996 et la Communauté des Communes du Sud (C.C.S.) qui en regroupe cinq depuis le 31 Décembre 1997 (L'Entre-Deux, L'Etang-Salé, Les Avirons, Le Tampon, Saint-Joseph).

Il faut enfin citer la Communauté Intercommunale des Villes Solidaires (C.I.V.I.S.) qui se substitue au Syndicat Intercommunal à Vocation Multiple de La Réunion (S.I.V.O.M.R.) créé le 6 Octobre 1983. Depuis le 20 Avril 1997, la C.I.V.I.S. unit sept municipalités (Cilaos, La Possession, Le Port, Petite-Ile, Saint-Louis, Saint-Philippe, Saint-Pierre). Mais il est déjà question de transformer la plupart de ces *communautés de communes* en *communautés d'agglomérations* avec une aide financière non négligeable de la part de l'Etat au cours de la période 2001-2002.

Les différentes formes de regroupement communal sont en effet consacrées et encouragées par la loi du 12 Juillet 1999[1]. Votée à l'initiative du ministre de l'Intérieur – M. Jean-Pierre CHEVENEMENT – cette loi est "relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale" qui existe dans des domaines aussi diversifiés et essentiels que le développement économique, sanitaire et culturel et la promotion du tourisme ayant en tout ou partie un intérêt communautaire, l'aménagement du territoire et la mise en œuvre d'une politique à long terme du logement et de l'urbanisme, la protection et la mise en valeur du cadre de vie et de l'environnement, la création d'un service public de transports en commun urbains et scolaires, la lutte contre la divagation des carnivores domestiques et la gestion de fourrières animalières, la prévention des incendies, le traitement des eaux usées, la gestion, l'assainissement et la distribution de l'eau potable ainsi que la collecte sélective, le transport, l'élimination et la valorisation rationnelle des ordures ménagères et autres déchets assimilés (objets encombrants et carcasses de véhicules).

Ainsi, la multiplication des communes envisagée à La Réunion ne peut plus être considérée comme une opération hasardeuse sur le plan financier. Elle est rendue possible par les différentes formes de regroupement communal ainsi recensées et déjà mis en œuvre avec succès au cours des dernières années. En guise de conclusion paradoxale et néanmoins logique, on pourrait dire avec M. Elie HOARAU – député-maire de Saint-Pierre – que "le développement de la coopération intercommunale à La Réunion a été un facteur décisif en faveur du découpage communal»[2].

Après avoir analysé les inconvénients de moins en moins pénalisants de la multiplication des collectivités infra-étatiques de base à La Réunion (I), nous devons maintenant présenter les avantages de plus en plus évidents de ce découpage communal (II).

---

1 Dans la circulaire du ministre de l'Intérieur du 20 Avril 1989, la coopération intercommunale est proposée comme un moyen pour les nouvelles communes de gérer de manière conjointe leurs principaux services publics.

2 *Cf.* « Réorganisation administrative et développement. Le découpage communal : une idée qui a mûri ces dernières années », *Témoignages*, Mardi 1er Février 2000, p. 2.

II/ LES AVANTAGES DE PLUS EN PLUS EVIDENTS DU DECOUPAGE COMMUNAL A LA REUNION

Pourquoi faut-il une réorganisation en profondeur de la carte communale à La Réunion ? Pourquoi vouloir découper certaines collectivités de base ? Pourquoi vouloir des communes plus petites sur les plans démographique et territorial ? Pourquoi l'idée d'un découpage communal a-t-elle gagné du terrain au cours des cinq dernières années ? En vérité, tous les observateurs de droite comme de gauche s'accordent à trouver dans une telle opération certains avantages.

Comme la bidépartementalisation (mise sous le boisseau depuis le 16 Novembre 2000 pour des raisons tactiques par le Gouvernement de M. Lionel JOSPIN en accord avec les forces de progrès de La Réunion) et le découpage cantonal, le découpage de certaines des 24 communes du département de l'océan Indien doit répondre à un double impératif. Il faut en effet assurer le renforcement de la démocratie au niveau local (b) et tenir compte, en tout premier lieu, de l'évolution démographique dans le département de La Réunion depuis la Libération (a).

A/ L'évolution démographique dans le département de La Réunion

Tous les élus politiques favorables à la refonte de la carte communale locale mettent l'accent sur la nécessité de tenir compte de la croissance démographique de La Réunion qui est en vérité spectaculaire depuis la mise en œuvre de la loi de départementalisation du 19 Mars 1946.

A cet égard, on peut souligner avec le député-maire communiste (P.C.R.) de Saint-Pierre qu'il faut désormais compter avec "la prise de conscience de l'impact démographique sur l'évolution de la situation à La Réunion en général mais aussi sur la situation d'une commune et sur sa gestion en particulier". M. Elie HOARAU précise qu'il y a "désormais chez bon nombre de décideurs – dont les élus – un réel souci d'intégrer les effets de la situation démographique pour mieux appréhender la gestion municipale et, au-delà, concevoir l'avenir de la collectivité»[1].

De fait, le développement démographique de l'île est considérable depuis la fin de la Seconde guerre mondiale : répartie sur 2 512 kilomètres carrés, la population de La Réunion comptait à peine 230 000 habitants le 19 Mars 1946 au moment de son classement en département d'outre-mer alors qu'elle en compte 705 000 d'après le dernier recensement effectué en 1999. C'est dire que le chiffre initial a été multiplié par trois au cours des 53 derniers années en raison de l'amélioration des conditions de vie de ses habitants sur les plans social, sanitaire et culturel.

Cette évolution rapide s'est traduite par l'émergence de grande communes à La Réunion sur le plan démographique. Pour bien appréhender ce phénomène, on peut au demeurant établir une comparaison simple. Dans la mesure où la France

1 *Cf.* article précité *in Témoignages*, Mardi 1er Février 2000, p. 2.

compte plus de 36500 communes réparties entre une centaine de départements selon une circulaire du 20 Avril 1989, il y a donc, en moyenne, 365 communes par département métropolitain contre 24 seulement à La Réunion et environ une commune pour 1 595 habitants en Métropole contre 29375 dans le D.O.M. de l'océan Indien occidental ! A la suite de cette étude comparative, il est permis d'opposer en quelque sorte les "micro-communes" de la France hexagonale aux "méga-communes" de l'île de La Réunion ! La différence est déjà considérable. Mais elle risque encore de s'accroître dans les années à venir.

Le découpage communal à La Réunion doit en effet prendre en considération une autre coordonnée paramétrique. Il doit être envisagé à la lumière des perspectives démographiques du département des Mascareignes. Faut-il en effet préciser que l'île de La Réunion devrait connaître encore une forte croissance de la population par rapport à la France hexagonale au cours des trois prochaines décennies et qu'elle dépassera vraisemblablement le cap du million d'habitants en 2025 ?

Encore en grande partie rurale, la population de La Réunion est par ailleurs très dispersée. Elle vit dans de très nombreux écarts et parfois même dans des gros bourgs très peuplés et géographiquement distincts les uns des autres. De surcroît, elle est implantée sur une "île-continent" où le relief volcanique et montagneux ainsi que l'érosion provoquée par les fortes pluies ne facilitent pas les communications entre les habitants. Le résultat est là : beaucoup de Réunionnais sont ainsi éloignés ou se sentent éloignés des chefs-lieux communaux, des élus municipaux et, en premier lieu, de leurs maires.

Contrairement à beaucoup de citoyens métropolitains, ils n'ont pas toujours le sentiment d'appartenir à une "communauté d'intérêts". Faut-il préciser qu'en période cyclonique, pendant l'été austral, les communes rurales situées dans les cirques de Cilaos et de Salazie sont souvent isolées du reste de l'île tandis que l'accès au cirque de Mafate – lui-même partagé entre les communes de La Possession et de Saint-Paul par la rivière des Galets – se fait encore à pied [1] ?

Ainsi, des changements importants s'imposent comme le souligne le maire de Saint-Leu et Président du Conseil général de La Réunion. Pour M. Jean-Luc POUDROUX, la création de nouvelles collectivités de base est indispensable si l'on veut avoir "des communes à taille humaine" et conduire "une politique de proximité»[2]. C'est dire que la création de nouvelles communes à La Réunion doit tenir compte de ces coordonnées paramétriques qu'on ne retrouve pas dans la plupart des départements métropolitains. Mais il en est d'autres qu'il importe de présenter. Il

1 Les Mafatais ont déjà le sentiment de former une communauté d'intérêts spécifique par rapport aux habitants de La Possession et de Saint-Paul. Aussi aspirent-ils à une gestion de proximité et à la création d'une "commune à part entière" comme le souligne M. Alain HOAREAU en sa qualité de Président de l'Association possessionnaise des îlets de Mafate. Voir « Et pourquoi pas une commune à Mafate ? », *Le Quotidien de La Réunion*, 25 Mai 2000, p. 13.

2 *Cf.* « Rien n'est fait pour nous aider à découper », *Le Quotidien de La Réunion*, Mercredi 5 Juillet 2000, p. 9.

faut ainsi tenir compte de la nécessité du renforcement de la démocratie au niveau local (b).

B/ La nécessité du renforcement de la démocratie au niveau local

D'emblée, une réflexion générale s'impose : la loi du 2 Mars 1982 relative aux droits et aux libertés des communes, des départements et des régions, la loi d'orientation du 6 Février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, la loi du 4 Février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, la loi du 12 Juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale et la loi d'orientation du 13 Décembre 2000 sur l'outremer instaurent de nouvelles relations entre les collectivités territoriales et l'Etat. Elles leur confèrent de nouvelles responsabilités dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales afin de mettre en œuvre l'aménagement rationnel du territoire, de favoriser la modernisation du service public et de permettre l'épanouissement de la démocratie locale. A ce titre, la création de nouvelles communes outre-mer s'inscrit dans cette perspective de décentralisation.

Le découpage communal est une nécessité impérieuse à La Réunion. Il doit en effet permettre l'approfondissement de la décentralisation administrative, le renforcement de la démocratie au niveau local par une meilleure représentation des citoyens et par une participation toujours plus grande des populations intéressées à la gestion de leurs propres affaires. Souvent avancée par les élus municipaux eux-mêmes, cette argumentation est fondamentale. Elle semble même prendre de plus en plus d'importance comme le souligne le député-maire communiste de Saint-Pierre. A l'occasion, M. Elie HOARAU n'hésite pas à employer un langage imagé et à entrer dans le concret pour exprimer l'idée qu'on n'administre bien que de près et que, dès lors, il faut sans cesse rapprocher l'Administration communale et les élus locaux des Administrés :

"L'évolution sociale a eu aussi des incidences propres. Pour faire face à la crise et pour subvenir à ses besoins en logement, travail, animation sociale, etc., la population a pris de plus en plus l'habitude de s'adresser aux élus municipaux dont les maires. Ces dernier, du fait de la décentralisation mais aussi de la multiplication des formes de traitement social du chômage (C.E.S., contrats de ville, emplois-jeunes...) sont de plus en plus en première ligne. C'est dans ce contexte que sont nées l'expression "*le maire est un élu à portée de gifle*" mais aussi l'idée de multiplier les élus dits de proximité»[1].

Dans le cadre de la départementalisation décidée par la loi du 19 Mars 1946, il y a manifestement un déficit certain de démocratie à La Réunion alors même que ce D.O.M. a connu une explosion démographique sans précédent tout au long de la seconde moitié du XXème siècle. Concrètement, il y a aujourd'hui un nombre insuffisant de représentants des collectivités de base et notamment d'élus municipaux et de maires. Dès lors, "des pans entiers de la population réunionnaise

1 Précité, p. 2.

ne sont pas représentés" ou sont superficiellement représentés comme le constate, dans une Tribune libre publiée par *Témoignages* le 3 Mai 2000, M. Yvon LUCAS. L'ancien conseiller municipal de Saint-Paul devait ainsi conclure : "Pour être adaptées efficacement à la situation, aux nécessités du quotidien, aux besoins et aux aspirations du citoyen, cette administration et cette gestion (locales) doivent être conduites au plus près du terrain, au plus près de la population»[1].

Dès lors, il faut constituer des entités administratives plus homogènes. C'est dire que la multiplication du nombre des communes à La Réunion apparaît comme une ardente obligation. Une telle opération aura pour effet d'augmenter le nombre des élus locaux qui, par définition, sont plus proches que quiconque des administrés.

Ainsi, le maire de Saint-Louis souligne-t-il que la division de sa commune en deux nouvelles collectivités doit avoir pour effet de "faire émerger de nouveaux responsables" en faisant passer de 39 à 70 le nombre des élus, "soit deux fois 35 élus pour les deux futures communes". M. Guy ETHEVE précise que "la création des nouvelles communes de Saint-Louis et La Rivière... doit favoriser le développement de la démocratie : les habitants, davantage représentés dans chacune des deux futures communes (un conseiller municipal pour 500 habitants au lieu comme aujourd'hui d'un élu pour 1000 habitants), se sentiront plus impliqués dans les décisions prises, ce qui développera leur participation à la vie publique locale»[2].

On peut également citer le point de vue plus global de M. Michel VERGOZ – chef de file de la rénovation socialiste et Premier secrétaire fédéral du P.S. à La Réunion depuis le 30 Novembre 2000 – lorsqu'il déclare à la presse locale : "20 communes de plus à La Réunion, ce serait 600 conseillers municipaux supplémentaires, 300 femmes investies dans la vie publique, une formidable réoxygénation de la démarche politique et un renforcement de la politique de proximité»[3].

Au cours des prochaines années, la réorganisation en profondeur de la carte communale réunionnaise permettra, en d'autres termes, de rapprocher de manière substantielle l'Administration locale des administrés, les conseillers municipaux et les maires des citoyens, les élus et la population et améliorera, en fin de compte, l'exercice de la démocratie à l'échelon local. Sur un plan plus général, la multiplication en nombre raisonnable des communes de La Réunion au cours des prochaines années aura pour effet – comme le souligne à juste titre M. Jean-Louis RABOU, Rédacteur en chef du journal *Le Quotidien de La Réunion et de l'Océan Indien* – de "rapprocher l'île de la démocratie française»[4]. Que dire alors en guise de réflexions finales ?

Réflexions finales

1 *Cf.* « Engager sans attendre la concertation pour créer de nouvelles communes à Saint-Paul », article précité, p. 5.

2 Précité, p. 3.

3 *Cf.* Interview *in Le Journal de l'Ile*, Lundi 20 Novembre 2000, p.10.

4 *Cf.* « Découper les communes », *Le Quotidien de La Réunion*, Samedi 26 Juin 1999, p. 1.

Une première réflexion s'impose. Le débat opposant la droite et la gauche à propos du réaménagement administratif de La Réunion au niveau communal est plutôt serein par rapport à la querelle statutaire qui a opposé au cours de la période 1959-1981 les partisans de la départementalisation (droite et socialistes) à ceux de l'autonomie de l'île (gauche communiste).

Ce constat est prometteur. Cependant, rien ne doit être entrepris dans la précipitation lorsque l'on vise, à terme, à doubler le nombre des collectivités de base dans le département de l'océan Indien.

Des études sérieuses doivent en effet être menées à tous les niveaux – impliquant un débat permanent et une consultation des populations intéressées par la voie du référendum sur la base de la loi d'orientation du 6 Février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, qui encourage le renforcement de la démocratie locale en donnant aux édiles la possibilité de consulter directement les habitants des communes ou de la loi du 4 Février 1995, relative à l'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, qui a ouvert à ces derniers la possibilité de demander à être consultés [1] – pour réaliser dans les premières décennies du XXIème siècle les grandes réformes administratives justifiables pour une multitude de raisons à la fois politiques, économiques, sociales et culturelles et toutes, spécifiques à La Réunion.

Au moment où le Gouvernement de la "gauche plurielle" animée par M. Lionel JOSPIN propose pour l'outre-mer français, des réformes administratives "à la carte" (comme c'est le cas en en Europe pour la Corse, en océan Pacifique pour la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française [2] ou encore dans le canal de Mozambique pour Mayotte), le moment est peut-être venu de faire preuve de souplesse et d'audace dans la zone Sud-Ouest de l'océan Indien.

C'est dire que s'imposent dans ce contexte propice *et* la bidépartementalisation de La Réunion en vue d'assurer un développement équilibré du Nord et du Sud de l'île comme le souhaitent les partis politiques de la gauche réunionnaise *et* la création de nouvelles communes afin de rapprocher l'Administration des citoyens et de constituer, par voie de conséquence, un réservoir plus important de responsables politiques comme le réclament à juste titre tous les partis politiques de l'île [3].

Loin de s'opposer, ces deux réformes vont dans le sens de l'intégration de La Réunion au sein de la République française, de nouvelles avancées dans la voie de la déconcentration des structures étatiques, de l'approfondissement de la

1 La loi du 16 Juillet 1971 prévoyait déjà un référendum en matière de fusion de communes. Voir FRANCOU (J.-P.), « Le référendum local. Heurs et malheurs », *Droit Administratif*, Editions du Juris-Classeur, Juillet 2000, pp. 4-8.

2 *Cf.* GOESEL-LE BIHAN (V.), « La Nouvelle-Calédonie et l'Accord de Nouméa : un processus inédit de décolonisation », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 24-75.

3 *Cf.* ORAISON (A.), « A propos du projet de bidépartementalisation à La Réunion. Création de deux départements : une réforme administrative salutaire », *Le Quotidien de La Réunion*, 21 Février 2000, p. 19.

décentralisation administrative et de l'épanouissement de la démocratie au niveau local. C'est dire qu'elles nous paraissent à la fois nécessaires et complémentaires. C'est là notre ultime réflexion.

Etude achevée le 9 février 2001

LES ZONES D'EXCEPTION FISCALE COMME INSTRUMENT DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

Par Johary RAVALOSON
Doctorant à l'Université de La Réunion.

L'aménagement territorial est conçu pour corriger les déséquilibres créés par les polarisations des ressources autour de grandes métropoles. Il répond à l'exigence constitutionnelle d'égalité entre les citoyens où qu'ils soient sur le territoire national. A l'origine, de la part d'un Etat-providence qui n'avait pas de concurrents, dans une vision verticale et hiérarchique de l'organisation sociale, "aménager, c'était donc, selon les propos du professeur Yves Madiot, redistribuer et transférer" [1].

Malgré ou à cause de l'objectif défini par Claudius Petit, lors des premières impulsions ministérielles de l'aménagement de territoire, en 1950 (« la recherche dans le cadre géographique d'une meilleure répartition des hommes en fonction des ressources naturelles et des activités économiques »)[2], l'aménagement du territoire s'est toujours opposé au marché. Ce qui jetterait l'anathème sûrement ici, c'est l'adjectif "meilleure" : une meilleure répartition des ressources, une meilleure régulation des productions et de l'échange... que le marché. D'emblée, le *taxis* veut réformer le *kosmos*, l'ordre spontané cher aux libéraux et à Hayek[3].

Depuis "la fin du territoire jacobin"[4] cependant, le temps n'est plus où l'Etat, par DATAR interposée, pouvait imposer, orienter, diriger l'économie nationale ou même locale. D'une part, les responsabilités de mises en œuvre de l'aménagement du territoire relèvent désormais non seulement de l'Etat, mais aussi de différentes collectivités à l'intérieur de l'Etat, voire même à l'extérieur, l'Europe.

D'autre part, et surtout, la promotion des mécanismes du marché, la soumission des acteurs économiques publics et privés à une compétitivité accrue et la libéralisation générale des facteurs de production, le capital et le travail, tout cela ne pouvait rester sans conséquence sur l'action de l'Etat.

Le dirigisme économique de la puissance publique diminué, la décentralisation en marche, l'Etat pour aménager toujours le territoire, peut, entre autres, favoriser l'adhésion des acteurs économiques à ses propres objectifs, qui sont par définition, d'intérêt général.

---

1 MADIOT (Yves), *Aménagement du territoire*, 3° éd., Armand Colin, 1996, p. 146.

2 CLAUDIUS-PETIT (Eugène), *Pour un plan national d'aménagement du territoire*, 1950.

3 HAYEK (Friedrich A.), *Droit, législation et liberté*, coll. Libre Echange, P.U.F., 1980, t. 1, p. 41s., chap. 2 intitulé : "Kosmos" et "Taxis".

4 BALLIGAND (Jean-Pierre) et MAQUART (Daniel), *La fin du territoire jacobin*, Albin Michel, 1990. Voir aussi, BADIE (Bertrand), *La fin des territoires*, Fayard, 1997.

Ainsi, à l'égard des collectivités locales, il institue, entre autres, le mécanisme de péréquation financière solidaire et égalitariste. Pour le secteur privé, il établit des zones d'exception fiscale.

En effet, l'Etat par des mesures fiscales dérogatoires au droit commun favorise la localisation d'entreprises privées dans les espaces soumis aux risques de la désertification ou du déséquilibre social.

La paternité du concept, qui remonte à la fin des années 70, revient à Peter Hall, professeur d'économie à l'Université de Reading (Berkshire), et spécialiste des questions d'urbanisme. Il suggère de créer des périmètres nouveaux s'inscrivant dans la fameuse "*loi des 3D*" qui signifie déréglementation, défiscalisation, et débureaucratisation. Ainsi, les aires désignées sont libres de tout contrôle douanier et de taxe ; elles échappent autant que possible aux réglementations, administratives et sociales. Il s'agit, préconise-t-il, "de recréer le Hong Kong des années 1950 et 1960 à l'intérieur de Liverpool ou de Glasgow"[1].

L'idée sera reprise par Sir Geoffroy Howe, devenu Chancelier de l'Echiquier en 1978, et appliquée avec quelques modifications. Ainsi, les mesures adoptées recouvrent certains aspects essentiels du plan Hall : exonération d'impôts locaux, de la taxe sur les terrains à bâtir, déduction totale des investissements immobiliers du bénéfice imposable, exonération des dispositions de la réglementation professionnelle, traitement prioritaire et simplifié des formalités administratives et douanières.

S'inspirant des exemples britanniques, les autorités belges décident en 1983, la création de zones d'entreprises appelées "Zones d'emplois".

De même, la France a créé en 1986 trois bassins d'emplois : Dunkerque, La Ciotat et La Seyne, dans des secteurs géographiques disposant de bonnes infrastructures d'accueil et offrant des possibilités d'implantation pour une gamme très large d'activités. L'Ordonnance du 15 octobre 1986 prévoyait une convention entre l'Etat et les collectivités territoriales, les chambres de commerce, pour l'institution de ces zones d'entreprises et offrait une exonération de l'imposition forfaitaire annuelle prévue à l'article 223 du C.G.I., l'exonération de l'impôt sur les sociétés durant 10 ans, et aussi de la taxe professionnelle lorsque la collectivité d'implant en a décidé ainsi[2].

Dans la même veine, des avantages fiscaux sont accordés pour tout investisseur dans les DOM par la Loi de finances rectificatives (Loi Pons) du 11 juillet 1986. Cette dernière a été modifiée à plusieurs reprises et en dernier lieu par

1 HALL (Peter), Discours au Royal Town Planning Institute, 15 juin 1977, cité par LOROT (Pascal) et SCHWOB (Thierry), *Les zones franches dans le monde*, La documentation française, Paris, 1987, p.87.

2 *Cf.* HEURTREUX (Claude), "La genèse des zones d'entreprises en France", *in* Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, p.11-18.

la loi des finances pour 1998. Le régime de défiscalisation qu'elle accorde est valable jusqu'au 31 décembre 2001[1].

Si les incitations fiscales constituent un moyen d'intervention publique pour orienter l'activité des particuliers ou des entreprises, ces instruments se systématisent à partir de 1991 dans l'aménagement du territoire.

La Loi d'orientation pour la ville (LOV) du 13 juillet 1991[2] offre ainsi des exonérations de la taxe professionnelle pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans aux entreprises s'installant ou étendant leurs activités dans les grands ensembles et quartiers d'habitats dégradés.

La Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (LOADT) du 5 février 1995[3], en son article 42, crée trois *zones prioritaires d'aménagement du territoire :*

- les zones d'aménagement du territoire (ZAT),

- spécifiquement en milieu rural, les territoires ruraux de développement prioritaire (TRDP), qui comprennent les zones de revitalisation rurale (ZRR),

- et en milieu urbain, les zones urbaines sensibles (ZUS), qui comprennent les

La loi relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville du 14 zones de redynamisation urbaine (ZRU).novembre 1996[1] institue à l'intérieur des ZRU, elles-mêmes comprises dans les ZUS, les zones franches urbaines (ZFU).

---

1 *Cf.* par exemple Aide fiscale à l'investissement outre-mer. Les aménagements nouveaux, *in Revue de droit fiscal*, n° 4-5, 21-28 février 1998, p. 157 et s. Mieux encore, Une loi-programme du 31 décembre 1986 institue la possibilité de créer une zone franche où "les droits de douane, taxes sur le chiffre d'affaires et droits indirects, y compris l'octroi de mer et le droit additionnel à l'octroi de mer" pour les produits destinés à l'exportation seront suspendus. Le Règlement communautaire autorise par ailleurs leur perfectionnement actif. Cette idée de zone franche proprement dite subit une période de flottement. Le décret d'application autorisant la création d'une zone franche industrielle d'exportation sur la zone portuaire de Gillot, à La Réunion, est signé le 29 janvier 1993 ; la Chambre de commerce et d'industrie de La Réunion a été désignée comme le concessionnaire de cette opération et celle-ci se réalise en partenariat avec le Conseil régional et la commune de Sainte-Marie. Depuis, la zone franche n'a jamais vu le jour, malgré quelques résurgences de démarrages de travaux.

Cependant, de par les lois de défiscalisation successives (Loi Pons, Loi Perben et les différents aménagements prévus par les Lois de finances), les départements d'outre-mer représentent déjà des zones fiscales de très larges exceptions. Le système, dans les secteurs de l'industrie, le tourisme, la pêche, l'agriculture, l'artisanat, le bâtiment et les travaux publics, ainsi que la production audiovisuelle et cinématographique, prévoit en effet diverses incitations fiscales qui le rendent très proche d'un régime offshore :

- exonération de l'impôt sur les sociétés pendant 10 ans pour les sociétés nouvelles ou qui entreprennent une activité nouvelle ;

- pour les autres, déduction de la totalité de l'investissement productif de l'assiette imposable ;

- exonération totale de la TVA sur l'outillage industriel et agricole, les matériaux de construction et équipements destinés à l'hôtellerie ainsi que sur les matières premières destinées à l'exportation.

2 Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, *Journal officiel*, 19 juillet 1991, p. 9521.

3 Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *Journal officiel*, 5 février 1995, p. 1973 s.

A tous ces territoires dont la caractéristique commune est le faible niveau de développement économique seront appliquées "des politiques renforcées et différenciées"[2], généralement des exonérations d'impôts et de charges sociales aux entreprises qui s'y implantent.

Les zones d'exception fiscale semblent ainsi mettre en cause non seulement le principe d'égalité des contribuables devant l'impôt par les privilèges fiscaux qu'elles octroient, mais aussi le principe d'indivisibilité de la République par la fragmentation du territoire sur laquelle elles reposent. La prise en compte de la jurisprudence constitutionnelle nous évitera cependant d'enfoncer de telles portes fermées à l'ardeur jacobine.

Les développements qui suivent consistent à analyser l'adéquation juridique de ces instruments, les zones d'exception fiscale, par rapport à la fonction d'aménagement et de développement annoncée afin d'en démonter le mécanisme et d'en délimiter les risques induits.

Deux questions se posent lorsqu'on examine les concepts en cause :

- Comment les zones d'exception fiscale, de nature libérale affichée, peuvent contribuer à la réalisation de politique publique, d'intérêt général, de l'aménagement du territoire ?

- Comment les zones d'exception fiscale, dérogatoires donc provisoires, peuvent contribuer à une politique générale d'équilibre des territoires ?

Les zones d'exception fiscale représentent un pari de l'Etat sur le marché, par la loi du marché, pour réaliser ses objectifs. Ses mises sont lourdes et risquées. La gageure est d'influencer suffisamment le marché sans se laisser entraîner sous l'emprise du marché que l'on veut réformer. Si (I) les zones d'exception fiscale peuvent contribuer à l'aménagement du territoire, (II) ce faisant, elles risquent de contaminer la politique de l'Etat par la logique empruntée. Leur nature dérogatoire et provisoire constitue alors la limite mais aussi la protection de l'action publique.

I/ LES ZONES D'EXCEPTION FISCALE SEMBLENT CONSTITUER UN INSTRUMENT ADAPTE A L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

L'instrument repose sur un pari de l'Etat qui incite les entreprises à adhérer à ses objectifs en rompant le principe d'égalité pour arriver à l'équilibre recherché. Après avoir analysé ce pari dans un premier temps, nous en exposerons la justification.

---

1 Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *Journal officiel*, 15 novembre 1996, p. 1656 s.

2 Article 42 de la loi de 1995.

A/ De la rupture du principe d'égalité à l'objectif de retour à l'égalité

Détaillons tout d'abord les différentes zones exceptionnelles et les incitations exorbitantes qui, établies par le législateur, constituent les mises du pari.

1°/ Les différentes zones et les différents privilèges y afférents

- ***Les zones d'aménagement du territoire*** sont des zones caractérisées par leur faible niveau de développement économique et par l'insuffisance de leur tissu industriel ou tertiaire. Elles ont été définies par le décret n° 95-149 du 6 février 1995.

Les entreprises qui s'y implantent peuvent bénéficier des mesures suivantes :

- *l'exonération de la taxe professionnelle*, subordonnée à une délibération des collectivités locales concernées qui fixe :

- la durée, qui ne peut excéder cinq ans,

- le taux de l'exonération qui ne peut être que partielle

- la nature des opérations exonérées

- les seuils à prendre en compte pour bénéficier de l'avantage quant aux emplois créés et les montants investis.

- *l'exonération de l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu* : elle est totale pendant deux ans et ensuite, dégressive pendant trois ans.

- *l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe pour frais de chambre de commerce et d'industrie* : celles-ci pour les entreprises nouvelles pendant deux ans

- *la majoration de certaines dépenses ouvrant droit au crédit impôt recherche.*

- ***Les territoires ruraux de développement prioritaire*** sont des zones rurales caractérisées par un faible niveau de développement économique. La liste des TRDP a été arrêtée par le décret n° 94-1139 de 26 décembre 1994. Les entreprises qui s'y implantent peuvent bénéficier :

- *des mêmes exonérations qu'un Z.A.T.*

- avec *une exonération des droits de mutations sur les fonds de commerce* pour les entreprises localisées dans les communes de moins de 5000 habitants, non touristiques ni thermales.

- ***Les zones de revitalisation rurale*** sont des communes appartenant aux TDRP et situées dans des arrondissements ou dans des cantons marqués démographiquement par une densité faible et une population en déclin ou par un taux de la population active agricole supérieur au double de la moyenne nationale. Une liste a été arrêtée par le décret n° 96-119 du 14 février 1996. Les entreprises y situées peuvent bénéficier, *en sus des mesures s'appliquant déjà au titre des TRDP :*

- *d'une exonération des charges sociales des employeurs au titre des assurances sociales, allocations familiales et accident du travail* pour un an sur les embauches dans la limite de 1,5 fois le SMIC et tant que l'effectif reste inférieur à cinquante salariés

- *d'une exonération de cotisations d'allocations familiales*

- *d'amortissement exceptionnel de 25% du prix de revient,* à l'achèvement des constructions nouvelles.

- Les zones urbaines sensibles sont caractérisées par la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradés, et par un déséquilibre entre l'emploi et l'habitat. Le décret n° 96-1156 du 26 décembre 1996 en fixe la liste(750). Les entreprises qui s'y implantent bénéficient uniquement de *l'exonération de la taxe professionnelle* de la même façon que dans un Z.A.T.

- Les zones de redynamisation urbaine sont des quartiers appartenant à des Z.U.S., confrontés à des difficultés particulières liées à la situation dans l'agglomération, à des caractéristiques économiques et commerciales, et marqués d'un indice synthétique tenant en compte le taux de chômage, la proportion de jeunes de moins de 25 ans, la proportion de personnes sorties du système scolaire sans diplôme. Deux décrets, le n° 96-1157 pour la France métropolitaine et le n° 96-1158 pour les DOM, du 26 décembre 1996 en fixent la liste (416). Les entreprises qui s'y implantent bénéficient en sus de *l'exonération de la taxe professionnelle* des Z.U.S. :

- *d'une exonération de l'impôt sur les sociétés et sur le revenu* en totalité pendant deux ans et dégressive sur les trois années à venir,

- *d'une exonération des charges sociales des employeurs au titre des assurances sociales, allocations familiales et accident du travail* pour un an sur les embauches dans la limite de 1,5 fois le SMIC et tant que l'effectif reste inférieur à cinquante salariés,

- *de l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe pour frais de chambre de commerce et d'industrie* : celles-ci pour les entreprises nouvelles pendant deux ans

- *de l'exonération des droits de mutations sur les fonds de commerce.*

- Les zones franches urbaines sont créées dans les quartiers de plus de 10 000 habitants particulièrement défavorisés au regard des critères retenus pour les Z.R.U. Leur liste a été arrêtée par le décret n° 96-1154 du 26 décembre 1996 (44 = 38+6). Les entreprises qui s'y installent, ou dans certains cas, qui sont déjà installées, bénéficient en sus des avantages au titre de Z.R.U. :

- *de l'exonération des charges patronales de Sécurité sociale* pendant 60 mois dans la limite de 50 salariés, exonération liée à une obligation exceptionnelle de "réserver 20% des nouveaux postes créés, à l'embauche de personnes domiciliées" dans la zone,

- *de l'exonération des charges personnelles d'assurance maladie maternité des artisans et commerçants* pendant 60 mois,

- de l'exonération de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe pour frais de chambre de commerce et d'industrie : celles-ci pour les entreprises nouvelles pendant cinq ans.

Ces différents territoires prioritaires s'emboîtent ainsi comme des poupées russes, ou si l'on veut dans un cadre pyramidal, où l'intensité des dérogations fiscales est fonction des handicaps territoriaux.

2°/ Le pari de l'Etat sur le marché pour aménager le territoire

Cette politique de zonage non seulement témoigne de la volonté de l'Etat d'aménager le territoire mais marque sa volonté de réguler l'économie, malgré la tendance au désengagement évoqué plus haut. Le professeur Christian Louit, dans sa conclusion lors d'un colloque de 1989 organisé par l'Institut de droit des affaires d'Aix-Marseille, sur les zones franches en a déjà fait la réflexion. Ces zones, rappelle-t-il justement, "se parent du drapeau du libéralisme. En réalité, s'agissant d'une fiscalité incitative, elles sont exactement à l'opposé de celui-ci"[1]. Et c'est là le pari de l'Etat en établissant des zones d'exception fiscale : l'emprise du politique sur l'économique.

Le mécanisme utilisé relève de l'utilisation de la loi du marché par l'Etat pour la réalisation de ses objectifs. Les exonérations ou allègements d'impôt sont autant d'*offres* fiscales aux investisseurs, contribuables potentiellement défiscalisables. La perte de recettes consécutive à ces offres, appelée dépense fiscale constitue la mise de l'Etat, les incitations étant d'autant plus perçues comme offres réelle que si la différence est importante entre le droit commun et le droit dérogatoire. Il est évident que ces mesures entrent en concurrence directe avec des avantages fiscaux non différenciés territorialement accordés aux nouvelles entreprises[2]. Ainsi, des privilèges fiscaux plus importants sont accordés à des entreprises investissant dans des zones soumis au risque de désertification ou de déséquilibre social. Ces dernières se faisant, participent à la création d'emplois et concourent à la réalisation d'intérêt général. "L'objectif ultime de l'aménagement du territoire, précise justement le sénateur Jean François-Poncet, étant une répartition géographique égale de création d'emplois, sa réalisation dépendra dans une large mesure des entreprises"[3].

En effet, si en son article premier, la loi LOADT du 4 février 1995 affirme l'objectif "d'assurer à chaque citoyen, l'égalité des chances sur l'ensemble du territoire et de créer les conditions de leur égal accès au savoir". Elle fixe par ailleurs, "des dispositions dérogatoires au droit commun en vue de compenser les

1 LOUIT (Christian), "Zone franche et zone d'entreprises", *in* Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, p. 56.

2 Un régime d'exonération des bénéfices est par exemple accordé pour favoriser la création d'entreprise exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale, où qu'il soit sur le territoire national (Art. 44 bis, ter, quarter, sextes et septies du Code général des Impôts).

3 FRANÇOIS-PONCET (Jean), Acquis et carence de la loi sur l'aménagement et le développement du territoire, *RFDA*, sept.-oct. 1995, p. 873.

handicaps économiques ou sociaux de zones prioritaires" pour les entreprises qui s'y implantent[1].

Que ce soit dans l'objet, l'aménagement territorial, que ce soit dans les récipiendaires des avantages fiscaux, "le citoyen" de l'article 1 disparaît ou plutôt passe au second rang. L'Etat accorde des privilèges, rompt le principe d'égalité devant les charges publiques en faveur d'entreprises qui elles, vont assumer la mission d'intérêt général que l'Etat s'est attribué au départ.

Cette disparition singulière du destinataire nécessite alors une justification exceptionnelle du dispositif.

B/ Une illustration territoriale des discriminations positives

Généralement, aux yeux de la jurisprudence, la théorie de la différence de situations suffit à justifier l'inégalité de traitement. Le Conseil constitutionnel dans une décision de 1983, après avoir relevé que des dispositions législatives différenciées sont justifiées par des différences de situations, conclut qu' "il n'y a pas lieu de rechercher si l'intérêt général pouvait justifier une atteinte au principe d'égalité"[2]. M. F. Mélin-Soucramanien a pu ainsi caractériser la référence à l'intérêt général de "subsidiaire"[3].

Cependant, pour fortifier sa décision sur l'aménagement du territoire, la haute juridiction a rappelé cette considération externe : la prééminence d'un intérêt général. Comme si la théorie de la différence de situations chancelait devant les privilèges exorbitants accordés aux entreprises et la place de second plan laissée aux populations en difficulté dans les zones concernées.

Ainsi, il fallait donc inscrire les zones d'exception fiscale dans ce que la doctrine a convenu d'appeler "les discriminations positives". On peut en rappeler ici la définition proposée par M. Mélin-Soucramanien : C'est "*une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles*"[4]. Pour le Conseil d'Etat, "*la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité*"[5].

1 Article 1 § 3 de la Loi de 1996.

2 Décision n° 83-182 DC des 19-20 juillet 1983, Loi sur la démocratisation du secteur public, p.49.

3 MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille, 1996, p. 215.

4 Documents provisoires, XIIIème table ronde internationale (12-13 septembre 1997) sur ce thème du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université d'Aix-Marseille, p.91. Voir aussi MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

5 Conseil d'Etat, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Documentation française, 1996, p. 87.

La notion exige donc pour justifier les inégalités de traitement non seulement des situations différentes mais aussi un objectif d'intérêt général, le rétablissement de l'égalité.

1°/ Pour des situations différentes, des règles différentes

Après le Conseil d'Etat[1], le Conseil constitutionnel a précisé dans une décision du 17 janvier 1979 que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de personnes se trouvant dans des situations différentes"[2]. La haute juridiction réitère ce principe le 31 décembre 1981, en affirmant qu"une situation différente peut justifier une règle différente". Cette entorse au principe s'inscrit définitivement dans la jurisprudence dans la décision du 7 janvier 1988, qui énonce que "le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes (...) pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit"[3].

Et c'est dans cette brèche que s'engouffre M. Hoeffel, ministre délégué à l'Aménagement du territoire, en présentant le projet de Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire en 1995. Il affirme sans ambages devant le Sénat que "pour lutter contre l'inégalité des territoires, il faut recourir à l'inégalité devant l'impôt"[4].

Soumis au contrôle de constitutionnalité, ce texte a été jugé, en ses dispositions essentielles, conforme à la Constitution. Décision qui somme toute exprime la continuité de la jurisprudence et rappelle la théorie de différence de situations. En l'espèce, l'objet de la loi est de permettre un aménagement et un développement équilibré du territoire, politique qui par définition implique que toutes les parties du territoire ne sont pas dans des situations comparables ; dès lors, les zones défavorisées peuvent bénéficier d'un traitement particulier et privilégié. Le Conseil va cependant plus loin en soulignant que le dispositif mis en place, "loin de méconnaître le principe d'égalité, constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre"[5]. Il confirme alors ici que c'est la "dynamique de retour à l'équilibre"[6] qui rend acceptables les discriminations positives.

2°/ L'objectif d'intérêt général de l'aménagement du territoire

L'utilité commune qui justifie ici le contournement du principe d'égalité est celui défini à l'article 1 précité de la Loi de 1995. Le Conseil d'Etat le généralise en

1 Voir par exemple C.E., 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, *Rec. Lebon*, p. 479 ou C.E., 29 avril 1966, Société d'affichage Giraudy, *Rec. Lebon*, p. 293. Pour une étude comparée des jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel, voir BRAIBANT (Guy), "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 89 à 110.

2 Décision D.C. n° 78-101 du 17 janvier 1979, *Rec*., p. 24 s.

3 Décision DC, 7 janvier 1988, *Rec*., p. 17.

4 *JO Débats Sénat*, 8 novembre 1994, p. 5188.

5 Décision DC n° 94-358 du 26 janvier 1995, Aménagement du territoire, *in JO* du 1er février 1995.

6 Conseil d'Etat, Rapport public précité, p. 100.

"une chance nouvelle donnée à des zones en difficulté (...) de retrouver des atouts économiques et sociaux comparables à ceux des autres"[1]. Autrement dit, c'est le concept même d'aménagement du territoire.

Selon la célèbre formule du Doyen Vedel[2], le principe d'égalité ne joue que toutes choses égales d'ailleurs. Le concept de zones d'exception fiscale s'appuie justement sur le différentiel de traitement des choses égales, les entreprises, pour être efficace, dans l'incitation à la localisation.

Le critère du territoire permet de substituer le destinataire original du dispositif législatif aux entreprises et ainsi de sauvegarder l'idée de non-discrimination entre entreprises et du même coup justifier le recours à la rupture d'égalité.

Ainsi le Conseil constitutionnel considère-t-il le 26 janvier 1995, lorsque le projet lui fut déféré que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitations au développement et à l'aménagement de *certaines parties du territoire* dans un but d'intérêt général"[3].

La substitution faite, nous revenons à quelque chose de connu. Le but d'intérêt général est admis traditionnellement par le Conseil constitutionnel dans le cas d'une rupture d'égalité[4]. Ainsi dès 1984, affirme-t-il que : "*le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, de mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général*"[5].

De même, il réitère en 1993 que "*le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités économiques et financières en appliquant des critères objectifs en fonction des buts recherchés*"[6].

Ce qui nous permet de conclure avec le professeur Dominique Rousseau que "la décision *Aménagement du territoire*, du 26 janvier 1995, n'est donc pas une

1 Précité, p. 99.

2 VEDEL (Georges), préface à la thèse de DEVOLVE (Pierre), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. XIII.

3 C'est nous qui soulignons.

Décision Aménagement..., précitée.

4 Le président Braibant soulignait qu'elle était déjà inscrite à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel "les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune" ; *cf.* BRAIBANT (Guy), "Le principe d'égalité... ", précité, p. 97.

5 Décision DC n° 84-184 du 29 décembre 1984.

6 Décision DC n° 93-320 du 21 juin 1993.

surprise. Elle confirme que le Conseil ne défend pas une conception égalitaire de l'égalité mais cherche à promouvoir une conception équitable de l'égalité"[1].

Il importe cependant, de rappeler que lorsque le Conseil constitutionnel est saisi pour contrôler la conformité au principe d'égalité de dispositions fiscales à caractère national, il effectue son contrôle en examinant "chaque imposition prise isolément"[2]. Il demeure donc un risque de rupture d'égalité, compte tenu de l'ensemble de mesures favorables dont bénéficie une zone. Ainsi par exemple, l'accumulation de mesures fiscales exonératoires en Corse, accentuée par la création d'une zone franche[3], a conduit le Conseil d'Etat, dans le cadre de son activité consultative, à estimer que l'égalité devant les charges publiques était rompue[4]. Il est regrettable que la juridiction constitutionnelle ne soit pas saisie à ce propos.

II/ LES ZONES D'EXCEPTION FISCALE CONSTITUENT UN INSTRUMENT RISQUE DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE

Le fait d'instituer des avantages fiscaux ciblés contribue certainement à la localisation des entreprises. Il est cependant à double tranchant. Ce "commerce juridique"[5], comme dirait Hauriou, engage "l'institution politique" dans un engrenage susceptible d'enrayer la réalisation de l'objectif d'intérêt général. Dans une étude de la dialectique entre l'Etat et le marché, le professeur Jean-Arnaud Mazères souligne justement que "toute intervention publique à caractère économique ou, comme on le dit aujourd'hui, "sur le marché" s'est trouvée immédiatement placée sous l'empire de la loi du marché"[6]. Le pari de l'Etat est ainsi risqué. La nature dérogatoire et provisoire des zones d'exception fiscale constitue à la fois la limite, et la protection de l'action publique.

A/ Les risques liés aux concepts en cause

1°/ Les zones d'exception fiscale et l'objectif à long terme

"L'aménagement du territoire, nous apprend M. Yves Madiot, ne peut se contenter du court terme. Il a besoin pour son efficacité, de se fixer sur des horizons larges et lointains"[7]. Les discriminations fiscales cependant, par essence, sont provisoires.

---

1 ROUSSEAU (Dominique), Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire, *RFDA*, sept-oct 1995, p. 881.

2 Conseil constitutionnel, décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, *Rec*., p.85.

3 Loi n° 96-1143 du 26 décembre 1996 relative à la zone franche de Corse, journal officiel,

4 *Rapport 1996*, EDCE, n°47, La documentation française, 1996, p. 179 s.

5 HAURIOU, *Principes de Droit public*, Sirey, 1ère éd., 1910, p. 268 s.

6 MAZERES (Jean-Arnaud), "L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation", *in Marché et Nation : Regards croisés*, sous la direction de Brigitte STERN, CEDIN Paris I, Monchrestien, 1995, p. 137.

7 MADIOT (Yves), Aménagement..., précité, p. 51.

Dès l'adoption de la Loi de 1995, M. Madiot avait prévenu : "les exemples abondent de situations dans lesquelles des zones territoriales ont été sacrifiées à des actions à court terme dont la rentabilité immédiate semblait assurée et qui se sont révélées par la suite, catastrophiques"[1]. Se réfère-t-il au concept de zone d'exception fiscale de Peter Hall, dont la politique fut abandonnée outre-manche dès 1991, en raison de son coût social et économique élevé ? Toujours est-il que pour retenir les entreprises, les zones doivent pérenniser les avantages offerts sous peine d'être désertées. Ainsi, les lois de défiscalisations pour l'Outre-mer sont régulièrement renouvelées depuis 1986. La défiscalisation est tellement considérée comme un acquis par les opérateurs des départements d'outre-mer que les gouvernements successifs ont beaucoup de mal à la démanteler[2].

De même, le pacte de relance sur la ville touchant à sa fin, un projet de Loi Solidarité et renouvellement urbain (SRU) visant le renouvellement des exonérations accordées est en discussion depuis mars dernier à l'Assemblée Nationale. Par ailleurs, une Association nationale des villes en zone franche urbaine (ANZFU) consciente de l'importance de ces exonérations dans la localisation des entreprises dans ses collectivités appuie fortement les exigences des opérateurs économiques.

On se trouve ici en présence d'un des phénomènes montrés par M. Bizeau de "contamination de la puissance publique par la logique fonctionnelle du marché"[3]. L'Etat initiateur d'un projet pour corriger les effets du marché se trouve coincé par le gouvernail de la rentabilité qu'il a emprunté.

2°/ L'aménagement du territoire et le zonage.

Nous avons observé dans la partie précédente, l'éphémère apparition du destinataire de l'aménagement du territoire qu'est le citoyen résident. Une fois les discriminations justifiées par sa présence cependant, le vœu pieux de la Commission sénatoriale sur l'aménagement du territoire d'élever le droit à l'aménagement du territoire, au rang de droit fondamental de la personne humaine[4], se dilue dans la complexité des exonérations octroyées aux entreprises. La seule disposition concrète qui s'y réfère est dans le lien entre l'exonération des charges patronales dans les zones franches urbaines et l'embauche, dans au moins 20% des nouveaux postes créés, de personnes y domiciliées[5]. Toutes les autres aides sont accordées aux entreprises sans contrepartie directe en termes de création d'emplois. M. Gérard Cahin frôle cette réalité lorsqu'il oppose à l'*affirmative action* américaine, la discrimination positive "à la française" qui selon ses termes est "d'une efficacité très

1 MADIOT (Yves), Vers une "territorialisation" du droit, *RFDA* 5, 1995, p. 951.

2 *Cf.* le rapport Migaud, Commission du Budget de l'Assemblée Nationale, 1998.

3 BIZEAU (J.-P.), Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?, *A.J.D.A.*, 1992, p. 179 s.

4 Commission sénatoriale, Refaire la France, Sénat, 1994, p. 100.

5 Le ministre Eric Raoult de l'intégration et de la ville, dans une conférence de presse à La Réunion en 1996, l'a qualifiée "de première nationale". "C'est la première fois dans la législation française depuis au moins vingt ans que l'on accorde une exonération sur contrepartie d'embauche", précise-t-il. Rapporté par le *Journal de l'île de La Réunion*, 12 décembre 1996, p. 12.

relative quant au rétablissement de l'égalité" ; car "justifiées non par la couleur de la peau ou l'appartenance ethnique de ses bénéficiaires, mais par leur localisation géographique sur le territoire national"[1]. Si nous ne partageons pas entièrement son appréciation, il a le mérite de pointer du doigt ce qu'occultent les différentes lois sur l'aménagement du territoire : c'est-à-dire la "marchandisation" du droit cachée derrière son apparente "territorialisation".

L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose qu' " une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés". La conception française de l'impôt dérive constitutionnellement du principe de solidarité. Ainsi Gaston Jèze définit l'impôt comme " une prestation pécuniaire, requise des particuliers, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques"[2]. Autrement dit la notion de *devoir social* est intrinsèque au droit fiscal français. Par les exonérations fiscales systématiques aux entreprises dans la politique de zonage cependant, le législateur renie ce principe en liant les charges (l'installation dans les quartiers défavorisés) et les avantages. La théorie de discrimination positive territoriale serait bien un des "processus de contournement du droit" évoqués par le professeur Jean-Arnaud Mazères lorsqu'il observe un investissement général de l'Etat par le marché[3]. Ce n'est pas seulement le principe d'égalité qu'elle rompt, c'est le principe de fraternité[4] qu'elle évite en oubliant l'intérêt général "au profit de modalités réglées par la concurrence et le marché". La loi fiscale égale pour tous s'efface au profit d'une conception individualiste de l'impôt où "la régulation juridique est substituée par une régulation économique".

La "chasse aux aubaines fiscales" est la meilleure illustration de cette marchandisation du droit. La concurrence fiscale consécutive entre les différentes parties du territoire risque de rompre à jamais l'égalité fragilisée par la surenchère du marché. Les législateurs, sous la pression des lobbies, commencent à s'en méfier. Dans le cadre du projet de Loi SRU citée plus haut, un amendement a été adopté à l'unanimité visant à la protection des emplois en ZFU. Le dispositif voté a notamment pour objectif d'éviter les "chasseurs de primes" qui vont d'une zone franche à une autre. Concrètement, les entreprises ayant bénéficié d'exonérations fiscales ou de charges sociales du fait de leur implantation ne pourront plus prétendre une seconde fois à une telle exonération si elles se délocalisent dans une autre zone franche[5].

---

1 CAHIN (Gérard), Les zones franches urbaines, *AFDA*, n°6, 20 juin 1999, p. 473.

2 Cité par GEST (Guy) et TIXIER (Gilbert), *Manuel de doit fiscal*, L.G.D.J., Paris, 1986.

3 MAZERES (Jean-Arnaud), "L'un et le multiple...", précité, p. 144.

Les citations qui suivent proviennent de la même étude.

4 Principe de fraternité qui, rappelle le professeur Dominique Rousseau, "est un des principes de la République énoncé à l'article 2 de la Constitution de 1958", *in* ROUSSEAU (Dominique), "Les principes....", précité, p. 881.

5 Zoom n° 24, 30 mars 2000. Sur le *net* : http://www.etd.asso.fr/actualitees/zoom/zoom24.htm.

Si le principe d'égalité devant les charges publiques peut fléchir localement devant la pression du marché, il ne doit fléchir que dans l'intérêt général. Des tempéraments doivent être apportés afin d'éviter la constitution des territoires en archipels urbains concurrentiels.

B/ Les tempéraments contre les risques du marché

1°/ A la recherche d'une régulation globale par le marché

Le risque de marchandisation du droit peut, sans doute, être contenu si on traite les discriminations fiscales comme elles sont, c'est-à-dire un élément potentiel de distorsion de la concurrence. Il faut en effet aller jusqu'au bout de la logique de marché adoptée par l'Etat. L'Etat, d'un côté, utilise la loi du marché pour inciter les entreprises à adhérer à ses objectifs, il doit aussi, d'un autre côté, réguler ce marché. Ce dernier, par ailleurs, a intérêt à maintenir les conditions de concurrence.

La limite des incitations sélectives serait alors leur proportionnalité avec le but annoncé ; idée déjà en germe dans la jurisprudence de 1988 de la Cour constitutionnel. N'est-ce pas ce qu'elle évoque lorsqu'elle s'attache à ce que "la différence de traitement (...) soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit"[1].

Il peut cependant être reproché à l'Etat, instigateur des discriminations et contrôleur de la concurrence sur le même marché, d'être juge et partie. Il peut alors s'avérer nécessaire, pour préserver la dynamique du droit (la force du *taxis*) et ne pas sombrer sous l'emprise du marché (l'inertie du *kosmos*), de se référer à un ordre juridique plus large. Il s'agit d'appliquer *la loi de dédoublement fonctionnel* définie par Georges Scelle, selon laquelle, "lorsqu'une société politique ne possède pas tous les organes nécessaires à réaliser l'effectivité de son ordre juridique particulier, (...) elle emprunte à un autre ordre juridique plus parfaitement évolué le secours de ses propres organes pour l'accompagnement des fonctions du sien propre"[2]. Ce procédé technique trouve sa traduction moderne dans le principe de subsidiarité communautaire.

2°/ Les tempéraments de l'ordre juridique communautaire

D'une manière générale, les règles de concurrence contenues dans les articles 84 à 94 du Traité CEE sont pleinement applicables aux zones d'exception fiscale. Les avantages fiscaux en découlant sont en effet considérés par le droit communautaire comme des aides d'Etat. Et le principe, clairement posé par l'article 92 du Traité de Rome, en son alinéa 1, est la prohibition des aides d'Etat : "... *sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*". Toutefois, l'article 92, dans ses alinéas 2 et 3, tolère les aides d'Etat, généralement à titre compensatoire au profit de zones ou d'activités sinistrées. Cette

1 Décision DC, 7 janvier 1988, Rec., p. 17.

2 SCELLE (Georges), *Le droit public et la théorie de l'Etat*, éd. Rousseau & Cie, Paris, 1951, p. 36.

tolérance est soumise à la procédure qui exige des Etats membres d'une part qu'ils informent la commission de leurs projets d'aide, d'autre part qu'ils aient obtenu l'autorisation préalable de la Commission avant d'introduire dans leur législation les mesures projetées[1].

En effet, tous les textes nationaux européens créant des zones d'exception fiscale ont été soumis, avant leur adoption, à la Commission de la Communauté européenne.

La réalisation d'un espace douanier est au centre du traité instituant la Communauté. L'établissement d'un marché commun, puis unique, demeure un objectif principal (art 2 CEE). Il n'est donc pas étonnant que le dialogue entre la Commission et les Etats membres vise fondamentalement sinon l'élimination progressive des régimes préférentiels, donc des zones d'exception fiscale, du moins l'application uniforme dans chaque Etat membre des régimes dérogatoires admis par la Communauté.

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne va dans ce sens et qualifie d'aides d'Etat toute mesure d'allégement de charges sociales et fiscales qui ne se justifie pas par la nature et l'économie du système dans lequel elle s'inscrit[2]. Ainsi, la Cour a qualifié expressément d'aides d'Etat "une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'Etat, place les bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres entreprises"[3]. La connexion des charges (l'installation dans des quartiers difficiles) et des avantages (les exonérations d'impôts et de charges sociales) dans les zones d'exception fiscale doit prémunir les dispositifs français de l'aménagement du territoire des foudres de la Commission européenne. Ainsi, la Commission a fait preuve d'ouverture et de bienveillance à l'égard d'aides à l'emploi notamment pour les catégories les plus défavorisées des chômeurs ou pour les zones urbaines difficiles. A la suite de la notification par la France de son pacte de relance pour la ville, la Commission a exprimé une position de principe favorable dans sa décision du 27 mars 1996[4].

Le sommet de Luxembourg (20-21 nov. 1997) indique par ailleurs, une interprétation souple du traité en assignant un rôle inattendu à la politique de concurrence, principalement dans le domaine des aides d'Etat. Le paragraphe 27 des lignes directrices définies par le Conseil européen affirme en effet qu'il convient de "s'orienter vers des régimes d'aides qui favorisent l'efficacité économique et l'emploi sans pour autant entraîner des distorsions de concurrence". M. Eric CUZIET de la Commission de la concurrence peut ainsi marteler : "contrairement à une idée reçue,

1 *Cf.* Commission européenne, Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, 98/ C 384/03, *JOCE*, n° C 384, 10 décembre 1998, p.3-9.

2 CJCE 23 février 1961, De Gesamenlijke Steenkolenmijen *in* Limburg c/ Haute Autorité, 30/59, *Rec*. p. 3, point 39 ; CJCE 2 juillet 1974, Italie c/ commission, 173/73, Rec., p. 709.

3 CJCE 15 mars 1994, Banco do Credito Industrial SA, C-387/92, *Rec*. p. I-902, point 14.

4 Décision du 27 mars 1996, n° 159/96, France, *JOCE* C 215 du 25 juillet 1996.

la mise en œuvre d'une politique de concurrence est compatible avec une action en faveur de l'emploi"[1].

Parallèlement, le code de conduite, adopté par une résolution conjointe du Conseil de l'Union européenne et des représentants des Etats membres en décembre 1997 tient compte des tendances actuelles à faire souvent jouer à la fiscalité un rôle économique ou social : pour cette raison, il est précisé (§ G) que "dans la mesure où les mesures fiscales en cause servent au développement économique de régions particulières, une évaluation doit être faite quant à savoir si les mesures sont *proportionnées* et destinées aux buts poursuivis".

Si un "préjugé favorable" marque donc les aides d'Etat limitées à certaines entreprises situées dans des zones prioritaires d'aménagement du territoire, leur pérennisation ainsi que la déconnexion des avantages fiscaux et des charges (la création d'emplois pour les habitants des zones en difficulté) pourront être sanctionnées par la commission, dans la mesure où elles entraîneraient une distorsion de la concurrence.

En conclusion, à condition de les prendre dès le départ pour ce qu'elles sont, un élément de rupture du principe d'égalité et, corrélativement, de distorsion de la concurrence, les zones d'exception fiscale peuvent contribuer à "amorcer la pompe" de la redynamisation d'une zone en difficulté. D'autres mesures doivent cependant les accompagner pour que les discriminations mises en œuvre profitent finalement aux destinataires de la politique d'aménagement du territoire. De fait, l'aménagement du territoire passe forcément par un nouveau "contrat social", un renouvellement du désir de vivre ensemble.

1 CUZIET (Eric), La politique de concurrence, une politique en faveur de l'emploi *in Competition Policy Newsletter* de juin 1998.

DU BON USAGE DES SOCIETES "OFFSHORE" MAURICIENNES PAR LES ENTREPRISES FRANÇAISES

Par François de Senneville et Jérémie Jeausserand[1]
Avocats à la Cour
Cabinet Deloitte et Touche
Juridique et Fiscal, Paris

Introduction : Maurice ou le "faux/vrai" paradis fiscal

L'île Maurice, notamment grâce à son secteur « offshore »[2], présente indéniablement les principales caractéristiques des paradis fiscaux : absence ou faible niveau d'imposition, possibilité d'obtenir un statut fiscal dérogatoire[3] de l'administration locale, législations financière, commerciale et sociale attrayantes, stabilité politique, dispositions de nature à garantir la confidentialité de toute information relative à l'activité des sociétés « offshore », absence de contrôle des changes,... Sans parler de ses plages de sable blanc et de ses cocotiers.

Or, si un investisseur peut effectivement trouver de nombreux avantages, notamment fiscaux, à localiser son activité dans l'île, Maurice ne doit pas être confondue avec d'autres destinations, exotiques ou non, qui s'avèrent, à l'usage, beaucoup moins efficaces.

En effet, Maurice constitue la destination idéale pour quiconque désire autre chose qu'une simple « boîte aux lettres » sur une plage : le développement économique rapide de l'île, la qualité de la main d'œuvre locale et des infrastructures existantes, notamment en terme de communication, l'importance du réseau de conventions fiscales conclues par Maurice, ainsi que le fait que Maurice soit signataire de la convention de Lomé[4], pour ne citer que ces éléments, en font une destination attrayante pour tout investisseur, notamment français, désirant exercer une activité globale à partir d'une localisation compétitive.

Conscient de ses atouts, l'Etat mauricien a su créer et développer un secteur « offshore » attractif et efficace qui permet de développer des activités fortement rémunératrices, principalement tertiaires, dans des conditions optimales.

---

1 Pour dialoguer avec les auteurs :fdesenneville@deloitte.fr ou jjeausserand@deloitte.fr

2 Les sociétés "offshore" mauriciennes sont des sociétés dont l'activité est exercée hors de Maurice, et qui se sont vues accorder le certificat "offshore" par l'autorité de régulation des sociétés "offshore", la MOBAA.

3 Accord passé entre le contribuable et la MOBAA fixant des règles dérogatoires en faveur du contribuable et évitant à ce dernier tout risque de redressement fiscal sur ce point.

4 Les Etats signataires de cette convention bénéficient d'un régime douanier préférentiel dans le cadre de leurs relations avec l'Union Européenne.

L'investissement dans ce secteur « offshore » peut donc se révéler être un succès, notamment du point de vue fiscal, à condition toutefois qu'il reste bien maîtrisé. En effet, il peut également se solder par un échec, notamment s'il s'expose à l'application de certaines règles, et en particulier aux mécanismes « anti-évasion » existant dans les législations des Etats où résident les investisseurs comme c'est le cas en France.

Ainsi, si Maurice et son secteur « offshore » présentent d'indéniables attraits pour l'investisseur français (I), ils peuvent receler, pour le non-initié, de nombreux dangers (II).

I/ LE REGIME FISCAL DES SOCIETES « OFFSHORE » MAURICIENNES : DES ATOUTS A EXPLOITER

Les principaux atouts fiscaux des sociétés « offshore » mauriciennes pour un investisseur français résident dans les modalités d'imposition locales des revenus perçus par la société d'une part (A), et dans les modalités d'imposition des dividendes versés par ces sociétés à leurs actionnaires ou associés d'autre part (B).

A/ L'imposition des revenus de la société « offshore » mauricienne : une imposition locale à la carte

Les sociétés « offshore » mauriciennes constituées postérieurement au 1er juillet 1998 sont assujetties à l'impôt sur les sociétés mauricien au taux de 15% calculé sur la base de leur résultat mondial. Cependant, un mécanisme de crédit d'impôt immédiat, égal à 90% dudit impôt a pour effet de ramener le taux d'imposition effectif à 1,5%. A compter du 1er juillet 2002, ce crédit d'impôt sera ramené à 80%, ce qui ramènera le taux d'imposition effectif à 3%.

Toutefois, ces sociétés peuvent renoncer à ce mécanisme de crédit d'impôt et opter, lors de leur création, pour une imposition locale à un taux compris entre 15 et 35%. Ces options, qui peuvent, *a priori*, sembler surprenantes, sont néanmoins utilisées par de nombreuses sociétés « offshore », ceci afin d'éviter l'application des mécanismes « anti-évasion » des Etats dans lesquels se situent les associés ou actionnaires de la société[1]. En effet, ces dispositifs font généralement application de la règle du « cliquet », c'est-à-dire que leur mise en œuvre est déclenchée dans l'Etat investisseur au niveau de l'actionnaire dans l'hypothèse d'un trop faible taux d'imposition effectivement supporté localement par les revenus perçus par l'entité étrangère. La règle est ainsi celle du tout ou rien.

Cette souplesse du régime fiscal des sociétés « offshores » mauricienne permet donc d'opter pour un taux d'imposition applicable aux revenus de ces sociétés de telle sorte que les dispositifs susvisés ne trouvent pas à s'appliquer. Une étude préalable de la fiscalité de l'Etat de résidence de l'investisseur et des

1 Pour la France, *Cf.* II A. (à suivre).

conventions fiscales éventuellement applicables est donc souhaitable avant la création de toute société « offshore » à Maurice.

Par ailleurs, il convient de noter que les sociétés « offshore » ne sont pas taxables au titre des plus-values qu'elles seraient amenées à réaliser sur le transfert de leurs actifs, ce qui constitue un avantage indéniable lorsque les investisseurs souhaitent réaliser leur investissement. En effet, dans le cas où les investisseurs désireraient récupérer leur mise[1] ainsi que la plus-value (économique et financière) générée par l'activité de la société[2], il leur serait possible de céder les actifs développés au sein de la société « offshore », qu'il s'agisse de droits de propriété intellectuelle ou industrielle, ou d'un « fonds de commerce » par exemple. Cette opération ne sera soumise à aucune imposition locale en tant que plus-value (fiscale), ni à aucun droit d'enregistrement. La somme nette ainsi perçue pourra alors soit être réinvestie à partir de la société mauricienne, soit être distribuée sous forme de dividendes, lesquels seront soumis, localement, au régime fiscal favorable exposé ci-dessous.

B/ La distribution de dividendes par la société « offshore » mauricienne : exemption de retenue à la source et crédit d'impôt fictif

En vertu des dispositions fiscales locales, les dividendes versés par une société « offshore » mauricienne à des non-résidents ne sont soumis à aucune retenue à la source à Maurice. L'investisseur percevra donc la totalité du résultat « après impôt » généré par la société.

Par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article 24 de la convention fiscale franco-mauricienne, en date du 11 décembre 1980, les résidents français percevant des dividendes de source mauricienne seront imposables en France sur la base de ces revenus. Néanmoins, ce même texte prévoit l'attribution d'un crédit d'impôt égal à 25% du montant des dividendes perçus, sans que ce crédit d'impôt ne puisse excéder le montant de l'impôt français afférent à ces mêmes revenus.

Il convient de noter que le crédit d'impôt conventionnel est calculé sur la base du dividende versé et non sur celle de l'impôt payé localement, comme c'est pourtant le cas dans la plupart des conventions fiscales internationales[3]. Ce dispositif peut donc s'avérer extrêmement intéressant dans la mesure où, comme cela a été exposé ci-dessus, le taux de l'imposition locale peut être largement inférieur à 25%.

L'administration fiscale française a eu l'occasion, ces dernières années, de se pencher sur les conventions fiscales conclues par la France, prévoyant des crédits d'impôt « fictifs » et a considéré qu'un certain nombre de ces crédits devaient être

1 A savoir le capital social de la société "offshore" ou le prix d'acquisition des titres de cette société.

2 Cette création de valeur liée à l'activité de la société correspond à la notion anglo-saxonne de "goodwill".

3 Ce type de crédit d'impôt est couramment qualifié de "fictif".

supprimés ou restreints, sans que cet examen n'entraîne de modification du crédit d'impôt prévu par la convention fiscale conclue entre la France et l'Ile Maurice.

Enfin, il est fortement conseillé aux investisseurs de demander un certificat de résidence que l'administration fiscale mauricienne délivre aux sociétés « offshore » ayant effectivement leur centre de direction à Maurice. Ce document permet à ces sociétés d'évoquer les conventions fiscales liant Maurice aux autres Etats du monde et donc de bénéficier des dispositions avantageuses de celles-ci, comme dans le cas de la convention conclue entre la France et Maurice. En effet, en l'absence d'un tel document, l'administration fiscale française pourrait être tentée de soutenir qu'aucune disposition conventionnelle n'est applicable à la société « offshore », en arguant du fait que les revenus sont versés par une personne, (à savoir la société « offshore »), qui n'est pas résident d'un des Etats concernés faute d'assujettissement à l'impôt dans ces Etats.

Ainsi, en cas de création d'une société « offshore » mauricienne, les produits dérivés de son activité ou de la cession de ses actifs pourraient être encaissés à Maurice en quasi franchise d'impôt, sauf décision contraire pour les imposer localement au taux choisi par les investisseurs. Par ailleurs, les dividendes que cette société verserait à ses associés non-résidents ne feraient l'objet d'aucune retenue à la source locale. Dans le cas d'investisseurs français, ces dividendes seraient imposés en France selon un régime favorable.

L'ensemble de ces éléments[1] permet donc d'obtenir, grâce à la création d'une société « offshore » mauricienne, un retour sur investissement net d'impôt bien supérieur à celui qui pourrait être obtenu par le biais d'un autre type de structure.

A suivre…

(Deuxième partie à paraître : la réaction des Etats de résidence des investisseurs : des dangers à éviter)

1 Il convient de rajouter le fait qu'aucune retenue à la source n'est perçue sur les intérêts versés par les sociétés "offshore" mauriciennes à des non-résidents. De plus, si l'investisseur décidait de dissoudre cette société, il serait en mesure de rapatrier librement les capitaux issus de cette opération.

DEUXIEME PARTIE
COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

Droit pénal – Droit de la presse – Diffamation – Article 32 de la loi du 29 juillet 1881 – Application (non) – Interprétation stricte de la loi pénale – Absence d'ethnie, de nation, de race et de religion corse – Concept de peuple

Saint-Denis, 11 mars 1999 – Philippe HERSANT/Ministère public

EXTRAITS

Faits et procédure

Par actes au greffe en date du 30 novembre 1998, M. Patrick Philippe HERSANT, à titre principal, et le Ministère Public, à titre incident, ont interjeté appel du jugement rendu le 27 novembre 1998 par lequel le tribunal correctionnel de Saint-Denis a :

- rejeté les exceptions de nullité de procédure tirées de la prescription et de l'irrégularité des citations ;

- déclaré M. Patrick Philippe HERSANT coupable du délit de diffamation envers un groupe de personnes en raison de leur origine, en l'espèce, la Corse ;

- en répression, l'a condamné à une peine de 10000 F d'amende ;

- ordonné la publication du dispositif de sa décision dans le journal de l'Ile de La Réunion ;

- ordonné la publication du dispositif de sa décision dans le quotidien "La Corse" ;

- dit que le coût de la publication ne devrait pas excéder 10000 F ;

- déclaré les constitutions de partie civile de MM… irrecevables ;

- mis hors de cause la SA « Le Journal de l'Ile de La Réunion » ;

Ces appels, interjetés dans les formes et délais de la loi, sont recevables.

M. Patrick Philippe HERSANT est prévenu d'avoir à SAINT-DENIS le 11 février 1998, depuis temps non prescrit, en sa qualité de directeur de la publication du quotidien « LE JOURNAL DE L'ILE DE LA REUNION », publié dans l'édition du 11 février 1998 et dans la rubrique du "courrier des lecteurs", en page 60, un article intitulé *« 0 CORSE, île d'amour »* signé « MOINLAPATOR», commençant par « les pleureuses sont de retour »... Et se terminant par « En changeant le nom des morts... » qu'il comporte les affirmations, allégations et propos suivants contenant imputations de faits :

« Il apparaît même que c'est faire "injure" aux Corses que de penser qu'un Corse aurait pu abattre quelqu'un en lui tirant dans le dos ! En fait, tout le monde sait et dit... Que les Corses, dans leur immense majorité, ne sont que des voleurs et des profiteurs, des racketteurs et des racistes et quand ils ne sont pas directement engagés dans l'action illégale, ils en sont complices en observant l'0merta", cette loi

du silence que l'on veut nous faire croire inspirée par l'honneur alors qu'elle n'est qu'une manifestation de la trouille, de la couardise et du terrorisme… »

« Ils sucent la Nation Française et l'Europe en utilisant de vrais faux certificats administratifs, abondamment avalisés par ceux là mêmes qui sont chargés d'en vérifier l'authenticité... Et ne parlons pas des assassins jamais poursuivis ou, en tout cas, jamais condamnés même lorsqu'ils sont pris en flagrant délit. Les Corses sont des racistes et ont organisé de façon efficace la préférence régionale et le « zoreil déor… »

Ces affirmations, allégations et propos portant atteinte à l'honneur et à la considération d'un groupe de personnes, diffamées à raison de leur origine, la Corse.

Infraction prévue et réprimée par les articles 23, 29 al.1, 32 al. 2, 42, 47, 48 de la loi du 29 juillet 1881 ;

Le Ministère Public requiert la confirmation de la décision déférée.

Dans des conclusions déposées le 11 février 1999, M. Patrick Philippe HERSANT**,** appelant, demande à la Cour de dire que l'origine visée par l'article 32 la loi du 29 juillet 1881 doit s'entendre de l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse et non de l'origine géographique ou administrative ; en conséquence, le relaxer des fins de la poursuite (…).

Motifs et décision

Attendu que c'est à tort, et par une inexacte application de la loi aux faits de la cause que les premiers juges, se fondant sur l'examen des travaux préparatoires de la loi n° 72-546 du 1er juillet 1972, ont estimé que les propos litigieux, qui contiennent des allégations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération d'un groupe de personnes en raison de leur origine, la région Corse, entraient dans le champ d'application de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 modifié par la loi du 1er juillet 1972.

Attendu, en effet, que, selon l'article 111 – 4 du code pénal "la loi pénale est d'interprétation stricte", ce qui implique que les dispositions pénales ne peuvent être étendues et doivent être interprétées restrictivement ; que l'origine visée par l'article 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 doit s'entendre de l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse et non de l'origine géographique ou administrative du groupe de personnes visé ; que d'ailleurs la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser que le racisme visé par l'article 48-1 (qui se réfère à l'article 32 alinéa 2) de la loi du 29 juillet 1881, en sa rédaction issue de la loi du 1er juillet 1972... s'entend de toute discrimination fondée sur l'origine, l'appartenance ou la non appartenance, soit à une race, soit à une ethnie, soit à une nation, soit à une religion, sans restriction ni exclusion ;

Attendu qu'il est patent qu'il n'existe ni ethnie, ni nation, ni race, ni religion dite "Corse" ; que, dès lors l'article incriminé ne s'inscrit pas dans le champ d'application des pratiques discriminatoires que le législateur a entendu sanctionner dans l'alinéa 41 de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881…

COMMENTAIRE

De l'application en droit pénal du concept constitutionnel de peuple français…

Cette décision rendue en matière pénale, concerne le droit public et, plus particulièrement, le droit constitutionnel. Il s'agit, en effet, de l'illustration parfaite de la conception républicaine du phénomène des minorités régionales. Pour une fraction du peuple français : la population corse, sujet d'actualité, la solution adoptée par les juges de la Cour d'appel de Saint-Denis est dans le droit fil de la « tradition républicaine française ». Mais ce qui fait l'intérêt de cet arrêt, c'est son intervention dans un cadre particulier : celui de l'infraction à caractère raciste. Il revient à donner une réponse à une question délicate : celle de savoir si des citoyens français peuvent faire l'objet de traitements dégradants fondés sur leur appartenance à une communauté culturelle insulaire, en l'occurrence corse.

L'affaire qu'a eue à connaître la Cour d'appel de Saint-Denis s'inscrivait plus exactement dans le domaine de la loi du 29 juillet 1881 concernant « les crimes et délits commis par voie de presse ou par tout autre moyen de publication ». Il s'agissait d'un appel interjeté par M. Hersant (directeur du Journal de l'île de La Réunion), à titre principal, contre un jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Saint-Denis du 27 novembre 1998. Ce jugement faisait suite à une plainte, pour diffamation, envers un groupe de personnes en raison de leur origine (Corse). En première instance, M. Hersant fit l'objet d'une condamnation pour diffamation (en « raison de leur origine, la Corse »), alors qu'en second degré de juridiction, l'arrêt infirma la solution antérieure.

A première vue, la conciliation de la liberté de communication, norme de valeur constitutionnelle[1], avec l'ordre public pouvait apparaître comme le point de départ le plus remarquable pour une note d'arrêt. Cependant, il nous a semblé que la portée essentielle de la décision résidait dans l'élargissement de l'application des concepts de nation, de race et d'ethnie afin de caractériser juridiquement une « composante du peuple français ». L'origine corse ou l'appartenance à cette entité, pouvait-elle donner lieu à poursuite dans le cadre des dispositions de l'article 32 alinéa 2 de la loi du 28 juillet 1881[2] ? Indirectement, le juge s'est prononcé sur le point de savoir si la « minorité corse » était juridiquement assimilable à une nation, une ethnie, une race ou une religion.

Le jugement du Tribunal correctionnel de Saint-Denis admit le caractère diffamatoire des propos tenus dans la publication de M. Hersant. Ils furent ainsi assimilés à des propos à caractère raciste. Cette première solution fut une innovation

1 Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la liberté de communication ne doit pas être entravée par le législateur qui doit la rendre plus effective (CC 94-345 DC, 29 juillet 1994, *R.J.C.* I-595).

2 « La diffamation commise … envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 30000 F ou de l'une des deux peines seulement ».

au regard du droit positif. A l'inverse, l'arrêt de la Cour d'appel du 11 mars 1999 fut d'un grand classicisme, dans le sens où il conclut à l'absence d'infraction pour cause d'inexistence juridique de l'entité régionale humaine corse. La question pratique de savoir si les Corses pouvaient bénéficier de la protection contre le racisme en raison de leur appartenance à une minorité régionale était résolue : le concept de minorité régionale corse ne peut être utilisé du point de vue juridique, et cela, même en droit pénal, pour permettre de réprimer des propos à caractère diffamatoire écrits par voie de presse contre cette entité.

Par une application particulièrement stricte de la loi pénale, les juges de la Cour d'appel n'ont pas sanctionné l'utilisation de propos dénigrant une minorité régionale, au motif que cette dernière n'a d'existence que comme concept géographique et administratif. Ils inscrivent ainsi leur jurisprudence dans la tendance générale actuelle faisant prévaloir la liberté d'expression sur le droit des individus. Les décisions du Tribunal correctionnel et de la Cour d'appel, à première vue contradictoires, mettent en lumière la difficulté qu'a le droit français à appréhender une réalité humaine : celle des minorités régionales, dans un contexte où la liberté d'expression est un droit fondamental.

I/ UNE OCCASION POUR LE JUGE D'ETENDRE L'APPLICATION DE LA LEGISLATION PENALE CONTRE LE RACISME

A la lecture des faits reprochés au quotidien « Le journal de l'île », il ne semblait pas faire de doute que le directeur de publication avait franchi les limites de la liberté d'expression (la responsabilité des faits ne lui incombait pas directement, mais l'auteur des propos étant anonyme, c'est le directeur de publication qui endosse l'entière responsabilité des propos tenus dans sa publication). Suivant la qualification juridique des faits, les poursuites pouvaient aboutir à une solution sortant quelque peu du droit commun. C'est ce qui s'est passé dans un premier jugement et qui a été invalidé par la suite.

Il était reproché à M. Hersant, en tant que directeur de publication, d'avoir publié dans l'édition du quotidien : « Le journal de l'île de La Réunion » du 11 février 1998 et dans la rubrique du « courrier des lecteurs », en page 60, un article intitulé « O CORSE, île d'amour.... » signé « MOINLAPATOR ». La lecture de ces propos[1] permettait aisément de s'apercevoir que certaines allégations et affirmations comportaient, à n'en point douter, des atteintes graves à l'honneur et à la considération. A l'analyse de la jurisprudence répressive traditionnelle, lorsque des propos à caractère diffamatoire coexistent avec des allégations à caractère injurieux, le concours d'infraction entraîne une indivisibilité de l'infraction qui est alors poursuivie sous le chef de diffamation[2]. C'est sous cette qualification que le

1 Voir les extraits de l'arrêt.

2 En ce sens, voir le jugement du Tribunal correctionnel de Melun du 14 juin 1982, *J.C.P*. 1982. II. 19918, ou encore : Cass. crim., 15 mars 1994, *Bull. crim*., n° 99.

Ministère Public a initié des poursuites après dépôt de plainte par des particuliers, d'origine corse, se constituant partie civile.

Pour qualifier l'infraction, le Ministère public n'a pas requis la diffamation de l'article 29 alinéa 1er (la diffamation générale) de la loi de 1881, celle visant une personne ou un corps de personnes[1]. On peut penser que ce choix stratégique tendait à éviter un non-lieu, car la jurisprudence entend très restrictivement la diffamation envers les groupes. Le Parquet avait peut-être aussi voulu mettre le juge pénal face à une réalité : une prise de position claire sur les corrélations possibles entre le racisme et les minorités régionales françaises.

C'est donc dans le régime spécial de l'article 32 alinéa 2[2] de la loi de 1881, réprimant les diffamations et injures envers des personnes ou groupes de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nationalité, une race ou une religion déterminée[3], que le Ministère public a fondé sa citation. En réponse, la défense a focalisé, dans un premier temps, le débat sur des moyens de pure forme : exceptions de nullité tirées de la prescription et de l'irrégularité des citations et nullités des réquisitions aux fins d'enquête du Procureur de la République.

A ces moyens, le Tribunal correctionnel et la Cour d'appel ont répondu par la négative. D'abord pour les réquisitions, ces dernières étant considérées comme prises à juste titre, avec des motifs pertinents, exacts et suffisants ; ensuite, pour la citation, la Cour d'appel estimant « qu'elle fixait clairement les termes du débat ainsi que les faits sur lesquels le prévenu aurait à se défendre ». Par ailleurs, les constitutions de partie civile furent considérées comme irrecevables[4], la S.A. « Le

1 « La diffamation se définit comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommé mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés », voir en ce sens : Cass. Crim., 11 juin 1991, *Droit Pénal* 1991, p. 249, obs. VERON. L'injure, quant à elle, se différencie de la diffamation, dans la mesure où elle ne renferme aucun fait précis, la diffamation pouvant faire l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, voir en ce sens : LEVASSEUR, « La notion de fait diffamatoire, distinction d'avec l'injure », *Rev. Science crim*. 1981, p. 621.

2 Ces articles ont été modifiés par la loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 et par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990.

3 Alors que les anciennes dispositions réprimaient les excitations à la haine entre les citoyens ou les habitants, la volonté du législateur en 1972 semblait être de réprimer toute atteinte à caractère raciste, aussi minime soit-elle. Cette législation mettait, par ailleurs, en harmonie l'arsenal répressif français et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale signée à New-York le 7 mars 1966 (publiée par décret du 2 novembre 1971 suite à la loi autorisant la ratification du 28 mai 1971).

4 On se souvient du rejet de la constitution de partie civile des particuliers dans l'affaire Catherine Mégret jugée en 1997 par le Tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence, suite aux déclarations du maire de Vitrolles dans un quotidien allemand à propos de l'inégalité des races. La jurisprudence est très ferme quant à la constitution de partie civile en matière de diffamation ; *cf.*, PUGNIERE (R.), *Juris Classeur pénal*, Art. R. 624-3 à R. 624-6.

Journal de l'île de La Réunion » étant mise hors de cause. Face à ces arguments de forme mineurs, le problème de fond paraissait d'un intérêt bien supérieur qui fut de nature à entraîner une divergence d'interprétation entre les deux juridictions.

Dans le jugement du Tribunal correctionnel de Saint-Denis, les juges de premier degré ont reconnu M. Hersant coupable de diffamation envers un groupe de personnes en raison de leur origine, le condamnant à une peine de 50 000F d'amende et à la publication dans les quotidiens « Le Journal de l'île de La Réunion » et « La Corse » du dispositif de la décision, sans que cela n'excède 10 000F. Ce faisant, la solution au problème juridique majeur était donnée : l'origine corse permettait d'avoir recours aux dispositions pénales réprimant les comportements diffamatoires à caractère raciste. Implicitement, le juge pénal traçait les contours juridiques de « l'entité corse ». En filigrane, les Corses devenaient une communauté dotée d'une existence juridique. Solution en droit pour le moins surprenante quand on se remémore la conception unitaire du peuple français, mais compréhensible si l'on ne se limite qu'à une volonté de répression des faits délictueux.

En appel, la position sur le fond fut à l'opposé de celle des premiers juges. La notion d'origine, visée par l'article 32 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881, ne fit pas l'objet d'une même appréciation. La divergence aboutit à une solution radicalement contraire : « Attendu que c'est à tort, par une inexacte application de la loi aux faits de la cause… que l'origine visée par l'article 32 alinéa 2 doit s'entendre de l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse et non de l'origine géographique ou administrative du groupe de personnes visé… ». Motivation rappelant que la Corse n'existe, en droit, que comme entité géographique ou administrative, ce qui implique l'inexistence juridique des Corses, en tant que communauté humaine.

II/ LA DEFINITION STRICTE DE L'APPLICABILITE DE L'INFRACTION A CARACTERE RACISTE

Pour opiner à l'opposé du Tribunal correctionnel, la Cour de Saint-Denis a articulé son raisonnement en trois temps, respectant ainsi scrupuleusement le syllogisme juridique. Selon la Cour, les juges de premier degré auraient eu recours aux travaux préparatoires de la loi du 1er juillet 1972 pour définir l'origine nationale, raciale et ethnique. Ce faisant, ils ont considéré que le législateur avait pour volonté d'adopter une conception très large de l'origine des individus ou des groupes d'individus. Or, d'après l'article 111 – 4 du code pénal : « la loi pénale est d'interprétation stricte ». La résolution de l'affaire devenait alors simple : « Attendu qu'il est patent qu'il n'existe ni ethnie, ni nation, ni race, ni religion dite « Corse », que, dès lors, l'article ne s'inscrit pas dans le champ d'application des pratiques discriminatoires que le législateur a entendu sanctionner… ».

L'interprétation de l'article 32 alinéa 2 est alors exactement inverse de celle qui avait dans un premier temps prévalu. La conception de la notion d'origine ou d'appartenance dans l'application du délit de diffamation à caractère « racial » est

finalement très restrictive. L'interprétation rigoureuse de la loi pénale entraîne l'exclusion de l'entité corse comme étant susceptible de faire l'objet de propos diffamatoires sur le fondement du critère national, ethnique, racial ou religieux. Cette position revient à ne pas sanctionner des propos portant atteinte à l'honneur, à la réputation des personnes visées et finalement à leur dignité (« Ils sucent la Nation française et l'Europe en utilisant de vrais faux certificats administratifs, …voleurs, racketteurs, racistes… »). Cette attitude, que l'on peut trouver choquante en fait, trouve son explication, en droit, dans la tradition pénale qui procède à une interprétation stricte des mesures répressives mais aussi dans la conception républicaine de la notion de peuple français qui ne connaît pas les minorités régionales et, peut-être, dans une volonté de faire prévaloir la liberté d'expression.

En ne prévoyant que les atteintes visant la religion, l'ethnie, la race et la nation, il apparaît, à la lecture de la seconde décision, que le législateur de 1972 ait voulu limiter les dérogations à la liberté de la presse[1]. Dans l'affaire Hersant, la juridiction pénale s'est indirectement prononcée sur le point de savoir si une minorité régionale entrait dans le champ d'application de la loi de 1972 sur le racisme. Est-ce que cette loi devait s'appliquer strictement, comme toute loi pénale ? Est-ce que les concepts d'ethnie, de race sont restrictifs ? Qu'est-ce qu'ils signifient et, par extension, ne pourraient-ils pas être utilisés pour protéger les minorités régionales de tous propos diffamatoires ?

Dans cette optique, visant à intégrer la minorité régionale dans la législation sur le racisme, ce sont les concepts de nation, de race et d'ethnie qui, en l'espèce, demandent à être définis, la religion ne présentant alors pas d'intérêt. Contrairement à la position tranchée de la Cour, la définition courante et juridique de ces notions est problématique[2]. La nation, la race ou l'ethnie sont des concepts flous.

La concept de nation, d'abord compris comme « tous les habitants d'un même Etat, d'un même pays, qui vivent sous les mêmes lois et usent du même langage »[3], a par la suite évolué pour se rapprocher de la personne morale détentrice de la souveraineté (par opposition au Roi). La conception de la France a toujours été d'inclure ses composantes territoriales au sein de la nation qui, depuis le 25 septembre 1792, est comme la République une et indivisible. L'argument tiré d'une nationalité différente pour les Corses, justifiant de l'application des dispositions de l'article 32 alinéa 2 de la loi de 1881, entendu du seul point de vue administratif, est alors facile à balayer tellement cela semble exagéré, compte – tenu de la conception unitaire et traditionnelle de la République même si l'acception de nation a pu

1 Pour une étude comparée de législation voir : HAGUENAU-MOIZARD (C.), « La lutte contre le racisme par le droit en France et au Royaume-Uni », *R.I.D.C.* 1999, n° 2, p. 347 et s.

2 Voir en ce sens ROULAND (N.), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *R.T.D.Civ*, n°2, avril-juin 1994, p. 287 et s., ainsi que RIGAUD (F.), « Mission impossible : la définition de la minorité », *R.T.D.H.*, n° 30, 1er avril 1997, p. 155 et s.

3 Définition de la première édition du dictionnaire de l'Académie française de 1694, *in* FAVOREU (L.) et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2ème éd., coll. Précis, 1999, p. 21.

évoluer. La nationalité est ainsi considérée comme le corollaire du concept de peuple[1].

Le critère racial conduit lui aussi au même raisonnement. Dans le vocabulaire courant c'est « un groupe ethnique qui se différencie des autres par un ensemble de caractères physiques héréditaires représentant des variations au sein de l'espèce ». Cette définition insiste sur les seuls critères anatomiques. Or, les différenciations de type anatomique sont tellement subtiles et tellement contestées d'un point de vue scientifique[2] que le critère racial n'a pas plus de chance d'être opérant que le critère national. Même si dans les faits le dérivé du concept de race qu'est le racisme[3] est applicable aux Corses, le juge se refuse de sanctionner ce type de comportement, faisant prévaloir une conception draconienne du racisme qui est distincte du respect de la dignité de la personne humaine (entendue au sens large), quitte à ne pas sanctionner des propos dégradants envers une minorité régionale. Le peuple sous-tend encore une fois le raisonnement du juge dans son analyse.

La notion d'ethnie est finalement la seule qui aurait pu entraîner la condamnation du « J.I.R. » au regard de l'article 32 alinéa 2 de la loi de 1881. Bien que polysémique, elle conduit globalement à deux conceptions qui divergent fondamentalement et que l'on retrouve, dans le jugement du tribunal correctionnel et l'arrêt de la Cour d'appel. D'une part, cette notion d'ethnie correspond quasiment au concept de peuple, en droit français. D'autre part, dans une conception plus réduite, elle est assimilée à la minorité régionale, conception défendue par les instances européennes, reposant alors sur son seul aspect culturel, aussi minime soit-il[4].

« Le Petit Robert » définit quant à lui l'ethnie comme « l'ensemble des individus que rapprochent un certain nombre de caractères de civilisation, notamment la communauté de langue et de culture ». « L'ethnie française englobe notamment la Belgique wallonne, la Suisse romande, le Canada français ». L'ethnie, dans un sens commun, semble n'être que la reprise de l'acception globalisante du concept de peuple. Dans cette optique, bien que la Corse ait sa propre culture et sa propre langue, elle appartient à une ethnie plus large : l'ethnie française, le peuple français. La seconde conception, européenne, qui aurait pu conduire à la sanction de

1 Sur l'évolution de la conception de l'Etat-Nation voir OHMAE (K.), *De l'Etat-Nation aux Etats-Région*, Dunod, 1996.

2 DELACAMPAGNE (C.), *L'invention du racisme*, Fayard 1983, pp. 35-50 et JACQUARD (A.), « A la recherche du contenu pour le mot « race ». La réponse du généticien », *Mélanges Poliakov*, 1981, pp. 31-39.

3 Entendu au sens large et non dans l'acception originelle de supériorité de certaines races sur d'autres. Dans un article du journal Libération du 16 mars 2000 (p. 18, de JOANES (F.)), il est fait état d'un sondage de l'Institut Louis-Harris commandé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et du service d'information du Gouvernement, réalisé du 17 au 24 novembre 1999 sur un échantillon de 1012 personnes. 69 % des personnes interrogées se déclarent « plutôt racistes », « un peu racistes » ou « pas très racistes ».

4 SCHNAPPER (D.), *La communauté des citoyens, sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, 1994. L'auteur distingue ethnie et nation. L'ethnie est une simple communauté alors que la nation est une entité avec un projet politique composée de citoyens.

M. Hersant n'a pas non plus été acceptée par le juge pénal. Cette prise de position s'explique encore une fois par la parenté conceptuelle entre ethnie et peuple, parenté explicite dans la jurisprudence constitutionnelle française.

III/ L'INTEGRATION DES CONCEPTS D'ETHNIE, DE RACE ET DE NATION DANS LA TRADITION REPUBLICAINE FRANÇAISE

L'arrêt du 11 mars 1999 est dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991[1]. Le Conseil, dans les considérants 10 à 14, avait affirmé la valeur constitutionnelle du concept de peuple français, son indivisibilité et avait invalidé l'article 1er de la loi déférée qui proclamait l'existence du « peuple corse composante du peuple français ». D'après le commentaire de M. le Doyen Louis Favoreu et M. le Professeur Loïc Philip « c'est moins la considération des risques d'une « dérive » internationale qui a conduit les juges constitutionnels à prendre leur décision que la crainte de voir remettre en cause le principe, hérité de la Révolution, selon lequel les individus indifférenciés – les citoyens – forment de manière indivisible « le peuple français » [2].

Sous cet éclairage constitutionnel, il est plus aisé d'appréhender la lecture opérée par la Cour d'appel de l'article 32 alinéa 2 de la loi de 1881. La Cour a inscrit son raisonnement dans celui de la philosophie républicaine qui ne connaît qu'un peuple. Ce faisant, elle interprétait strictement des dispositions qui ne sont applicables qu'à un nombre restreint de personnes : ceux d'une ethnie, d'une race ou d'une nation différente (ou d'une religion). Le seul critère géographique ou administratif de qualification étant exclu car il n'existe qu'un seul peuple français, ce qui entraîne indirectement l'absence de toute sanction aux propos publiés dans le quotidien réunionnais[3]. Il est possible de penser que cette position serait la même dans le cas où des propos diffamants viseraient les Basques, Bretons, Alsaciens, Savoyards…

1 FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ème éd., Dalloz, 1999, p. 772 et s.

2 Le bloc de constitutionnalité ne connaît que les concepts de peuple français (qui figure dans le premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dans le préambule de la Constitution de 1946) et de peuple d'outre-mer (sans distinction expresse entre DOM et TOM). Il aura fallu une révision de la Constitution en 1999 pour instaurer la parité au sein de la classe politique française.

3 Dans la décision du 15 juin 1999 (*J.O*. du 18 juin, p. 8964), relative à la Charte européenne des langues régionales, le Conseil constitutionnel a confirmé cette conception unitaire en rappelant le caractère constitutionnel de « l'unicité du peuple français ». Dans le vocabulaire courant, le peuple est défini comme « l'ensemble d'êtres humains vivant en société, habitant un territoire défini et ayant en commun un certain nombre de coutumes, d'institutions ». Dans un second sens, le peuple est constitué « du corps de la nation, ensemble des personnes soumises aux mêmes lois ». C'est cette conception qui a toujours été retenue par le Conseil constitutionnel : décision du 18 novembre 1982, Quota par sexe (*R.J.C*. I-130 et *GDCC*, *op.cit*, p. 552 et s) et décision du 14 janvier 1999, Election des conseillers régionaux (*J.O*., 24 janvier, p. 4238).

On peut se demander alors s'il en aurait été de même si la « minorité ethnique » était issue d'un Département d'outre-mer. Est-ce que des propos similaires proférés à l'encontre des Réunionnais, Martiniquais, Guadeloupéens et Guyanais entraîneraient une absence de sanction pour leur auteur ?

Il semble que non, des condamnations ayant déjà été prononcées dans des affaires visant des groupes de personnes présentant des spécificités marquées[1]. On peut donc penser que le juge ferait preuve d'un certain pragmatisme. Considérant sans doute que l'intégration des populations d'outre-mer dans l'ensemble de la population métropolitaine reste lacunaire, non sur le plan juridique, mais sur celui de la réalité sociale et culturelle, ainsi que dans l'imagerie populaire, il utiliserait seulement le concept d'origine, notamment racial ou celui de « groupe de personnes » pour sanctionner tout comportement déviant. Il opérerait alors une appréciation large des conditions requises pour se prévaloir des dispositions pénales réprimant le racisme. Le juge accepterait ainsi de connaître la diffamation à caractère raciste par voie de presse si des critères anatomiques et physiques, viennent s'ajouter aux simples critères intellectuels et culturels excepté si ces derniers son particulièrement « voyants ».

Le raisonnement du juge est donc compréhensible du point de vue juridique et sociologique. Il s'inscrit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui consacre l'unicité du peuple français et applique la qualification de « racisme » dans des conditions strictes. Or, cette analyse est en contradiction avec nombre d'engagements internationaux reconnaissant l'existence juridique des minorités régionales et des peuples autochtones, avec droits collectifs et discriminations positives[2]. La Convention européenne des droits de l'homme, relais de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales et de la Déclaration universelle des droits de l'homme[3] affirme dans son article 14 que la jouissance des droits et libertés qu'elle définit « doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur (…) la race, la couleur, la langue, la religion (…) l'origine nationale ou *l'appartenance à une minorité nationale*[4]… ». Autrement dit l'appartenance à une minorité nationale est assimilée à l'appartenance raciale et, à ce titre, doit bénéficier d'une même protection.

---

1 D'abord reconnue pour les immigrés, la notion de « groupe de personnes » a été admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mai 1986 et repris en 1997 (Cass. Crim. 27 juin 1997, *Bull. civ. Crim.* p. 864, n° 253). Cette notion a été étendue aux communautés chrétiennes des pays de l'Est (Cass. Crim., 2 mars 1993, *Legipresse* n° 110, III, p. 44) ce qui laisse penser que le juge pourrait l'appliquer à des personnes originaires de DOM et des TOM en vue d'assurer leur protection. Il convient de noter que le juge est très prudent : les musulmans « ne constituent pas une race particulière mais se rencontrent parmi des peuples variés » (tribunal correctionnel de Dijon, 10 décembre 1997, cité dans *Le Monde* du 12 décembre 1997).

2 Depuis 1982, a été créé à l'O.N.U. un groupe de travail sur les populations autochtones qui a élaboré une Déclaration universelle du droit des peuples autochtones. Certains Etats ont confié à leur minorité des autonomies administratives et des droits linguistiques et culturels : Belgique, Italie, Espagne, Suisse, Finlande, Danemark, Autriche. Sur la question voir : DECAUX (E.), « Vers un nouveau droit des minorités nationales ? », *Gaz. Pal.*, 1994, *doct.*, p. 1390.

3 KORMAN (C.), « L'ange, la bête et les hommes », *Gaz. Pal.*, 8 oct. 1998, *chron.*, p. 6 et s.

4 Nous soulignons.

Les engagements internationaux qui n'ont pas été ratifiés par la France ou l'ont été avec un grand nombre de réserves, reconnaissent ainsi les minorités régionales comme composantes de la nation, du peuple. C'est le cas, par exemple, de la « Convention cadre pour la protection des minorités nationales », élaborée par le Conseil de l'Europe et adoptée par le Conseil des Ministres le 10 novembre 1994[1]. Si ces conventions venaient à entrer dans l'ordre juridique interne, cela entraînerait l'obligation de prendre en compte l'origine géographique des individus s'ils subissent des discriminations et atteintes diverses sur le fondement de cette origine minoritaire. D'autant que la conception traditionnelle du peuple composé de citoyens indifférenciés tolère des exceptions, il est vrai, constitutionnelles[2]. Dans l'expectative d'une évolution de la position française, rappelée en 1999 à propos des langues minoritaires et régionales, le juge ordinaire sera tenu de faire prévaloir le concept de peuple sur celui de minorité régionale.

Bien que n'ayant pas placé le terrain de la discussion sur l'usage de la liberté d'expression, l'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis s'inscrit dans la logique générale jurisprudentielle faisant prévaloir cette liberté sur les autres normes lors d'une éventuelle confrontation[3]. C'est le cas de la Cour européenne des droits de l'homme qui a tendance à opérer ses arbitrages en faveur de la liberté d'expression[4]. Au niveau interne, le Conseil constitutionnel adopte une démarche similaire mais moins affirmée[5]. La conséquence de la décision de la Cour est de tolérer des propos dénigrants d'une communauté minoritaire si cette dernière se fond dans la communauté majoritaire sans que son origine ethnique, raciale, religieuse ou nationale soit la source d'une distinction trop marquée. La liberté de communication devient alors quasi absolue et elle prévaut nettement sur la protection des minorités « géographiques ou administratives ».

---

1 Il s'agit d'une part de compléter la Convention européenne des droits de l'homme en adoptant un nouveau protocole, d'autre part de préciser les principes à respecter pour assurer la protection des minorités nationales (droits individuels, protection, contrôle…) ; voir TAVERNIER (P.), « A propos de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour les protections des minorités nationales », *R.G.D.I.P*., 1995 – 2, p. 5 et s.

2 En Nouvelle-Calédonie, la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 a permis la création d'une citoyenneté calédonienne.

3 Selon l'article 10§2 de la Convention européenne des droits de l'homme des limitations à la liberté d'expression sont possibles à condition de présenter un caractère nécessaire dans une démocratie : la tolérance et les atteintes à l'ordre social justifient ainsi parfois des limitations à la liberté d'expression. Aux Etats-Unis, cette liberté présente un caractère quasi-absolu : *Cf.* BOURGUIGNON (H.J.), « The united States Supreme Court and Freedom of expression », *Human right law journal*, 1994, p. 137, cité par COHEN-JONNATHAN (G.), « Discrimination raciale et liberté d'expression », *R.U.D.H*., 15 mars 1995, p. 1.

4 Arrêt Handyside du 7 décembre 1976, série A n°24, ou encore arrêt Lingens du 8 juillet 1986, série A n° 103. Dans un sens similaire : Jersild c/ Danemark du 23 septembre 1994 (un journaliste n'avait pas assorti un reportage comportant des propos racistes d'un commentaire les dénonçant).

5 Décision du 29 juillet 1986, Régime de la Presse (*R.J.C*. I-270), du 18 septembre 1986, Liberté de communication (*R.J.C*. I-283). Voir aussi : RENOUX (T.S.) et DE VILLIERS (M.), *Code constitutionnel*, Litec, 1994, p. 90.

Valeur essentielle de la démocratie, la liberté d'expression n'en demeure pas moins une norme qui doit être conciliée avec les nécessités de l'ordre public. Il convient de rappeler que les journalistes doivent garder une attitude éthique, se traduisant par une approche critique, indépendante des faits et, toujours respectueuse de la dignité humaine[1]. Aussi, pour éviter tout débordement, il apparaît souhaitable que, sans renier la philosophie républicaine de l'unicité du peuple français[2], la législation permette de punir, même symboliquement, ce genre de propos malveillants envers une communauté humaine minoritaire. D'autant que la tendance actuelle de la jurisprudence (constitutionnelle et administrative) est d'adopter une conception large des atteintes à la dignité de la personne humaine[3].

Il faudrait non pas repenser la législation sur la diffamation, évitant ainsi toute polémique sur le retour des délits de presse (comme ce fut le cas à propos de la loi Gayssot), mais simplement, peut-être, ajouter le critère non retenu par la Cour d'Appel de Saint-Denis : celui de l'origine géographique, d'autant que l'article 1er de la Constitution dispose que « La France… assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Le terme origine étant employé distinctement de celui de race et sans précisions supplémentaires. Cette origine pouvant très bien être entendue comme sociale, géographique ou administrative. La liberté de la presse ne s'en trouverait pas affaiblie pour autant[4] et cela éviterait le dénigrement, en toute impunité, des membres d'une collectivité humaine, qu'elle soit religieuse, nationale, ethnique, raciale ou *géographique*.

Laurent-Osman DINDAR
A. T. E. R.
Université de La Réunion

1 La Déclaration de la fédération internationale des journalistes énonce expressément que « le journaliste prendra garde aux risques d'une discrimination propagée par les médias et fera son possible pour éviter de faciliter une telle discrimination fondée notamment sur la race » (Déclaration de principe de la F.I.J. sur la conduite des journalistes, adoptée au Congrès mondial de 1956 et amendée au Congrès mondial de 1986).

2 SCHRAMECK (O.), « Droit public et lutte contre le racisme », *L.P.A.*,18 octobre 1996 n°126, p.4 et s.

3 Cela résulte de l'interprétation du préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994, Lois sur la bioéthique (*R.J.C.* I-595 et *G.D.C.C.* p. 579 et s), confirmée par la décision du 16 juillet 1996, Répression du terrorisme (*R.J.C.* I-671). Le juge administratif a opiné dans un sens similaire à propos d'un spectacle de lancer de nain dans des arrêts C.E., Ass. 27 octobre 1995, ville d'Aix-en-Provence et commune de Morsang-sur-Orge, note STAHL (J.-H.) et CHAUVAUX (D.), *A.J.D.A.* 1995, p. 878 et s.

4 Le juge administratif se montre particulièrement soucieux de la protection de la dignité humaine. Voir en ce sens C.E., 9 octobre 1996, Association « Ici et maintenant » qui retient la responsabilité d'une association bénéficiaire d'une autorisation d'émettre, en raison de propos tenus par des auditeurs lors d'émissions dites d' « antenne libre », note MONDOU (C.), *L.P.A.*, 13 juin 1997, n° 71, p. 28 et s.

Droit des régimes matrimoniaux – Emprunt – Achat à tempérament – Engagement solidaire des époux – Nécessité d'un consentement des deux époux – article 1202 C. Civil – Atténuation – Caractère ménager de la dette – Article 220 C. Civil – Condition – Dépense non excessive

St Denis, 5 mars 1999 (2 arrêts) – Sté Crédit moderne OI SA c/ Mme Guylène PANURGE – M. Georges ROCHETAING c/ Sté C2C SA Crédit consommation groupe CAMIF

Dans ces deux affaires, la Cour est saisie d'affaires relatives à un emprunt contracté au cours du mariage. Face aux demandes des créanciers, elle applique à la fois le droit commun de la solidarité et la solidarité spéciale qui naît légalement entre époux lorsque la dette revêt un caractère ménager.

RESUME

Faits et procédure

Dans l'affaire opposant la société Crédit moderne OI SA à Mme PANURGE, le créancier, en l'occurrence la société susnommée avait réclamé à Mme ZITTE née PANURGE le paiement d'une somme due au titre d'une offre préalable de crédit. Le tribunal d'instance de Saint Paul ayant rejeté sa demande le 21 octobre 1997, cette société interjette appel du jugement rendu devant la Cour d'appel de Saint Denis. Elle considère que c'est à tort que le premier jugement a rejeté sa demande en paiement en estimant que l'épouse était étrangère à l'offre de crédit. Selon ses conclusions, non seulement cette dernière a expressément consenti à l'emprunt contracté par le mari pour l'achat d'un véhicule automobile, mais en outre une telle dépense constitue une dette ménagère solidaire au sens de l'article 220 du Code civil.

Dans la seconde espèce, une commande d'effets mobiliers avait été passée auprès de la société CAMIF et livrée à l'épouse, le tout financé au moyen d'un crédit à la consommation. L'époux, dont le numéro de sociétaire à la CAMIF avait été transmis à cette dernière, se voit condamné le 28 avril 1997 par le tribunal d'instance de Saint-Pierre au remboursement de diverses sommes correspondant au principal avec intérêts et frais irrépétibles. Ce dernier interjette appel devant la Cour d'appel de Saint-Denis. Il fait valoir qu'il n'existe aucun lien de droit entre la société de crédit et lui-même, dans la mesure où il n'a pas personnellement commandé ni reçu les effets livrés, et où il n'a pas signé l'ouverture de crédit s'y rapportant. La société de crédit rétorque que les biens ont été commandés sous son numéro de sociétaire et qu'en outre, l'époux a ratifié tacitement cet achat en ne réagissant pas aux prélèvements automatiques effectués sur son compte bancaire. Elle ajoute que

l'achat en question constitue de surcroît une dette ménagère obligeant solidairement les deux époux.

Dans les deux affaires, la Cour d'appel de Saint-Denis analyse successivement les deux conditions susceptibles de déclencher la solidarité entre époux, pour voir si elles sont remplies.

Y avait-il consentement des deux époux à l'acte ? A défaut, la dette peut-elle être qualifiée de ménagère (et donc de solidaire) au sens de l'article 220 du Code civil ? La réponse est positive dans le premier cas, négative dans le second.

Motifs et décision

« Mais attendu qu'il apparaît à l'examen de l'offre préalable de crédit conclue le 21 mai 1992 que Mme ZITTE née PANURGE a expressément consenti à l'emprunt contracté par son mari pour l'achat d'un véhicule automobile à crédit en apposant sous la rubrique consentement du conjoint la mention "lu et approuvé" ainsi que sa signature ; que s'agissant d'un achat à tempérament conclu avec le consentement des deux époux et pour l'acquisition d'un bien qui n'avait rien d'excessif puisqu'il s'agissait d'un véhicule d'occasion de faible valeur (30.000 F), il faut admettre qu'il obligeait solidairement les deux époux...Qu'il y a donc lieu d'infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions... » (1° espèce).

« Attendu que pour caractériser l'existence du lien d'obligation la société C2C SA ne peut tirer argument du fait que nombre d'échéances de remboursement du prêt ont sans protestation été payées par prélèvement automatique sur le compte bancaire de M. ROCHETAING dans la mesure où cette absence de réaction de la part de M. ROCHETAING n'emporte pas forcément son consentement à l'opération de crédit et où la novation par changement de débiteur ne se présume pas. Attendu que pour fonder son action en paiement à l'encontre de M. ROCHETAING Georges la société C2C SA ne peut davantage prétendre qu'il s'est agi en l'espèce de dettes ménagères au paiement desquelles les époux sont solidairement tenus, alors que s'agissant d'achats faits à tempérament, ils devaient être conclus avec le consentement des deux époux, que tel n'a pas été le cas.

« Attendu qu'il s'en suit que contrairement à ce qui a été décidé par le premier juge, M. ROCHETAING Georges ne peut être condamné pour le paiement de fournitures qu'il n'a pas personnellement commandées, dont il n'a pas personnellement reçu livraison et pour lesquelles il n'a personnellement signé aucune convention de crédit ; qu'il y a donc lieu d'infirmer le jugement entrepris » (2° espèce).

COMMENTAIRE D'ARRETS GROUPES – DISTINCTION DE L'EMPRUNT ET DE LA VENTE A TEMPERAMENT AU REGARD DE L'ARTICLE 220 DU CODE CIVIL.

Ces deux arrêts illustrent parfaitement une délicate question du droit des régimes matrimoniaux. Il s'agit de l'engagement des époux quant à leurs biens vis à vis des créanciers, et plus spécifiquement dans le cas d'achats à crédit, ou à

tempérament, notions qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer. Dans les deux cas, le créancier, face à la défaillance de l'un des époux, cherche à bénéficier de l'engagement solidaire de l'autre.

Cette solidarité reçoit un régime original en ce qui concerne les époux. Sur le fondement de l'article 1202 du Code civil[1], elle peut être recherchée non seulement dans la convention conclue entre les époux et le tiers, mais également dans la loi. En l'occurrence, s'agissant d'époux, se combinent à ces dispositions générales les règles spécifiques relatives à la solidarité des dettes ménagères, contenues dans l'article 220 du Code civil[2].

Dans les deux espèces en cause, le créancier souhaitait poursuivre le conjoint de l'époux qui avait contracté auprès de lui un crédit à la consommation destiné à financer l'achat d'un véhicule d'occasion (1ère espèce), divers effets mobiliers commandés à la CAMIF (2nde espèce). Afin de vérifier si le créancier pouvait bénéficier de l'engagement solidaire des époux, permettant à ce dernier de saisir l'ensemble des biens du ménage (biens communs, biens propres du mari et de la femme), la Cour d'appel de Saint-Denis se devait donc de rechercher, au delà du consentement des deux époux, la qualification des actes en cause. En effet, l'article 220 du Code civil déclenche une solidarité légale dès lors que la dette contractée par un époux seul revêt un caractère ménager[3] et n'est pas excessive eu égard au train de vie des époux[4].

Mais cette solidarité est exclue pour certaines opérations considérées comme dangereuses pour le crédit des ménages. Tel est le cas, qui concernait les deux affaires en cause ici, des emprunts et des achats à tempérament.

Ces deux arrêts présentent un double intérêt. D'une part, ils permettent de rappeler le régime spécifique de la solidarité des dettes entre époux, qui impose de combiner les règles de droit commun en matière de solidarité, avec les principes spécifiques issus du droit des régimes matrimoniaux. Ensuite, ils révèlent la difficulté que peuvent rencontrer les juges à qualifier certains actes, souscrits par les

---

[1] Art. 1202 C. civ. : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

« Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. »

[2] Art. 220 C. civ. : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un engage l'autre solidairement.

« La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour les dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou à la mauvaise foi du tiers contractant.

« Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclu du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires au besoin de la vie courante ».

[3] La notion de dette ménagère est entendue largement ; elle vise tout ce qui a trait à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, que la dette soit d'origine contractuelle ou légale, et s'étend même à des dépenses proches de la notion de loisirs. *Cf.* R. CABRILLAC, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2000, n°56.

[4] Une appréciation qui relève des juges du fond.

ménages sur proposition des vendeurs, et qui se situent à mi-chemin entre la notion d'emprunt et celle d'achat à tempérament.

L'enjeu de la distinction est important, dans la mesure où ces opérations reçoivent, aux termes de l'article 220 du Code civil, un régime différent du point de vue de la solidarité dont pourrait bénéficier le créancier. Se greffent en outre, sur ces considérations, des données issues du droit de la consommation, lequel tend à protéger les époux contre les actes et montages divers, multipliés par la pratique dans le but de faciliter la souscription des époux et mettant en danger le crédit du ménage. Face à ces opérations, que le Code civil n'a pas prévues, quelle qualification retenir, et en conséquence, quel régime leur appliquer ? C'est à ces diverses questions que ces deux arrêts, rendus le 5 mars 1999 par la Cour d'appel de Saint-Denis, nous donnent l'occasion de réfléchir.

En effet, ils permettent de s'interroger plus avant sur ce que nous nous proposons d'appeler le « crédit aux ménages »[1]. Certains actes, souscrits par des époux mariés, obéissent à un régime spécifique, dont il est nécessaire de connaître l'enjeu (I), avant d'apprécier la qualification retenue par les juges dans les affaires en cause (II).

I/ L'ENJEU DE LA QUALIFICATION

On le sait tous. En droit civil, la solidarité ne se présume pas. Celle-ci doit résulter d'une convention, et plus précisément d'une stipulation expresse. De façon générale, cette clause n'est pas soumise à un formalisme particulier, les termes "solidarité" ou "solidaire" n'étant pas obligatoires. Il suffit que la formule employée soit explicite, le juge usant de son pouvoir d'appréciation.

Cette souplesse cède cependant face aux règles protectrices du droit de la Consommation : ainsi, en matière de crédit à la consommation, l'article L- 313-8 du Code de la consommation impose une mention précise sous peine de nullité de l'engagement des cautions. Cette mention doit contenir les termes suivants : « en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du C. Civil, et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».

Mais dans les affaires qui relevaient de la compétence de la Cour d'appel de Saint-Denis, la question ne se posait pas en termes de cautionnement. Le problème concernait l'étendue de la participation de chacun des époux à l'opération. Toute la difficulté était de dégager la nature de cette opération et l'étendue de cette participation. En effet, de ces deux paramètres découlaient des règles particulières issues du droit des régimes matrimoniaux.

Dans ces deux arrêts, les juges font simultanément référence à une opération de crédit, d'emprunt et d'achat à tempérament. La qualification est essentielle car ces différentes opérations ne suivent pas le même régime eu égard à la solidarité des

[1] Qu'il s'agisse d'emprunt ou d'achat à tempérament, c'est toujours la notion de crédit qui est en cause.

époux vis à vis du créancier, selon qu'il s'agit d'un emprunt (A/), ou d'un achat à tempérament (B/).

A/ La solidarité entre époux en présence d'un emprunt

En droit des régimes matrimoniaux, et tout spécialement face à un emprunt, plusieurs hypothèses doivent être distinguées. Selon les cas, et plus précisément selon les circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu, par un époux ou par les deux, le régime de la solidarité passive varie. Le gage des créanciers, également désigné sous le terme "d'obligation à la dette" est un mécanisme particulier qui permet, tout en validant la dette contractée par un époux, de moduler l'étendue de ses conséquences sur le patrimoine respectif de chacun.

Ainsi, lorsque les deux époux ont conventionnellement déclaré s'engager comme co-emprunteurs, ils sont solidairement tenus si bien que l'ensemble de leurs biens est saisissable par le créancier : biens propres du mari, biens propres de la femme, biens communs.

La règle découle de l'article 1418, combiné à l'article 1413 du Code civil. Selon l'article 1418, « lorsqu'une dette est entrée en communauté du chef d'un seul époux, elle ne peut être poursuivie sur les biens propres de l'autre. S'il y a solidarité, la dette est réputée entrer en communauté du chef des deux époux... ». En pareil cas, les deux masses de biens propres sont donc saisissables, et par application de l'article 1413, les biens communs le sont également dans la mesure où ce texte énonce que : « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, et sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ». C'est la situation maximale et idéale pour le créancier. La solidarité découle alors du droit commun, par application de l'article 1202 du Code civil : « la solidarité ne se présume point : il faut qu'elle soit expressément stipulée ».

A l'opposé, il peut arriver qu'un époux se soit engagé comme emprunteur seul, c'est à dire sans qu'aucune forme de participation de l'autre ne soit établie. Dans ce cas s'applique l'article 1415 du Code civil, qui prévoit que « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui dans ce cas n'engage pas ses biens propres ». Ici, le créancier se voit muni d'un gage minimum. Il ne peut saisir que les biens propres de l'époux qui a agi, biens auxquels il faut ajouter les gains et salaires de ce dernier, qui sont pourtant, et ce désormais de façon acquise, considérés comme des biens communs[1].

Ce régime est cependant modifié lorsque l'opération peut s'insérer dans les conditions prévues par l'article 220 du Code civil. Si ce texte prévoit une solidarité entre époux, dès lors que la dette souscrite par l'un revêt un caractère ménager et

[1] En ce sens, *cf.* Cass. civ. 1°, 8 fév. 1978, *Bull. civ*. n° 53.

non excessif, il n'en contient pas moins des exceptions, lesquelles concernent directement les emprunts. Ainsi, selon l'alinéa 3 de ce texte, la solidarité n'a pas lieu « pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante ». C'est donc par exception, l'emprunt étant considéré comme un acte dangereux pour le ménage, que la solidarité renaît même en l'absence de stipulation expresse. Le cas vise, selon une doctrine avisée, « les prêts à la consommation d'un faible montant eu égard aux facultés des époux »[1]. Les juges du fond sont souverains dans l'appréciation de ces critères[2].

Les emprunts souscrits par les époux peuvent donc relever, selon les cas, de l'une ou l'autre formule de l'article 1202 du Code civil[3] : la solidarité découlera soit d'une stipulation expresse, démontrant le consentement des deux époux, soit de la réunion des conditions visée par une disposition de la loi, en l'occurrence l'article 220 du Code civil. Encore faut-il que les actes en cause puissent être qualifiés d'emprunts. L'article 220 du Code civil prévoit en effet un autre régime pour les achats à tempérament, qu'il n'est pas toujours aisé, ces arrêts en sont l'illustration, de distinguer en pratique des emprunts.

B/ La solidarité entre époux en présence d'achats à tempérament

En matière d'achat à tempérament, le régime de la solidarité entre époux est différent. Il résulte d'une simple lecture de l'article 220 du Code civil, qui dans son troisième alinéa, impose toujours le consentement des deux époux pour déclencher une solidarité, alors même que toute dette qui présente un caractère ménager est en principe solidaire. Selon ce texte, « la solidarité entre époux n'a pas lieu pour les achats à tempérament ». En pareil cas, l'exclusion est stricte : la solidarité ne pourra jouer au bénéfice du créancier qu'à la condition que l'acte ait été conclu du consentement des deux époux. Selon le Professeur Cornu, « la règle ne souffre aucune exception : attachée à la forme même de l'achat à tempérament, lorsque celui-ci est unilatéral, l'exclusion de la solidarité demeure même si l'achat correspond par sa fin et sa mesure, à une dépense de ménage »[4].

La difficulté réside, et les affaires en cause en sont le témoignage, dans la notion d'achat à tempérament. L'on qualifie « d'achat à tempérament » les actes dans lesquels les facilités de paiement sont consenties par le vendeur lui-même. C'est ce que l'on nomme communément « l'achat à crédit ». Certains auteurs font à

[1] *Cf.* R CABRILLAC, *op. cit.*, n° 59.

[2] En ce sens, *cf.* Cass. civ. 1°, 16 avril 1996, *JCP N* 1997, II, 1290, obs. G. WIEDERKHER.

[3] S'ajoute une situation intermédiaire, dans laquelle le consentement du conjoint permet simplement au créancier de saisir les biens communs, en aucun cas ses biens propres. Cf. art. 1415 C. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui dans ce cas n'engage pas ses biens propres ». Application de la maxime *qui auctor est se non obligat*, ce texte permet un simple déblocage des biens communs. En l'absence de précision quant à la portée du consentement donné, la doctrine retient « une présomption simple de participation » ; *cf.* R. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 196. Tel fut le cas dans les arrêts ici commentés.

[4] *Les régimes matrimoniaux*, éd. PUF, coll. Themis Droit privé, 1995, p. 108.

juste titre observer que « l'exclusion concerne non seulement les achats à tempérament, mais d'une manière générale tout achat dont le prix est payable par fractions échelonnées, quel que soit le montant de l'achat »[1]. La notion va donc au delà de la vente à tempérament réglementée par les décrets des 20 mai 1955 et 4 août 1956[2]. La raison d'être d'une telle exception réside dans une volonté, d'inspiration consumériste, de sauvegarder le crédit du couple face à des actes, qui, par leur aspect attractif, sont considérés comme dangereux pour le couple en tant que consommateur.

Mais la nuance avec l'emprunt à proprement parler est ténue. Dans ces deux espèces, les juges usent tour à tour des notions de "crédit", "d'emprunt", "d'achat à tempérament". Cette utilisation alternative des termes est significative de la difficulté à qualifier certains opérations développées par la pratique. Pourtant, le régime eu égard à la solidarité est bien distinct. La Cour de cassation a précisé que lorsque l'alinéa 3 de l'article 220 réservait le cas des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante, il visait simplement les emprunts[3]. En ce sens, les solutions proposées par la Cour d'appel de Saint-Denis dans ces deux affaires sont édifiantes. Elles indiquent la qualification à retenir en présence d'actes "ambigus", révélant ainsi une certaine conception de la protection des époux en tant que consommateurs.

II/ LA QUALIFICATION RETENUE

Sous des abords confus, face à la difficulté de la qualification des actes en présence (A/), les arrêts rendus par la Cour de Saint-Denis se révèlent édifiants, en consacrant une qualification attendue par la doctrine, spécialement les précurseurs en la matière (B/).

A/ Une qualification *a priori* confuse

Dans certains cas, le choix entre la qualification d'emprunt ou d'achat à tempérament se révèle délicat. Tel est le cas lorsque, comme ici, certaines opérations, *a priori* basées sur un emprunt ménager, sont à ce point liées à l'achat auprès du professionnel qui impose son organisme de crédit, que l'on se rapproche d'une opération globale rappelant la vente à tempérament. C'était la difficulté soumise aux juges de la Cour d'appel de Saint-Denis dans ces deux affaires. Or, force est de constater qu'au premier abord, la qualification retenue est loin d'être évidente.

Dans le premier arrêt (Crédit moderne Océan Indien c. Mme Panurge), la Cour évoque l'existence d'une offre préalable de crédit relative à l'achat d'une automobile d'occasion par le mari. Puis elle relève que l'épouse a expressément consenti à l'emprunt sous la rubrique "consentement du conjoint". Enfin, elle

[1] R. CABRILLAC, *op. cit*., n° 59.

[2] J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, éd. Dalloz, 2000, n° 298.

[3] Cass. civ. 1°, 12 juillet 1994, *Bull. civ*. n° 252 ; *RTD civ*. 1996, p. 221, obs. B. VAREILLE.

conclut à la qualification d'achat à tempérament, et fonde l'engagement solidaire des époux sur le consentement des deux époux, ce qui est logique au regard du régime des achats à tempérament. Mais elle soulève également, ce qui est plus surprenant, le caractère non excessif de l'acquisition. Or une telle circonstance est sans incidence au regard de la qualification retenue, dans la mesure où, en présence d'achats à tempérament, la solidarité entre époux ne peut renaître qu'en cas de double consentement.

Dans la seconde affaire (M. Rochetaing c. Sté C2C SA), les juges relèvent l'existence d'un prêt, soumis à échéances de remboursement, et s'interrogent sur le consentement du conjoint à l'opération de crédit. Ils éludent ensuite la solidarité, en concluant à la qualification d'achat à tempérament, lesquels doivent être conclus avec le consentement des deux époux, condition non remplie en l'espèce.

Dans les deux cas, face à une opération mêlant un prêt, proposé par le vendeur lui-même à travers son établissement de crédit habituel, et une vente, les juges optent pour la qualification d'achat à tempérament. Sous des aspects modestes, cette solution induit des conséquences théoriques et pratiques particulièrement intéressantes, et se révèle opportune.

B/ Une qualification finalement clairvoyante

Ainsi, sous des abords assez confus, la Cour mêlant des qualifications engendrant un régime distinct, le raisonnement est révélateur d'un fait incontestable : la notion de "crédit au ménage", entre emprunt et achat à tempérament, est difficile à circonscrire. Elle l'est d'autant plus que la pratique développe des opérations qui pourraient bien recevoir l'une ou l'autre des deux qualifications : emprunt, consenti par l'établissement de crédit affecté habituellement au vendeur, auquel cas la solidarité peut découler, à défaut de double engagement des époux, de l'aspect ménager et de la faible importance des sommes en cause ; achat à tempérament, où la solidarité est exclue dès lors que les deux conjoints n'ont pas consenti à l'acte, peu important la finalité et l'ampleur de l'acquisition.

En 1998, un auteur avisé[1] relevait que le champ d'application de la solidarité se montrerait sans doute délicat à délimiter dans certains actes de la vie courante et moderne, et qu'il faudrait sans tarder s'interroger sur le cas où « certains emprunts, n'excluant pas la solidarité- parce que portant sur des sommes modestes nécessaires au besoins de la vie courante- soient à ce point liés à des achats auprès d'un professionnel, imposant son organisme de crédit attitré, que les juges y puissent voir un dispositif indivisible assimilable à une vente à tempérament ».

C'est chose faite. Bon gré, mal gré, c'est vers cette deuxième conception que, malgré une formulation ambiguë, s'orientent les deux arrêts de la Cour d'appel de Saint-Denis rendus le 5 mars 1999. Certes, la formulation des motifs, mêlant les différentes qualifications, est *a priori* maladroite. Mais elle a le mérite de révéler la

[1] B. VAREILLE, « Le régime primaire », *in Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 1998, n° 72.

difficulté qu'il y a à cerner ce type d'opérations, en vue de lui appliquer l'un ou l'autre des régimes prévus par l'alinéa 3 de l'article 220 du Code civil. Il faut en outre souligner que d'autres juridictions du fond s'étaient auparavant révélées moins perspicaces. Dans un arrêt du 2 septembre 1997, la Cour d'appel de Paris estimait que lorsque des achats sont effectués par un époux bénéficiant d'une ouverture de crédit, il y a emprunt et non achat à tempérament. Le 30 avril 1996, la Cour d'appel de Bourges avait déjà retenu le même raisonnement.

Critiquées par la doctrine[1], qui relevait à juste titre que les juges s'engagent trop vite vers la qualification d'emprunt dès lors qu'est présente la notion de crédit, ces décisions procédaient d'une confusion entre les notions d'emprunt et d'achat à tempérament, dont les conséquences sont importantes au regard de l'article 220 du Code civil. Les auteurs semblaient, à l'inverse, préférer la notion de vente à tempérament, dès lors que l'ouverture de crédit est consentie par l'organisme financier d'une centrale d'achat ou d'un grand magasin[2].

Finalement, dérouté au premier abord, l'on ne peut que sortir enrichi de la lecture de ces deux décisions qui se prononcent sur des actes qui résultent de pratiques de plus en plus fréquentes, et qui ont sans aucun doute vocation à s'amplifier. En optant pour la qualification de vente à tempérament, la Cour d'appel de Saint-Denis échappe aux travers dans lesquels étaient tombées les juridictions métropolitaines qui l'avaient devancée sur la question.

Ce faisant, elle préserve au maximum le crédit des ménages, en réduisant le champ d'application de la solidarité des époux à l'égard du créancier. Elle protège ainsi le ménage en tant que consommateur. Elle précise les contours de l'article 220 du Code civil.

Répondant par là même aux observations des précurseurs en la matière, les juges de La Réunion dévoilent la clairvoyance et tout l'intérêt des décisions qu'ils rendent du bout du monde.

Isabelle TROUCHE-DOERFLINGER
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

[1] Décisions citées par B. BEIGNER, *Droit de la famille*, 1998, n° 70.

2 *Ibid*. 1 J. GHESTIN et DESCHE, *La vente, Traité des contrats*, LGDJ, 1990.

Vente de fonds de commerce – Garantie du vendeur – Distinction entre vice caché et défaut de conformité

Saint – Denis, 6 avril 1999 LEBON c/ GRONDIN et CALTEX OIL REUNION

EXTRAITS

Faits et procédure

Par jugement du 17 septembre 1997 auquel il est expressément renvoyé pour plus ample exposé des faits, de la procédure antérieure, des moyens et des prétentions des parties, le Tribunal Mixte de Commerce de Saint-Denis de la REUNION saisi par Paule LEBON d'une action en résolution de vente de fonds de commerce et remboursement de prix a déclaré cette demande irrecevable comme prescrite et débouté les époux GRONDIN de leur demande reconventionnelle fondée sur l'article 700 du Nouveau code de procédure civile.

Le 20 octobre 1997 Paule LEBON a relevé appel de cette décision. Elle expose qu'elle a acquis en mars et avril 1992 des époux GRONDIN un fonds de commerce de détail de carburants et lubrifiants sous l'enseigne STATION CALTEX pour le prix de 780 000 F dont 400 000 F de stock, que le 02 juin 1994 la Direction Régionale de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement a procédé à un contrôle des installations, que ce contrôle a donné de tels résultats que la station a été fermée par décision préfectorale, que c'est la raison pour laquelle elle a saisi le tribunal pour que soit constaté le défaut de conformité du fonds de commerce qui lui a été cédé et obtenir le remboursement de la somme de 380 000 F le stock ayant été liquidé, que c'est à tort que les Premiers Juges ont déclaré sa demande irrecevable, qu'elle a subi un préjudice considérable, qu'elle demande en conséquence à la Cour d'infirmer la décision entreprise, de constater le défaut de conformité et de prononcer la résolution de la vente.

Motifs et décision

Attendu au fond qu'il résulte des éléments soumis à l'attention de la Cour que le fonds de commerce acheté par Paule LEBON en mars – avril 1992 a fait l'objet d'un contrôle par la Direction Régionale de l'Industrie, de la Recherche et de l'Environnement au mois de juin 1994 ; que ce contrôle a fait apparaître de nombreux points de non conformité, la vétusté des installations et l'impossibilité de mettre celles-ci en conformité avec les nouvelles normes de sécurité ; que la station service a fait l'objet d'une décision de fermeture prise par les autorités préfectorales ; qu'au mois de novembre 1995 Paule LEBON a dû cesser de l'exploiter.

Attendu qu'il découle des motifs qui précédent que le fonds de commerce cédé présentait des défauts cachés le rendant impropre à l'usage auquel il était destiné; que le fonds reçu par Paule LEBON était bien conforme à ce qu'elle avait acheté ; qu'elle ne pouvait donc fonder son action en résolution que sur la garantie

des vices cachés ; que cette action doit être intentée à bref délai ; que c'est à juste titre que les Premiers Juges ont estimé que cette condition n'avait pas été respectée Paule LEBON ayant fait assigner les époux GRONDIN deux ans après avoir eu connaissance du rapport de la DRIRE ; qu'il y a lieu en conséquence de confirmer en toutes ses dispositions la décision entreprise.

COMMENTAIRE

Une tentative de remise en cause, pour vice caché, de la vente d'un fonds de commerce à usage de « station – service », car, 2 ans après la vente, la station avait fait l'objet d'une décision préfectorale de fermeture, suite à l'impossibilité de mettre les installations en conformité avec les normes de sécurité ; la Cour écarte cette action, estimant qu'elle est tardivement intentée. Voilà les enjeux de cette décision.

Peu d'études concernent le jeu de l'action en garantie des vices cachés dans la vente de fonds de commerce. Le seul Traité des contrats contemporain consacré à la vente[1] ne croise pas ces mots – clé et la jurisprudence est rare…Tâchons de faire le point, au prétexte de cette décision (I) qui a aussi le mérite de rappeler que l'action en garantie des vices cachés doit être aujourd'hui clairement distinguée de celle pour défaut de conformité (II).

I/ LE VICE CACHE DANS LA VENTE DE FONDS DE COMMERCE

On dit classiquement que le vice doit affecter la structure ou la fonctionnalité du bien. Comment appliquer cette idée dans la vente d'un fonds de commerce ? C'est pour le vendeur affronter un problème (B) qu'il peut éviter si le fonds est en société (A).

A/ Eviter le problème : vendre la société qui exploite le fonds

Cela ressemblerait à un conseil pour le vendeur de fonds de commerce dont l'équipement et l'outillage pourraient être bientôt déficients, ou dont le principal contrat (ou l'autorisation administrative), nécessaire à la bonne marche de l'exploitation, viendrait bientôt à expiration, ou encore qui craindrait de ne pas avoir respecté toutes les règles fiscales liées à son activité ces dernières années : autant vaut-il mieux pour lui être un associé majoritaire cédant les parts de « sa » société plutôt qu'un entrepreneur individuel vendant son fonds de commerce.

Il ne s'agit pas d'inciter un vendeur de fonds à se mettre en société juste avant la vente projetée dans l'unique dessein de réaliser une opération plus lucrative ; l'apport d'un fonds de commerce à une société reste une démarche fiscalement onéreuse. Il faut simplement constater que le commerçant qui a pris le soin de se mettre en société (même en restant le seul maître de son entreprise) avant d'être l'artisan du développement de l'affaire, pour finalement céder ses parts avec une substantielle plus-value, est moins exposé face à l'éventuel recours mis en

1 J. GHESTIN et DESCHE, *La vente, Traité des contrats*, LGDJ, 1990.

œuvre par le *cessionnaire déçu* ; ce risque de recours existe lorsque survient un événement de nature à entraîner une diminution de l'actif net ou des résultats futurs de l'entreprise, événement existant « en germe » avant la cession et produisant ses effets après celle–ci. Dans ce domaine, la personnalité morale joue très efficacement son rôle d'écran[1].

En effet, l'action en annulation du contrat basée sur l'erreur et celle en résolution fondée sur le vice caché n'ont que peu de chances d'aboutir car l'objet de la vente n'est pas un fonds de commerce mais des parts sociales qui ont la nature juridique de créances. L'erreur sur leur valeur est inopérante[2] ; la garantie du cédant ne porte que sur l'existence de la créance, pas sur la solvabilité du débiteur[3].

Reste que des prérogatives sont attachées aux parts cédées. Il semble admis aujourd'hui, sur le fondement de cette idée, que les actions de droit commun – erreur ou vice caché – sont envisageables chaque fois que l'acquéreur est privé de ces prérogatives parce que l'essentiel de l'actif social est affecté d'un défaut de nature à rendre les parts sociales impropres à leur destination[4].

Conscients de ces difficultés, les professionnels du Droit prennent depuis longtemps le soin d'insérer dans les cessions de contrôle une *clause de garantie du passif*. Mais tout dépendra de la précision de la stipulation quant aux événements susceptibles de mettre en œuvre la garantie[5].

B/ Affronter le problème : la vente du fonds de commerce vicié

L'occurrence de l'arrêt est désormais classique ; des services administratifs d'hygiène et de sécurité, à la suite d'une inspection, exigent la fermeture du fonds récemment vendu[6], au grand dam de l'acquéreur qui tente de se faire rembourser. Tel contentieux ne pourra que se développer: imaginez l'acquéreur d'un fonds dont les locaux sont remplis d'amiante, ou de listéria… L'engagement du vendeur que son fonds respecte bien toutes les normes d'hygiène et de sécurité ne faisant pas partie des mentions obligatoires imposées dans l'acte de vente par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935, l'action en nullité n'est guère concevable. Reste à débattre sur le terrain de l'obligation de renseignement, ou sur celui de la délivrance conforme.

---

1 Sur les limites de cette fonction, *cf.* P. Y. GAUTIER, *R.T.D. civ*. 1995, p. 644 et s.

2 Encore que la « jurisprudence Poussin », *in fine*, (Versailles, 7 janv. 1987, *D*. 1987, p. 485, obs. J. L. AUBERT ; *RTD civ*. 1987, p. 741, obs. J. MESTRE) incite à distinguer l'erreur en tant qu'appréciation erronée de données économiques justes de l'erreur d'évaluation provoquée par des données fausses. L'erreur est parfois – mais rarement – admise : c*f.* les décisions citées par M. COZIAN et A. VIANDIER *in Droit des sociétés*, 10ème éd., Litec, p. 324, notes 27 et 28.

3 Dans un arrêt remarqué la Chambre commerciale avait laissé entendre que le vice empêchant la poursuite de l'objet social pourrait justifier une demande en résolution de la cession (Cass. com.12 décembre 1995, *JCP* 1996, éd. E, II, 798, obs. Y GUYON) ; mais un arrêt ultérieur a marqué un retour en arrière (Cass. com.4 juin 1996, *JCP* 1996, éd. E, II, 589, n° 3, obs. A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN).

4 *Cf.* Cass. civ. 3°, 12 janv. 2000, *RJDA* 4/00, n° 426, p. 339.

5 *Cf.* J. J. CAUSSAIN et M. GERMAIN, Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées, *JCP* 1987 éd. E, II, 14915, spéc. n° 12 et n° 14.

6 *Cf.* par ex. Cass. com. 26 juin 1973, *Bull. civ*. IV, n° 223 ; Cass. com.7 fév. 1995, *Defrenois* 1995, n° 36195, obs. Y. DAGORNE-LABBE. *Cf*. aussi Cass. com. 12 déc. 1995, cité *supra*.

Une certitude : la fermeture du fonds entraîne une impossibilité au moins temporaire d'exploitation et le préjudice pour l'acquéreur est incontestable. La valeur du fonds s'en trouve amoindrie, quelles que soient les possibilités pour l'acquéreur de procéder aux aménagements nécessaires à la réouverture. On se demande alors si la simple altération de la valeur du fonds permet à l'acquéreur de remettre en cause la vente ou s'il faut exiger un vice entraînant l'impossibilité absolue d'exploitation, une perte définitive de la ***clientèle***, élément essentiel du fonds de commerce. La doctrine est partagée[1]. La jurisprudence semble moins hésitante et admet que la garantie soit mise en œuvre dès lors que le vice affecte un quelconque élément du fonds, même pris isolément[2]. D'ailleurs, nos juridictions reçoivent l'action alors qu'il n'est pas certain, selon une discussion classique[3], que l'élément vicié puisse être considéré comme un élément du fonds (par exemple un contrat)[4].

En définitive, on n'est pas loin de la distinction entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la valeur ; le droit de la vente du fonds de commerce a tendance à nous faire oublier ces distinctions, en mêlant les règles relatives à la formation du contrat et celles relatives à son inexécution[5].

La Cour d'appel de Saint – Denis écarte habilement ces questions en recourant à une règle indiscutable aujourd'hui : certes, il y a vice caché ; mais l'acquéreur n'a pas agi à bref délai.

II/ LA DISTINCTION ENTRE LE VICE CACHE ET LE DEFAUT DE CONFORMITE

Le fonds vendu (une station – service) présentait des défauts cachés le rendant impropre à l'usage auquel il était destiné ; l'acquéreur pouvait donc intenter une action en résolution sur le fondement de l'article 1641 du Code civil. Mais cette action, à la différence de celle basée sur le défaut de conformité, obéit à l'article 1648 du même Code : elle doit être intentée à bref délai.

---

1 Pour une synthèse de ces discussions, *Cf. Lamy droit commercial* éd. 1999, n° 566.

2 Quelques exemples : Cass. Req., 17 oct. 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, jur., p. 656, admettant l'action estimatoire dans le cas de la vente d'un hôtel rempli de punaises ; Cass. civ. 3° 25 oct. 1972, *Bull. civ.* III, n° 551, admettant l'action rédhibitoire en cas de dissimulation d'un arrêté d'insalubrité frappant les locaux où le fonds était exploité ; Cass. com. 24 mars 1987, *Gaz. Pal*. 1987, 1, Pan., p. 137 : résolution de la vente d'un hôtel à la suite d'un déclassement par la Direction de la concurrence et des prix ; Lyon, 6 mars 1989, *D.* 1989, IR, p. 127 : retrait par les services fiscaux de la licence IV dont bénéficiait le fonds vendu à usage de bar-restaurant – hôtel – discothèque.

3 Sur ce débat, *cf.* J. MESTRE (avec la collab. de M. E. TIAN-PANCRAZY), Droit commercial, éd. 1999, LGDJ, n° 556 – 1.

4 *Cf.* Cass. com. 19 oct. 1999, *RJDA* 12/99, n° 1317 : l'acquéreur a cru acheter un « garage Renault » mais l'agrément du titulaire de la marque n'était pas automatique : admission de l'action estimatoire. En sens contraire, *cf.* Paris, 24 sept. 1991, *D.* 1991, IR, p. 248.

5 *Cf.* l'art. 13 de la loi du 29 juin 1935 : l'inexactitude des mentions obligatoires dans l'acte de vente d'un fonds de commerce donne lieu à l'application du régime des vices cachés…

On connaît les enjeux de ce débat : l'acquéreur déçu, qui a manqué de « réflexe judiciaire », tente de faire admettre que puisque la chose vendue est viciée, elle est nécessairement non conforme au contrat et que, donc, il peut agir dans les délais de droit commun. Bref, les actions de l'acheteur « se chevauchent »[1] et l'acquéreur peut profiter de ce chevauchement. Un temps, la première chambre civile de la Cour de cassation fut sensible à cet argument[2], ce qui la mettait régulièrement en conflit avec la troisième Chambre qui, elle, s'en tenait à une application plus orthodoxe de l'adage *« specialia generalibus derogant »*[3].

Le débat semble clos aujourd'hui, la première chambre s'étant alignée sur la position de la troisième depuis un arrêt du 5 mai 1993[4]. La doctrine a applaudi ce revirement, hostile qu'elle était à ce mélange des genres[5].

La décision de la Cour d'appel de Saint – Denis ne peut donc qu'être saluée : intentée plus de deux ans après la découverte du vice, l'action ne pouvait qu'être rejetée, faute d'avoir été intentée à bref délai.

Reste un goût amer dans la bouche de l'arrêtiste qui résumerait ainsi la sentence : la décision préfectorale de *non conformité* aux normes de sécurité ne constitue pas un *défaut de conformité* de la chose vendue au sens du droit de la vente : la syntaxe fait parfois perdre son latin au juriste !

Serge Farnocchia
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1 L'expression est de F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *in Contrats civils et commerciaux*, Dalloz coll. Précis, 4ème éd., 1998, n° 312 et s.

2 Quelques exemples : Cass. civ. 1° 5 nov. 1985, *Bull. civ.* I, n° 287 ; Cass. civ. 1° 8 nov. 1988, *Bull. civ.* I, n° 314 ; Cass. civ. 1° 29 janv. 1991, *Bull. civ.* I, n° 41 ; Cass. civ. 1° 27 janv. 1993, *Bull. civ.* I, n° 44.

3 Cass. civ. 3° 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 107 ; Cass. civ. 3° 23 oct. 1991, *Bull. civ.* III, n° 249.

4 *JCP* 1993, éd. G, IV, 1690.

5 *Cf.* O. TOURNAFOND, Les prétendus concours d'action et le contrat de vente, *D.* 1989, chr., p. 237 ; Ch. ATIAS, L'équilibre renaissant de la vente, *D.* 1993, chr., p. 1 ; H. GROUTEL, Vice caché et défaut de conformité, *Resp. civ. et assur.* 1993, chr., p. 27.

Droit commercial – Lettre de change – Mentions obligatoires – Absence – Défaut de timbre fiscal – Effet- Absence de valeur cambiaire – Acceptation du tiré – Présomption irréfragable de l'existence de la provision – Engagement du tiré de payer une somme déterminée

Saint-Denis, 5 octobre 1999, Mariano Raymond CEUS c/ Francis GUILLAUME

EXTRAITS.

Faits et procédure

Par jugement du 28 octobre 1997 auquel il est expressément renvoyé pour plus ample exposé des faits, de la procédure antérieure, des moyens et des prétentions des parties le Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre de la REUNION, Chambre Commerciale, saisi d'une opposition à une ordonnance portant injonction de payer a estimé cette opposition mal fondée et a condamné Mariano CEUS à payer à Francis GUILLAUME la somme principale de 29000 F outre intérêts légaux à compter du 12 décembre 1995.

Le 22 janvier 1998, Mariano CEUS a relevé appel de cette décision. Il soutient que les lettres de change dont le paiement lui est réclamé sont irrégulières en la forme car elles ne comportent ni la signature du tireur, ni la date d'échéance, ni l'acceptation du tiré et que l'action engagée par Francis GUILLAUME est irrecevable pour défaut d'apposition du timbre fiscal. Il ajoute que les marchandises, contrepartie de ces lettres de change, ne lui ont jamais été livrées et il conclut en conséquence au rejet de la demande et à la condamnation de Francis GUILLAUME au paiement de 10000 F au titre de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile.

Francis GUILLAUME répond que la mauvaise foi de Mariano CEUS est flagrante puisque les lettres de change ont été remises en échange de la marchandise, que la première de ces lettres a été payée le 07 juin 1995 et que l'acheteur n'en a jamais demandé le remboursement en invoquant une prétendue absence de livraison, que le tiré ne conteste pas avoir signé ces différentes lettres, que si celles-ci sont irrégulières en la forme l'existence de l'obligation à la charge de Mariano CEUS est elle-même incontestable, qu'il ne peut être tiré aucune conséquence de l'absence de timbre, qu'il y a lieu en conséquence de confirmer en toutes ses dispositions la décision entreprise.

Motifs et décision

Attendu que Mariano CEUS soutient que le contrat de vente passé avec Francis GUILLAUME n'aurait jamais reçu exécution et qu'en conséquence la provision serait en l'espèce inexistante ; qu'il ne s'explique pas sur le fait qu'il a

déjà effectué un paiement de 10000 FF dont il n'a jamais demandé le remboursement ce qu'il n'aurait pas manqué de faire si le contrat de vente n'avait pas eu de suite ; que la preuve de l'inexistence de la provision n'est donc pas rapportée ;…

Attendu que contrairement à ce qu'il soutient Mariano CEUS a accepté ces lettres de change ; qu'il se contente seulement de soutenir que ses signatures sont différentes et qu'elles ne figurent pas à la place adéquate sur la lettre de change ; que de telles allégations ne peuvent avoir de conséquences juridiques dès l'instant que Mariano CEUS ne conteste pas avoir signé ces lettres ce qui constitue une présomption irréfragable de l'existence de la provision ;…

Attendu que Francis GUILLAUME fait observer à juste titre que l'irrégularité formelle d'une lettre de change et l'absence de timbre fiscal sont sans effet sur l'existence de l'obligation ; qu'une pareille lettre constitue pour le moins un engagement de payer une somme déterminée…

COMMENTAIRE

L'exigence de rapidité dans les relations d'affaires a pour corollaire la sécurité juridique des partenaires et des tiers. Aussi la validité de la lettre de change, instrument quotidien de paiement et de crédit, est-elle soumise au respect d'un formalisme très rigoureux[1]. En effet, seule l'apparence du titre doit révéler sans ambiguïté les caractéristiques de l'opération. C'est ce qui résulte de l'espèce ci-après commentée.

En l'espèce, le tiré saisissait les premiers juges d'une opposition à une ordonnance portant injonction de payer deux lettres de change au double motif de l'absence de provision et de leur irrégularité formelle pour omission de certaines mentions obligatoires et défaut de timbre fiscal. Le tiré contestait également avoir accepté ces lettres de change.

La Cour d'Appel de Saint Denis devait ainsi se prononcer sur la portée à l'égard du tiré, de deux lettres de change irrégulières en la forme ayant fait l'objet d'une acceptation.

Confirmant le jugement de première instance du 28 octobre 1997, la Cour d'Appel de Saint Denis réaffirme que si un titre qualifié de lettre de change n'a pas de valeur cambiaire en l'absence de certaines mentions obligatoires (I), son acceptation par le débiteur désigné n'est pas sans effet sur son engagement extra-cambiaire (II).

I/ L'ABSENCE D'ENGAGEMENT CAMBIAIRE DU TIRE ACCEPTEUR.

Voulant se soustraire au paiement des lettres de change litigieuses, l'appelant soutenait que celles-ci étaient irrégulières en la forme car elles ne comportaient ni la

1 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J, 3ème édition, n° 619.

signature du tireur, ni la date d'échéance, ni enfin, l'acceptation du tiré. Cette argumentation soulève en réalité deux problèmes : d'une part, celui de la régularité formelle de la lettre de change (A) et d'autre part, celui du formalisme de l'acceptation du tiré (B).

A/ L'irrégularité formelle de la lettre de change.

Le tiré peut invoquer l'irrégularité du titre lorsqu'il l'a signé. Il ne s'agit pas alors d'une lettre de change et il est en droit de prétendre qu'il ne s'est pas engagé cambiairement en signant un quelconque papier. La régularité formelle de la lettre de change est particulièrement importante[1]. En effet, sous l'empire du droit applicable à notre espèce, cette lettre devait répondre à certaines conditions de forme, au titre desquelles l'exigence de certaines mentions obligatoires et l'apposition d'un timbre fiscal.

S'agissant des mentions obligatoires, le tiré peut invoquer en sa faveur les dispositions très claires de l'article 110 dernier alinéa C. Com. selon lequel le titre qui ne contient pas lesdites mentions « ne vaut pas comme lettre de change ». Cette nullité d'ordre public opposable à tous, peut être invoquée par tout intéressé et relevée d'office par le juge[2].

La jurisprudence s'efforce cependant de limiter aussi strictement que possible le domaine du formalisme rigoureux de cet article 110[3]. Ainsi, il est admis que des traites portant des mentions incomplètes lors de leur création peuvent être valablement régularisées avant leur présentation au paiement et ce conformément aux conventions entre le tireur et le tiré[4]. Celles-ci sont alors considérées comme des traites régulières[5]. Dès lors, celui qui a reçu l'effet de commerce pourvu, lors de l'endossement à son profit, de toutes les mentions légalement obligatoires, ne peut se voir opposer une telle nullité[6]. A titre très exceptionnel, la jurisprudence a pu admettre des cas de suppléance non prévus par la loi[7]. Toutefois, si l'effet est présenté incomplet au paiement, les juges n'ont d'autre choix que celui d'appliquer la sanction légale, soit la nullité de la lettre de change.

L'appelant a d'abord soutenu que les titres dont le paiement lui était réclamé ne comportaient pas la date d'échéance. Or, la date à laquelle le titre doit être payé, constitue l'une des huit mentions obligatoires de l'article 110 C. Com.

L'appelant a ensuite soutenu que les lettres de change litigieuses ne comportaient pas davantage la signature du tireur. L'article 110, al 8 C. Com exige

---

1 Ripert et Roblot, *Droit Commercial*, T 2, 15ème éd., Par Ph. Delebecque et M. Germain, LGDJ, n° 1934.

2 Cass. com., 25 mai 1988, *Bull. civ.* IV, n° 170.

3 F. Pérochon et R. Bonhomme, *op.cit*, n° 629.

4 Paris, 23 févr. 1979, *JCP* 1980, II 19326, obs. Stoufflet ; Cass. com., 9 mars 1971, *Gaz. Pal*. 1971. 2. 544; Cass. com., 9 avr. 1996, *Petites affiches*, 14 mai 1997, p. 21, note D. Gibirila.

5 Paris, 27 nov. 1967, *Gaz. Pal.* 1968.1.144 ; Rép. min. n° 18315, *JO Sénat*, 12 mai 1976, p. 989.

6 Cass. com., 10 oct. 1989, *Bull. civ.*. IV, n° 248 ; Versailles, 23 nov. 1995, *JCP* éd. E 1996, pan. n° 240.

7 F. Pérochon et R. Bonhomme, *op.cit*, n° 625.

également que la lettre de change contienne cette mention spécifique[1]. Essentielle, cette signature exprime le consentement du tireur lequel est le premier à s'engager cambiairement. Elle renseigne également les porteurs éventuels sur son identité, sa capacité … Sous la pression des nécessités pratiques, la loi du 16 juin 1966 a mis fin à une controverse jurisprudentielle sur la nécessité d'une signature manuscrite ou à la griffe précisant que la signature du tireur et des endosseurs pouvait dorénavant être apposée soit à la main, soit par tout procédé manuscrit. Cette exigence de signature du tireur est strictement interprétée par la jurisprudence. La signature doit être apposée dans un endroit qui exclut toute équivoque sur la nature et la portée de l'engagement assumée par le souscripteur. Il en résulte par exemple que l'absence de signature du tireur lors de l'acceptation du tiré rend la traite nulle comme effet de commerce, même si cette mention est apposée après l'acceptation[2]. En effet, ce vice n'est pas régularisable[3]. Il en résulte également qu'une signature apposée sur les timbres fiscaux ne suffit pas à l'exigence légale. La signature figurant sur les timbres n'est pas réellement sur la traite et les timbres fiscaux peuvent s'en détacher[4].

L'appelant soutenait enfin que l'action engagée par le tireur, Francis GUILLAUME était irrecevable pour défaut d'apposition du timbre fiscal. Certes, l'apposition du timbre ne fait pas partie des mentions obligatoires de l'article 110 C. Com. Cependant si son absence n'a aucun effet sur la validité de la lettre de change, celle-ci est doublement sanctionnée d'une sanction fiscale tout d'abord et de la suspension des recours du porteur contre les garants. Cette dernière sanction s'appliquant jusqu'à complet paiement des droits de taxe et des amendes, le porteur pourra toujours s'en acquitter et devra le faire avant de poursuivre le recouvrement de l'effet. Au-delà de la solution de l'espèce, ce débat est désormais d'un intérêt limité, puisque le droit de timbre est supprimé depuis le $_{1}^{er}$ janvier 1997 (L. n^{0} 96-1181, 30 déc. 1996, art. 38, D. 1997).

B/ Formalisme de l'acceptation du tiré.

En principe facultative, l'article 126 du C. Com précise que l'acceptation apposée sur le titre est exprimée par le mot « accepté » ou tout autre mention équivalente suivie de la signature du tiré. Toutefois, cette mention manuscrite n'est pas indispensable si la signature du tiré est apposée au recto de la traite. La seule exigence, compte tenu de la gravité de l'engagement du tiré, est que la signature d'acceptation soit manuscrite[5] et, sans contestation, de la main de ce dernier.

En l'espèce, retient souverainement la Cour, le tiré a accepté les lettres de change. Si celui-ci se contente de soutenir que ses signatures sont différentes et

1 Cass. com, 29 nov. 1994, *Bull. civ.* n° 354.

2 Cass. com., 11 juill. 1988, *JCP* 1989, II 21, 345, obs. E. Putman ; Cass. com., 17 oct. 1995, *RJDA*, janv. 1996, n° 95.

3 Cass. com., 29 nov. 1994, *Bull. civ.* IV n° 354.

4 Cass. com., 29 nov. 1994, *Bull. civ.* IV n° 354 ; CA Paris, 4 févr. 1998, *D. Affaires* 1998, p. 623 ; Cass. com., 1er déc. 1998, *D. Affaires* 1999, n° 146, 173, note X.D.

5 Paris, 12 déc. 1990, *RJDA*, 1991, 286.

qu'elles ne figurent pas à la place adéquate sur les titres, il ne conteste nullement les avoir signés. Il est cependant regrettable de ne pas avoir plus d'informations sur l'emplacement exact de ces signatures, car la simple signature du tiré au verso de la lettre vaut endossement et non acceptation. Rien n'interdit en effet, au tiré de remettre en circulation une lettre sur lui-même qui lui aurait été endossée[1].

II/ L'ENGAGEMENT EXTRA–CAMBIAIRE DU TIRE ACCEPTEUR.

Si un titre qualifié de lettre de change n'a pas de valeur cambiaire en l'absence de certaines mentions obligatoires, son acceptation par le débiteur désigné n'en affecte pas moins son engagement extra-cambiaire[2], parce que l'acceptation vaut présomption de provision (A), et parce que l'acceptation d'une lettre de change irrégulière non dépourvue de toute valeur juridique, peut valoir engagement de payer (B).

A/ L'acceptation, une présomption de provision.

L'acceptation est l'engagement pris par le tiré de régler le montant de la lettre de change au porteur qui la lui présentera à l'échéance. Cette décision en principe facultative pour le tiré a pour effet de renverser la charge de la preuve de la provision.

En principe, il appartient au tireur, tenu de constituer provision, de rapporter la preuve de son existence à l'échéance. Or, lorsque la traite a été acceptée par le tiré, cette acceptation fait présumer l'existence de la provision, c'est-à-dire de sa dette[3]. L'acceptation signifie en effet, que le tiré est d'ores et déjà débiteur du tireur, pour un montant au moins égal à celui de la lettre[4].

Mais contrairement à ce que retient la Cour d'Appel de Saint Denis, la signature des lettres de change valant acceptation, ne constitue pas une présomption irréfragable de l'existence de la provision. La jurisprudence est unanime : dans les rapports entre tireur et tiré, la présomption de provision est simple. Il appartient de ce fait à toute personne qui y a intérêt, et notamment au tiré accepteur qui conteste tout ou partie de sa dette, de rapporter la preuve de sa libération[5], notamment en invoquant l'annulation du contrat qui est à l'origine de la traite[6] ou le paiement du tireur avant l'échéance[7].

---

1 Ripert et Roblot, *Droit Commercial*, T. 2, *op. cit.*, n° 1992.

2 F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 663.

3 Cass. com, 4 janv 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 43.

4 Paris, 29 nov. 1978, *D* 1979, IR, p 277 ; Cass. com, 1er avr. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, 1, pan, 31 ; Cass. com, 5 mars 1991, *Jurisdata* n° 000702 ; *Bull. civ.* IV, n° 96 ; Cass. com. 4 juin. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 207.

5 Cass. com, 22 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 170.

6 Paris, 5 mars 1964, *Quot Jur*, 27 oct 1964.

7 Cass. com, 24 avr. 1972, *D.* 1972, 686, note Roblot ; *RTD Com* 1972, 964, obs M. Cabrillac et J.L Rives-Lange.

En l'espèce, le tiré Mariano CEUS soutenait que le contrat de vente passé avec le tireur n'avait jamais reçu exécution et qu'en conséquence la provision était en l'espèce inexistante. Or, remarque et souligne la Cour, il ne s'est pas expliqué sur le fait qu'il avait déjà effectué un paiement de 10 000 FF dont il n'a jamais demandé le remboursement, ce qu'il n'aurait pas manqué de faire, si le contrat de vente n'avait pas eu de suite. Pour la Cour, la preuve de l'inexistence de la provision n'est donc pas rapportée.

B/ L'acceptation, un engagement de payer le tireur.

Selon l'article 110 C. Com, le titre dans lequel l'une des énonciations obligatoires fait défaut, ne vaut pas comme lettre de change. Cette nullité est d'ordre public. Le titre n'en conserve pas moins une valeur juridique. On parle alors de « réduction par conversion de l'acte »[1].

La lettre de change irrégulière en la forme, peut alors être qualifiée de billet à ordre, si elle comporte les énonciations nécessaires à cet acte[2]. Elle peut également constituer un commencement de preuve par écrit de l'engagement du tiré accepteur[3], accepteur[3], ou de l'avaliste[4]. Elle peut enfin être qualifiée d'engagement du tiré si ce ce dernier a accepté la lettre de change, comme dans notre espèce[5].

En retenant que l'irrégularité formelle d'une lettre de change et l'absence de timbre fiscal sont sans effet sur l'existence de l'obligation, et qu'une pareille lettre constitue pour le moins un engagement de payer une somme déterminée, la solution de la Cour d'Appel de Saint Denis s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence somme toute classique.

Isabelle RIVIERE
Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

1 F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 628.

2 Cass. com. 18 mars 1959, *RTD Com.*1959. 909, obs. Becqué et Cabrillac ; Orléans, 6 mars 1963, *JCP* G 1964, II, n° 13618, note Ch. Gavalda.

3 Cass. civ. 7 févr. 1934, *Gaz. Pal.*. 1934. I. 721 ; Cass. com., 10 févr. 1971, *Quot. jur*. 1972, n° 37, p. 11 ; Cass. com., 24/03/1998, *D.* 1998, n° 16, IR, 112 ; *JCP*. E 1998, n° 22, Panorama, 826; *JCP*. G 1998, n° 21-22, IV, n° 239, 947.

4 Cass. com., 17 oct. 1995, *RJDA*, janv. 1996, n° 95, p. 82.

5 Cass. com, 17 oct. 1995, *ibid*. ; Cass. com, 18 nov. 1997, *RJDA* 1998, p 236 ; Cass. com, 24 mars 1998, *Bull. civ.* IV, n° 114.

TROISIEME PARTIE
SOMMAIRES DE JURISPRUDENCE

DROIT PUBLIC

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE DE DROIT DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Fonctionnement de l'assemblée départementale – Commission permanente – Inscription à l'ordre du jour – Information des élus – Collectivités territoriales – Droit des élus – Ordre du jour

Tribunal administratif de Saint Denis de La Réunion, jugement du 5 novembre 1997, M. Nicolas Moutoussamy et autres c/ Conseil général du Département de La Réunion

EXTRAITS

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que l'adoption par la commission permanente lors de sa séance du 5 juillet 1995, d'un plan départemental des transports visé à l'article 29 de la loi du 30 décembre 1992 et l'adoption, dans la même délibération, du principe de la délégation des services publics réguliers de transport du réseau armature à des entreprises privées, est intervenue au cours d'une séance de la commission permanente dont l'ordre du jour comportait initialement 47 dossiers mais ne mentionnait pas l'inscription d'un débat et d'un vote relatifs au plan départemental des transports et au principe de la délégation des services publics réguliers de transport du réseau armature.

Considérant que si le département qui ne conteste pas le défaut d'inscription soutient que l'inscription des rapports à l'ordre du jour n'est pas prévue expressément par les lois de décentralisation et que l'obligation de communication douze jours avant le débat a été satisfaite par l'envoi d'un courrier en date du 19 juin 1995, il résulte tant des règ1es générales d'organisation des votes de délibération de collectivités locales que du principe général d'information préalable et suffisant des élus, énoncé par les articles susmentionnés du code général des collectivités territoriales ; que, par son importance, la délibération litigieuse ne pouvait intervenir au titre des questions diverses ou d'un ordre du jour établi immédiatement avant la séance ;

Considérant qu'à défaut d'une inscription à l'ordre du jour de nature à permettre aux élus d'établir et parfaire leur information relative à l'objet concerné, l'avis émis par la commission permanente est entaché d'irrégularité ; que la délibération du 5 juillet 1995 de la commission permanente étant intervenue au terme d'une procédure irrégulière, doit être annulée ;

OBSERVATIONS

M. Moutoussamy et autres (entrepreneurs en transport en commun) demandaient par une requête du 4 septembre 1995 au Tribunal administratif d'annuler la délibération du 5 juillet 1995 prise par la commission permanente du Conseil général de La Réunion. Par cette délibération, la Commission permanente avait approuvé un nouveau plan de transport interurbain du département et décidé d'une délégation de service public pour le nouveau réseau.

Le juge administratif s'est montré vigilant quand au droit à l'information des élus. Le Département avait ainsi omis d'inscrire le dossier de la délibération contestée à l'ordre du jour (parmi 47 autres), mais avait rempli l'obligation de communication en envoyant douze jours avant le débat un courrier informatif.

Le juge a estimé que les règles générales d'organisation des votes de délibérations des collectivités locales et que le principe général d'information préalable et suffisante des élus, n'avaient pas été respectés compte tenu l'importance de la délibération litigieuse. Cette dernière ne pouvant intervenir au titre des questions diverses, ou d'un ordre du jour établi immédiatement avant la séance. Car l'inscription à l'ordre du jour doit être de nature à permettre aux élus d'établir et parfaire leur information relative à l'objet concerné.

Le défaut d'inscription d'un dossier à l'ordre du jour de la commission départementale étant saisi de l'examen de 47 autres dossiers prive les élus de leur droit à information prévu par l'article L. 312-1-18 du code général des collectivités territoriales.

Collectivités Territoriales – Communes – Lieu de réunion des séances du conseil municipal en dehors de la mairie du chef lieu – Réunion des séances du Conseil Municipal – Droit des élus et des administrés – Fonctionnement des conseils municipaux

Tribunal Administratif de Saint-Denis de La Réunion, Jugement du 3 décembre 1997, M. Minet J. c/ Commune du Tampon

EXTRAITS

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 1 de l'article L. 2121-7 du code général des collectivités territoriales – "Le conseil municipal se réunit au moins une fois par trimestre" ; qu'en vertu de ces dispositions, sauf circonstances exceptionnelles le conseil municipal siège au chef lieu de la commune, à la mairie ou à défaut dans un local tenant lieu de mairie – que si le principe de libre administration des collectivités territoriales ne s'oppose pas à ce que, dans certaines circonstances, le maire dispose de la faculté de réunir le conseil municipal en dehors du lieu traditionnellement prévu à cet effet, cette décision ne doit avoir ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte aux principes généraux qui régissent le fonctionnement

des assemblées municipales et aux droits reconnus aux élus municipaux, garants de l'existence et du bon fonctionnement de la démocratie locale,

Considérant que par une convocation régulière, le maire de la commune du Tampon a invité les membres du conseil municipal à se réunir le 17 décembre 1996 au siège habituel des séances de la commune, c'est-à-dire à la mairie du chef lieu, en vue de délibérer sur un ordre du jour comportant cinquante deux dossiers,

Considérant que par lettre adressée aux élus le 17 décembre 1996, le maire, tout en relevant l'existence de tensions préjudiciables à la nécessaire sérénité du déroulement des débats faisait état d'une prochaine réunion prévue pour le lundi 23 décembre 1996 à 16 heures à la mairie annexe de la Plaine des Cafres…

Considérant que l'ordre du jour qui prévoyait l'étude de cinquante deux dossiers comportait notamment "le rapport" ouvrant le débat sur les orientations budgétaires pour 1997… le maire de la commune du Tampon invoque "le climat de tension créé par la conférence de presse des membres de l'opposition" à la veille d'un conseil municipal important, de nature à perturber son bon déroulement, ainsi que le climat défavorable à l'examen d'affaires importantes pour le développement de la commune,

Considérant qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que des circonstances de caractère exceptionnelles, ou tenant à des menaces à l'ordre public aient pu justifier l'ajournement de la séance prévue, puis la convocation, en un autre lieu que celui habituellement et normalement requis…

Considérant que le caractère général des dossiers incitait, en la circonstance, autant qu'en toutes autres, à faire du chef lieu de la commune le lieu naturel de réunion du conseil municipal – que par voie de conséquence la localisation de la mairie annexe choisie par le maire du Tampon, et située dans un des cinq centres communaux extérieurs au chef lieu rendait naturellement malaisée l'assistance de la grande majorité des administrés aux débats – que l'absence de sonorisation mentionnée par le maire, pouvait en outre apparaître, dans les circonstances de l'espèce comme une disposition peu propice à apaiser le climat de tension dénoncé par le premier magistrat municipal,

Considérant que par la mesure litigieuse, le droit d'expression reconnu aux élus municipaux et le droit des citoyens d'être directement informés des affaires de la commune ont été nécessairement restreints, ce qui ne pouvait que contribuer, contrairement à la volonté exprimée par le maire, à apaiser les tensions ; que la tenue de la séance du conseil municipal du Tampon le 23 décembre 1996 en un lieu autre que celui de la mairie du chef lieu est, dans les circonstances de l'espèce, intervenue au détriment des garanties reconnues aux élus municipaux et aux administrés – qu'il résulte de ce qui précède que la séance du conseil municipal de la commune du Tampon du 23 décembre 1996 et les délibérations y afférentes doivent être annulées.

OBSERVATIONS

Il s'agit d'un jugement important, dans la mesure où le juge administratif a procédé à une analyse particulièrement approfondie des faits, effectuant un contrôle proche de celui d'opportunité. Les droits violés en l'espèce : le droit d'expression et celui d'être directement informé pour les élus et les citoyens, sont souvent évoqués mais aboutissent rarement à une annulation de l'acte litigieux. Le juge administratif s'est montré très soucieux de l'intérêt des administrés, sanctionnant toutes mesures émanant de l'équipe municipale visant à restreindre les droits de l'opposition.

M. Minet, conseiller municipal du Tampon, demandait l'annulation de l'ensemble des délibérations de la séance du Conseil municipal du Tampon du 23 décembre 1996 ayant eu lieu à la Mairie annexe de la Plaine-des-Cafres après une deuxième convocation. Le Tribunal a considéré que la tenue de la séance du conseil municipal de la commune à la mairie annexe le 23 décembre 1996, décidée après annulation de la séance prévue au chef-lieu le 17 décembre 1996, était, en l'occurrence, intervenue au détriment des garanties reconnues aux élus municipaux et aux administrés. Il en a résulté l'annulation de la séance et des délibérations y afférentes.

La possibilité pour le maire de disposer de la faculté de réunir le conseil municipal en dehors du lieu traditionnellement prévu a cet effet ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux principes généraux qui régissent le fonctionnement des assemblées et celui de la démocratie locale. Le juge est en l'espèce particulièrement pointilleux sur la sanction de procédures dilatoires visant à réduire la participation aux délibérations municipales.

Inéligibilité au conseil municipal – Appréciation de l'inéligibilité au moment où un candidat non élu a été appelé à remplacer, dans l'ordre du tableau, un conseiller municipal démissionnaire – Compétence du maire pour constater l'inéligibilité – Conseil municipal – Tableau – Transmission – Eligibilité

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, jugement du 7 mai 1998, Préfet de La Réunion c/ M. Willy BOYER

EXTRAIT

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si dès le 5 mars 1998, le maire de Saint Philippe a transmis au préfet de La Réunion la démission de six conseillers municipaux de la commune, il n'a fait parvenir à la sous-préfecture de Saint Pierre le tableau modifié du conseil municipal que le 24 mars 1997 ; qu'il résulte de ce qui précède, que la protestation du préfet de La Réunion, qui a été enregistrée au greffe le 3 avril 1998, a été présentée dans le délai de quinze jours

prévu à l'article R. 119 du code électoral ; que les fins de non-recevoir opposées par la commune de Saint Philippe doivent donc être écartées ;

Considérant d'autre part, qu'il résulte de la combinaison des articles L.231 et L.270 du code électoral que l'éligibilité du candidat appelé à remplacer en cours de mandat municipal un conseiller démissionnaire, doit être appréciée tant à la date des opérations électorales initiales qu'à celle à laquelle ce candidat est effectivement appelé à occuper le siège devenu vacant par suite de la démission de son titulaire; que c'est donc à bon droit que le préfet de La Réunion, nonobstant la circonstance qu'à la date à laquelle se sont tenues les opérations électorales initiales, M. Willy BOYER n'était pas salarié de la commune, soutient que l'intéressé ne pouvait légalement être appelé aux fonctions de conseiller municipal de la commune qui l'emploie; que sa désignation en qualité de conseiller municipal de la commune de Saint Philippe est donc illégale et doit être annulée;

OBSERVATIONS

Le Préfet de La Réunion demandait, par une protestation, d'annuler, en application de l'article L. 231 du code électoral, la nomination de M. Willy Boyer en qualité de conseiller municipal de la commune de Saint-Philippe. Suite aux démissions de six conseillers municipaux, intervenues le 27 février 1998, M. Boyer et cinq autres candidats non élus, qui faisaient partie de la liste sur laquelle avaient été élus les conseillers démissionnaires, ont été appelés à siéger en remplacement au conseil municipal de Saint-Philippe.

Le Maire transmit le nouveau tableau à la Préfecture (article R. 121 -1 du code des communes), ce qui entraîna le recours du Préfet. Sur le point de savoir si le nouveau tableau constituait une décision administrative, donc susceptible de recours, le juge administratif a répondu par l'affirmative : la transmission du tableau du conseil municipal à la sous-préfecture doit être regardée comme une décision tacite d'acceptation, comme telle, elle est susceptible d'être attaquée.

Sur le second point, celui de l'éligibilité du candidat, les dispositions combinées des articles L. 231 et L. 270 du code électoral établissent que les agents salariés communaux ne peuvent être « élus au Conseil municipal de la commune qui les emploie » et que l'éligibilité d'un candidat appelé à remplacer un conseiller municipal démissionnaire s'apprécie tant à la date des opérations électorales initiales qu'à celle à laquelle ce candidat est effectivement appelé à occuper le siège devenu vacant.

Le maire aurait dû tenir compte de la situation de M. Boyer, au moment de sa nomination en vérifiant l'éligibilité du candidat non élu, appelé à remplacer un conseiller municipal démissionnaire. La qualité d'éligible s'appréciant tant au jour du dépôt des candidatures, qu'au jour où le candidat est appelé à siéger au conseil municipal.

Comptes de campagne – Dispositions relatives au remboursement des dépenses électorales des candidats – Dépenses du candidat rejetées par la commission nationale des comptes de campagne – compétence du Préfet non lié par cette décision – Remboursement des dépenses électorales – Vérification des dépenses.

Saint-Denis de La Réunion, jugement du 3 juin 1998, M. PIHOUEE c/ Préfet de La Réunion

EXTRAIT

Considérant qu'aux termes de l'article L. 52-15 du code électoral : "La commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques approuve et après une procédure contradictoire, rejette ou réforme les comptes de campagne", qu'aux termes de l'article du même code : "Lorsque la loi prévoit le remboursement total ou partiel des dépenses retracées dans le compte de campagne, les décisions de la Commission nationale des comptes de campagnes et financements politiques statuant sur les comptes de campagnes sont notifiées au préfet" ; qu'aux termes de l'article 39-4 du même code : "... les comptes de campagne et leurs annexes... sont retournés aux préfets par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques" ; qu'il résulte des dispositions sus-rappelées que si cette commission est compétente pour approuver le compte de campagne d'un candidat, l'appréciation qu'elle porte sur le montant de l'apport personnel de celui-ci ou sur la réalité de certaines dépenses ne lie pas le préfet, qui est seul compétent pour fixer le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales prévu par l'article L. 52-11-1 du code électoral précité, au vu du compte de campagne présenté par le candidat et transmis par la commission nationale des comptes de campagne et de financement politiques, qu'ainsi le préfet de La Réunion en se bornant, dans sa décision attaquée du 16 juin 1997, à retenir la décision de ladite commission et en refusant d'examiner les justificatifs éventuels du candidat a commis une erreur de droit, qu'il suit de là, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la décision attaquée doit être annulée ;

OBSERVATIONS

M. Pihouée avait demandé l'annulation de la décision en date du 16 juin1997 par laquelle le Préfet de La Réunion avait refusé de lui rembourser 99 900 F correspondant au remboursement forfaitaire des dépenses électorales. Le juge a considéré qu'il résultait des dispositions combinées des articles L. 52-11-1 et R. 39-4 du code électoral qu'il appartient au préfet de vérifier la réalité des dépenses de campagne et de l'apport personnel du candidat qui sollicite le remboursement de ses dépenses de campagne, nonobstant la décision de la commission des comptes de campagne. Et qu'ainsi le Préfet commet une erreur de droit lorsqu'il refuse le

remboursement des dépenses électorales, en fondant sa décision sur le rejet par la commission nationale des comptes de campagne. Il appartient donc au Préfet de vérifier la réalité des dépenses et la qualité d'apport personnel des sommes correspondantes résultant de l'examen des comptes de campagne. L'appréciation portée par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques sur certaines dépenses ne lie pas le Préfet qui est alors seul compétent pour fixer le montant du remboursement forfaitaire des comptes de campagne.

Santé publique – Protection sanitaire de la famille et de l'enfance – Protection maternelle et infantile – Organisation administrative – Art. L. 148 et L. 150 du Code de la Santé Publique – Déconcentration des services départementaux – Spécificité du service départemental de protection maternelle et infantile

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, jugement du 4 novembre 1998, M. STICHELBOUT et autres c/ Conseil général de La Réunion

EXTRAIT

Considérant qu'une telle déconcentration doit être menée dans le respect des règles propres à la protection maternelle et infantile, qu'ainsi rien ne s'oppose a ce que cette déconcentration soit organisée en sorte qu'entre le médecin-chef du service et les médecins de circonscriptions s'intercalent des responsables administratifs non médecins – qu'il ressort toutefois tant du texte de loi que de l'intention du législateur, que ces responsables intermédiaires doivent être placés sous l'autorité hiérarchique du médecin-chef, que la responsabilité de celui-ci en tant que chef de service, doit être complète, c'est-à-dire technique et administrative –

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le texte de la directive ne fait nulle part mention du service départemental de protection maternelle et infantile ; que notamment le cadre, la nature et l'étendue des pouvoirs exercés par le médecin-chef n'y sont pas définis que le département ne peut valablement arguer de la nature non personnalisée de ce service pour justifier de cette absence de définition que – la spécificité du service départemental de protection maternelle et infantile n'est ainsi pas suffisamment assurée – qu'à défaut de concilier ladite spécificité avec l'exercice des compétences que le département détient de par la loi, la directive doit être annulée en ce qu'elle concerne l'organisation de la protection maternelle et infantile

OBSERVATIONS

M. Stichelbout et autres demandaient au Tribunal administratif de Saint-Denis d'annuler, pour atteinte à leur statut de médecin territoriaux et

méconnaissance de la loi, une directive du Président du Conseil général relative à l'organisation des services déconcentrés des services de la protection maternelle et infantile au sein des arrondissements.

Le Tribunal a considéré que si la déconcentration d'un service départemental de protection maternelle et infantile est rendue possible par la loi et peut légitimement s'insérer dans une réorganisation des services d'un département, elle ne doit toutefois pas porter atteinte à la spécificité du service départemental de protection maternelle et infantile affirmée par la loi, notamment au travers des pouvoirs conférés à son médecin chef.

Le Tribunal a rappelé que seul le médecin chef était compétent pour diriger son service et qu'il n'était pas possible d'interposer entre les différents acteurs médicaux du service des agents « administratifs ».

Commune – Délibération contraire à la loi – Absence d'intérêt communal – Mission des conseillers municipaux – articles L. 1212-3, du C.G.C.T. – Prise en charge par la commune du déplacement des conseillers municipaux

Tribunal administratif de Saint-Denis, jugement du 9 juin 1999, Préfet Réunion c/ Commune de Sainte Marie.

EXTRAIT

Considérant que, par la délibération déférée du 22 octobre 1998, le conseil municipal de la commune de Sainte-Marie a décidé de fixer à dix élus et à un agent administratif le nombre de représentants de la commune au congrès des communes des départements d'outre-mer devant se tenir à la Martinique les 12 et 13 novembre 1998 et au congrès de l'association des maires de France devant se tenir à Paris des 16 au 19 novembre 1998 : que si l'intérêt de cette commune de moins de trente mille habitants comptant trente cinq conseillers municipaux justifiait que son maire, accompagné le cas échéant des élus ou collaborateurs spécialement en charge des thèmes traités lors des réunions, se rendent à ces manifestations, l'organisation par la commune, sur fonds publics, du déplacement de près du tiers des conseillers municipaux à ces deux manifestations était étrangère à l'intérêt communal : que la délibération est en conséquence dépourvue de base légale et doit être, pour ce motif, annulée

OBSERVATIONS

Le Préfet de La Réunion a demandé l'annulation au Tribunal administratif d'une délibération de la commune de Sainte-Marie qui prévoyait l'organisation et la prise en charge financière par la commune du déplacement du tiers de ses conseillers au congrès des maires de France à Paris et au congrès des communes des DOM à la

Martinique. Après avoir rejeté le moyen de légalité externe relatif à la délégation de signature du Préfet, le juge administratif a considéré que cette délibération était étrangère à l'intérêt communal. Le contrôle opéré par le juge est alors maximum.

Laurent – Osman DINDAR
ATER à l'Université de La Réunion

DROIT PRIVE

Droit civil – Droit de la famille – Mariage – Nullité – Bigamie – Articles 147 et 260, C. civ. – Divorce – Jugement définitif passé en force de chose jugée – Effets du divorce – Point de départ – Voie de recours – Acquiescement

St Denis, 26 février 1999 – Mme SOUTON c/ M. SEVAI

EXTRAITS

Aux termes des dispositions des articles 147 et 260 du Code civil, nul ne peut contracter un second mariage avant que la dissolution du premier n'ait été prononcée par une décision de divorce passée en force de chose jugée.

Or, en l'espèce, il résulte des pièces produites aux débats que Marie Sandra SOUTON a contracté mariage le 4 avril 1996 avec Patrick SEVAI qui à cette date n'était pas encore définitivement divorcé d'avec sa précédente épouse.

Il en effet démontré par les documents versés au dossier que le jugement de divorce qui avait été prononcé le 19 février 1996 sur la demande introduite par l'épouse, ne lui a été signifié que le 12 avril suivant soit postérieurement à sa seconde union de telle sorte qu'il ne peut même pas être déduit qu'il avait à ce moment acquiescé audit jugement.

Dans ces conditions, Marie Sandra SOUTON à qui cette situation a été dissimulée et qui ne pouvait en avoir connaissance puisque le divorce n'avait pas été transcrit et pour cause puisqu'il n'était pas définitif, est recevable et bien fondée en sa demande en nullité.

OBSERVATIONS

Le 4 avril 1996, à Saint-Paul, Madame Marie Sandra SOUTON épousait Monsieur Patrick SEVAI. Quelques temps plus tard, elle assignait ce dernier en nullité de leur mariage, aux motifs que son mariage avait été célébré alors que Patrick SEVAI, à ce moment-là, était encore engagé dans les liens d'un précédent mariage non encore dissous, ce qui lui aurait dissimulé. Celui-ci était en effet engagé dans une procédure de divorce dont le jugement, selon la demanderesse, n'était pas définitif à la date du second mariage. Le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre, le 25 juillet 1997, la débouta de sa demande et le 1er octobre 1997, Madame SOUTON interjetait appel de ce jugement.

La Cour d'appel, dans l'arrêt ici rapporté, infirme cette décision, pour les motifs reproduits plus haut, sur le fondement des articles 147 et 260 du Code civil. Le premier de ces textes pose, en droit français, le principe de l'interdiction de la

bigamie : "*On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier*"; le second texte précise que : "*la décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée*".

La décision est très intéressante car, au travers de la question de la nullité d'un mariage pour bigamie, elle traite de la délicate question du point de départ des effets du divorce, question que l'on n'a pas toujours l'occasion d'aborder.

Entre les époux, quant à leur personne, le divorce prend effet à compter du jour où le jugement est devenu définitif, c'est-à-dire lorsque les délais pour exercer les voies de recours sont épuisés, ce qui correspond à la date à laquelle la décision prend force de chose jugée. Ce n'est que dans leurs rapports pécuniaires que le divorce peut rétroagir au jour de l'assignation, voire même au jour de la séparation de fait en cas de divorce sur requête conjointe. Par ailleurs, à l'encontre des tiers, le divorce ne produit d'effets quant aux biens des époux que du jour où le jugement de divorce est mentionné sur les registres d'état civil (articles 262, C. civ., et 1082, N.C.P.C.)[1]. Cette règle protégeant les tiers est limitée aux effets patrimoniaux du divorce, les effets extra-patrimoniaux leur étant opposables dès le jour où le jugement devient définitif[2].

La date où le jugement devient définitif reste donc un moment déterminant. Elle marque la fin du mariage, qui n'est dissous que pour *l'avenir*, et souligne bien en quoi le divorce est une véritable *rupture* du lien conjugal, différente par nature de la nullité du mariage. Les époux peuvent alors se remarier, sauf pour la femme à respecter, sauf exception, le délai de viduité (article 261, C. civ.). Les hommes divorcés, n'ont pas de délai de viduité à respecter et c'est sans doute ce qui leur donne à croire qu'il leur est possible de se remarier le lendemain, voire le jour même du prononcé de leur divorce.

Il reste donc à déterminer exactement le point de départ des effets du divorce, ce qui peut varier selon le type de divorce qui a été prononcé. En effet, dans le cas du divorce sur requête conjointe, par exemple, seul un pourvoi en cassation reste possible, dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision[3]. Dans les autres cas, le jugement statuant, à l'issue d'une procédure contentieuse, sur une demande en divorce est susceptible d'appel, dans le délai d'un mois (article 538, N.C.P.C.). On peut faire appel dès le prononcé du jugement, ce qui semble aller de soi, mais c'est la notification du jugement qui fait courir le délai d'appel. En effet, l'article 528, N.C.P.C., dispose que "*le délai à l'expiration duquel un recours ne peut plus être exercé court à compter de la notification du jugement, à moins que ce délai n'ait commencé à courir, en vertu de la loi, dès la date du jugement*". Seulement, cette précision temporelle fixe le dernier moment jusqu'où il est possible d'intenter une voie de recours et non celui à partir duquel l'intéressé peut exercer les voies de

1 MAZEAUD (H., L., J.) & CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, La famille, 7e éd., par Laurent LEVENEUR, Paris, Monchrestien, 1995, n°1487 et suiv.

2 Cela résulte des actuels articles 260 et 262, C. civ., mais cette solution avait déjà été admise auparavant ; voir, notamment, Civ. 1°, 16 novembre 1960, *D.* 1961, 7, n. Holleaux.

3 MAZEAUD (H., L., J.) & CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, op. cit.*, n° 1445-11.

recours. Ainsi, celui qui gagne son procès en première instance a tout intérêt à notifier la décision le plus rapidement possible à son adversaire s'il veut réduire le temps de réflexion de celui-ci.

On estime par ailleurs, en droit commun, que le plaideur peut valablement renoncer à intenter une voie de recours contre une décision judiciaire ; on dit alors qu'il "acquiesce" au jugement (article 409, N.C.P.C.). C'est un acte de volonté unilatérale par lequel l'un des plaideurs renonce aux moyens légaux dont il dispose pour faire réformer une décision prononcée contre lui. L'article 410, N.C.P.C., ajoute que "*l'acquiescement peut être exprès ou implicite. L'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui-ci n'est pas permis*". La jurisprudence a précisé que l'acquiescement implicite devait résulter d'actes incompatibles avec la volonté d'interjeter appel[1].

Or, en l'espèce, comment les choses se sont-elles présentées ?

Le divorce a été prononcé à la demande de la première épouse de Monsieur SEVAI. Nous pouvons donc d'emblée écarter la première hypothèse du divorce sur requête conjointe dont le délai d'appel est très court. Nous nous trouvons ainsi dans un cas où l'appel peut être formé, dès le prononcé de la décision, certes, mais pas au-delà d'un délai d'un mois à compter de la notification du jugement.

Ici, le divorce a été prononcé le 19 février 1996 et la décision a été notifiée au défendeur le 12 avril 1996. L'intéressé avait donc jusqu'au 12 mai 1996 pour interjeter appel contre celle-ci ; il avait également la possibilité d'acquiescer à celle-ci. Or, justement, ne pouvait-on pas considérer que, en contractant ce second mariage, l'intéressé avait implicitement acquiescé au jugement ? Cet acte n'était-il pas par ailleurs incompatible avec la volonté d'interjeter appel ?

Les juges de la nullité du mariage en ont ici décidé autrement. Puisqu'il n'y avait pas eu, selon eux, acquiescement et que l'exercice d'une voie de recours était toujours possible, le jugement de divorce n'était pas définitif au moment où le second mariage a été contracté. Cette position leur a permis de considérer ledit mariage comme nul, ce qui est sans doute favorable à l'épouse, qui est censée ne jamais avoir été mariée à Patrick SEVAI. Or, il ressort des éléments du dossier que ce dernier était, au moment de la procédure en appel, détenu à la maison d'arrêt de la Rivière des Galets, au Port. Même si rien de tel n'apparaît dans les motifs de la décision, on pourra tout de même toujours se demander à quel point ce détail l'a influencée…

Élise RALSER
Maître de conférences à l'université de La Réunion

1 Civ. 2°, 20 juillet 1987, *Bull. civ.*, II, n°167.

Droit des régimes matrimoniaux – Communauté – Divorce – Occupation par un époux d'un immeuble commun – Indemnité d'occupation – Art. 815-9 C. Civ. – Point de départ – Date d'assignation en divorce – Art. 262-1 C. Civ. – Prescription quinquennale – Art. 815-10 al. 2 C. Civ.

St Denis, 3 septembre 1999 – M. Paul Lucien BEGUE c/ Mme Vivienne Rose May PRUD'HOMME

EXTRAITS

Sur le point de départ et le montant de l'indemnité d'occupation…

Aux termes de l'article 262-1 du Code civil, le jugement de divorce prend effet, dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens dès la date de l'assignation.

Sur la prescription…

Aux termes de l'article 815-10 alinéa du Code civil, aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera recevable plus de 5 ans après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être.

OBSERVATIONS

1 – L'arrêt est rendu au terme d'une longue procédure, dans la mesure où l'affaire est allée jusque devant la Cour de cassation, qui a partiellement cassé et renvoyé devant la Cour d'appel de Saint-Denis autrement composée.

Le problème concernait une indemnité d'occupation relative à un immeuble commun habité par le mari, suite à la demande et l'obtention du divorce par la femme. Cette dernière avait réclamé et obtenu en première instance et en appel la condamnation de son ex-conjoint au versement d'une indemnité sur le fondement de l'article 815-9 du Code civil, selon lequel "l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité". Or, est-il besoin de le rappeler, à la dissolution du régime matrimonial, notamment en cas de divorce, s'ouvre ce que l'on a coutume d'appeler "l'indivision post-communautaire"[1]. En toute logique donc, la Cour d'appel de renvoi prend acte de la solution de la Cour suprême. Celle-ci, sans contester le principe selon lequel le mari ne pouvait prétendre à une occupation gratuite de l'immeuble, le pourvoi ayant été sur ce point rejeté, avait cassé la décision des juges du fond sur le point de départ et le montant de l'indemnité d'occupation.

Sans s'attarder sur les solutions précédentes, force est de constater que l'arrêt rendu sur renvoi nous offre une stricte application des modalités de mise en œuvre

[1] A. COLOMER, *Droit civil – Régimes matrimoniaux*, 9ème éd., Litec, n° 893.

de ce type d'indemnité, par le biais du droit commun de l'indivision. Au delà, et plus incidemment, il est l'occasion de revenir brièvement sur un point qui lie encore plus intimement le droit de l'indivision, celui du divorce, du mariage et du droit des régimes matrimoniaux. La question apparaissait à travers l'argument du mari, fondé sur l'obligation des époux de contribuer à l'entretien des enfants. Il arrive en effet que le paiement de l'indemnité d'occupation soit écarté lorsque le conjoint de l'époux occupant exécute par ce biais l'obligation qui lui incombe au titre de l'article 203, 212 ou 214 du Code civil...

2 – Reprenons brièvement ces deux apports de l'arrêt.

- Sur le contenu explicite, l'arrêt nous rappelle deux points techniques importants quant à la mise en œuvre de l'indemnité d'occupation d'un immeuble indivis entre époux.

En premier lieu, le point de départ de ladite indemnité correspond à la date de dissolution du régime matrimonial, c'est à dire au moment où celle-ci prend effet entre époux. Et à ce titre, c'est dans les articles du Code civil relatifs au divorce qu'il faut chercher la réponse. Aux termes de l'article 262-1, "le jugement de divorce prend effet, dans les rapports entre époux[1], en ce qui concerne leurs biens, dès la date d'assignation". Cette règle, qui ne vaut qu'entre époux, s'explique par le fait qu'à compter du déclenchement de la procédure de divorce, tout esprit de collaboration, et donc de communauté entre époux disparaît. En toute logique donc, la Cour fixe le point de départ de l'indemnité au jour où l'épouse a fourni la demande de divorce par assignation. Elle observe au passage qu'il n'est pas contesté qu'à cette date cette dernière n'occupait plus le logement familial, et rappelle qu'en tout état de cause, le mari ne saurait soutenir pour se dégager du paiement qu'à une certaine période, personne ne l'habitait, pas même lui. En effet, l'article 815-9 est clair sur ce point. Le fait générateur de l'indemnité d'occupation réside non seulement dans l'usage effectif du bien, mais aussi dans sa seule jouissance privative.

En second lieu, la Cour s'intéresse directement à la question de la prescription de l'indemnité d'occupation, et applique là encore un texte précis. Aux termes de l'article 815-10 alinéa 2 du Code civil, "aucune recherche relative aux fruits et revenus d'un bien indivis n'est plus possible au delà de cinq ans après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être". La jurisprudence a par ailleurs antérieurement précisé que ce délai commençait à courir après que le jugement a acquis force de chose jugée[2]. C'est pourquoi, après avoir relevé la date à laquelle

[1] Les tiers restent en effet soumis au principe posé par l'article 262 du Code civil, selon lequel « le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies » (acte de mariage).

[2] En ce sens, *cf*. Cass ; civ. 1°, 18 fév. 1992, *JCP* 1992 éd. G, IV, 1171 ; *Bull. civ*. n° 52 ; *RTD civ*. 1993, p. 165, obs. ZENATI et p. 172, obs. PATARIN ; *Defresnois* 1992, 1206, obs. FORGEARD ; *JCP* 1993 éd. G, I, 3676, obs. TESTU.

l'épouse a, pour la première fois dans ses conclusions réclamé l'indemnité, la Cour constate la prescription de certaines périodes antérieures.

Sur ces deux points techniques, les juges appliquent à la lettre le droit de l'indivision, agrémenté ça et là du droit du divorce et des régimes matrimoniaux. Ainsi que l'a observé la Cour de cassation dans une autre affaire, l'indemnité d'occupation est une variété de biens indivis et en suit à ce titre le régime juridique[1].

3 – Plus implicitement, l'espèce soulève une question qui sous-tendait en toute logique les conclusions du mari, souhaitant échapper au paiement de l'indemnité. En effet, la jouissance personnelle d'un bien indivis par un époux a pu être considérée comme une modalité d'exécution de sa contribution aux charges du mariage par l'autre conjoint, ou comme l'exécution du devoir de secours pendant la procédure[2].

L'intérêt du raisonnement est qu'en pareil cas, le paiement de l'indemnité par l'époux occupant est exclu. Le problème est en effet inversé. C'est l'autre conjoint qui exécute une obligation en abandonnant gratuitement l'immeuble indivis.

Rappelons, si besoin est, et rapidement, que la contribution aux charges du mariage, prévue par l'article 214 du Code civil[3] est un texte du régime primaire impératif, auquel les époux ne peuvent déroger. Toutefois, l'esprit du texte, sous couvert de l'ordre public, est de laisser un maximum de latitude aux époux qui peuvent exécuter leur obligation tant en deniers, qu'en industrie ou en nature. Ainsi la Cour de cassation l'a-t-elle admis en cas de séparation de fait, lorsque le juge attribue à un époux sur le fondement de l'article 258 du Code civil[4] le droit d'occuper privativement le logement familial.

Mais en l'espèce, le juge n'avait pas rejeté le divorce. Le raisonnement ne pouvait donc être mené sur le fondement de l'article 214 du Code civil. Le mari invitait donc dans ses conclusions les juges à admettre que cette mise à disposition de l'immeuble constituait une contribution à l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants[5]. Ce fondement eût en effet été admissible dans la mesure où cette obligation, issue de l'article 203 du Code civil[6] survit à la dissolution ou à

[1] Cass. civ. 1°, 5 fév. 1991, *Bull. civ*. n° 54 ; *Defresnois* 1991494, obs. CHAMPENOIS.

[2] Cass. civ. 1° 6 mars 1990, *Bull. civ*. n° 61. Cass. civ. 1° 25 juin 1991, *Bull. civ*. n° 206.

[3] Art. 214 C. civ : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

« Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile. »

[4] Art. 258 C. civ. : « Lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ». En ce sens, *cf*. Cass. civ. 1° 31 mars 1992, *JCP* 1992 éd. N, 383, obs. STORCK.

[5] En ce sens, *cf*. Cass. civ. 1° 9 oct. 1990, *Bull. civ*. n° 207.

[6] Art. 203 C. civ. : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

l'annulation du mariage[1]. La Cour de cassation ne l'exclut d'ailleurs pas en son principe, considérant qu'il appartient aux juges du fond de rechercher dans quelle mesure la mise à disposition de l'immeuble constitue une contribution par l'autre parent à son obligation d'entretien et d'éducation des enfants [2]. Mais le pourvoi avait été sur ce point rejeté, si bien que le problème ne se posait plus directement.

4 – Le droit des régimes matrimoniaux, le droit du mariage et du divorce, et celui de l'indivision font finalement assez bon ménage, même en cas de séparation des époux. L'arrêt en question en témoigne volontiers.

Isabelle TROUCHE-DOERFLINGER
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

[1] Il s'agit en effet d'une obligation légale, fondée sur le seul lien de filiation. En ce sens, *cf.* P. COURBE, *Droit de la famille*, éd. A. Colin, 1997, n° 1064.

2 En ce sens, Cass. civ. 1°, 9 oct. 1990, préc.1 Cass. civ. 2°, 19 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 140, obs. F. CHABAS. Cass. civ. 2° 24 mai 1991, *Bull. civ.* II, n° 153.

Responsabilité civile – Accident de la circulation – Loi du 5 juillet 1985 – Application (non) – Art. 1384 al. 1er C. civ. – Faute du conducteur / victime diminuant son droit à réparation

Compétence juridictionnelle – Ordre administratif ou ordre judiciaire – Accident de la circulation – Conducteur victime d'un ouvrage public – Incompétence du juge judiciaire

St Denis, 5 mars 1999 – CHERUBIN c/ Commune de St André

EXTRAITS

Faits et procédure

A Saint-André, le 1er mars 1992, à 13 h, Jackson CHERUBIN, âgé de 19 ans circulait en moto, hors agglomération, sur une chaussée communale. Ayant parcouru, à grande vitesse, environ 200 mètres en ligne droite sur ce chemin de terre, il percutait une chaîne tendue en travers de la chaussée, pour interdire l'accès à une ancienne décharge municipale, et décédait des suites de ses blessures. Son passager était gravement blessé.

Par acte d'huissier en date du 6 mars 1996, Mimose CHERUBIN, mère de Jackson CHERUBIN, agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administratrice légale de ses enfants mineurs Isabelle et Anne Gaëlle CHERUBIN, ainsi que Agnès CHERUBIN, sœur de celui-ci, assignaient la Commune de ST-ANDRE devant le Tribunal de Grande instance de ST-DENIS en réparation, des préjudices moraux subis du fait de son décès accidentel.

Par déclaration enregistrée le 19 novembre 1996 au greffe de la Cour, Mimose CHERUBIN, personnellement et ès-qualités, interjetait appel, à l'encontre de la Commune de ST-ANDRE, du jugement rendu le 17 octobre 1996 par le Tribunal de Grande Instance de ST-DENIS, signifié le 4 novembre 1996, qui la déboutait de ses demandes, déboutait la Commune de ST-ANDRE de sa demande fondée sur l'article 700 du Nouveau code de procédure civile et condamnait les demanderesses aux dépens.

Par conclusions notifiées à l'intimée le 9 décembre 1997, Mimose et Agnès CHERUBIN demandent à la Cour d'infirmer le jugement déféré, et, par application de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, de condamner la Commune de ST-ANDRE à payer :

- à Mimose CHERUBIN, à titre personnel, la somme de 100000 F à titre de dommages-intérêts et, en sa qualité d'administratrice légale de ses enfants mineurs Isabelle et Anne Gaëlle, la somme de 30000 F pour chacune, en réparation de leur préjudice moral ;

- à Agnès CHERUBIN la somme de 30000 F en réparation de son préjudice moral.

Au soutien de leurs recours elles font valoir, essentiellement, par écritures notifiées le 22 avril 1998, que la Commune de ST-ANDRE ne peut s'exonérer de sa responsabilité dans l'accident dont a été victime Jackson CHERUBIN, encourue sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil alors que la chaîne, heurtée par celui-ci, n'était pas signalée et qu'aucun panneau n'indiquait la fermeture de cette voie de circulation. Elles réclament paiement de la somme de 15000 F sur le fondement de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile.

La Commune de ST-ANDRE conclut à la confirmation du jugement déféré. Elle soutient que l'imprudence de la victime, qui circulait à 120 ou 130 km/h, selon le témoignage de son passager, et son défaut de maîtrise alors qu'il conduisait sans permis de conduire, "sont les seules causes de l'accident". Elle réclame paiement de la somme de 10 000,00 F en application de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile.

Motifs et décision

Attendu que pour débouter Mimose et Agnès CHERUBIN de leurs demandes, les premiers juges ont considéré que l'accident avait pour cause exclusive le défaut de maîtrise de la victime, dont la faute, imprévisible et irrésistible pour la Commune de ST-ANDRE, gardienne de la chaîne installée en travers de la chaussée, exonérait celle-ci de sa responsabilité au titre de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

Mais attendu qu'eu égard à la disposition des lieux et des circonstances de la cause, il est établi que cette chaîne, installée en travers d'une chaussée dont une issue était ouverte à la circulation, constituait un danger, notamment pour les motards, et a, bien qu'étant inerte, joué un rôle causal dans la réalisation de l'accident ; qu'en effet, cette chaîne, de 4 m 70 de long, tendue en son milieu à 40 cm du sol, était installée dans le prolongement d'un chemin de terre formant une ligne droite sur 200 m. et ne faisait l'objet d'aucune signalisation ; qu'elle était de couleur grise, peu visible, et ne portait aucun dispositif permettant de la rendre visible de loin pour les usagers circulant sur cette chaussée ;

Attendu que le comportement de la victime, bien qu'elle circulait à très vive allure sur ce chemin, ne présentait cependant, dans ces circonstances, aucun caractère imprévisible et insurmontable pour la Commune de ST-ANDRE, gardienne de la chose ;

Attendu, en conséquence, qu'il convient d'infirmer le jugement déféré.

Attendu qu'il est de principe que le gardien de la chose, instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage ;

Attendu, en l'espèce que Jackson CHERUBIN a commis une faute ayant concouru à la réalisation du dommage, en circulant à une vitesse excessive, selon le témoignage de Fred ROBERT, son passager; que la Cour est en même d'estimer que

cette faute exonère la Commune de ST-ANDRE de sa responsabilité de gardien dans la proportion de la moitié.

OBSERVATIONS :

De prime abord, l'arrêt peut paraître surprenant ; ne s'agissait-il pas d'un accident de la circulation dans lequel un véhicule terrestre à moteur était impliqué ? La Cour n'aurait-t-elle pas dû inviter les parties à « mieux conclure », sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985 et non pas sur celui de l'article 1384 C. civ. ?

Sans doute le résultat eût-il été le même, en vertu de l'article 4 de la loi suscitée, prévoyant que la faute du conducteur a pour effet de limiter ou d'exclure son droit à réparation. Mais cette similitude quant au résultat ne constitue pas une raison suffisante pour éviter d'appliquer la règle de droit adéquate.

Le lecteur sera, dans un premier temps, satisfait, lorsqu'il se remémorera une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation qui interdit au conducteur victime d'un accident de la circulation d'invoquer la loi de 1985 lorsque seul son véhicule est impliqué dans l'accident[1] !

Appliquant l'article 1384 du Code civil l'arrêt reprend mot pour mot la jurisprudence « post – Desmares », en vertu de laquelle « le gardien de la chose, instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage »[2].

Mais fallait – il appliquer le Code civil ?

D'aucuns pourraient être surpris de l'intervention d'un publiciste dans le bref commentaire de cette décision. Le droit et le syncrétisme juridique n'invitent-ils pas à spontanément considérer le juge judiciaire seul compétent, pour connaître des dommages imputables aux accidents de la circulation ?

Certes, en vertu de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1957[3], les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque. Cependant cette loi n'était pas, à notre avis, applicable en l'espèce. En effet, le dommage n'a pas été causé par un véhicule mais à un véhicule – et à son malheureux conducteur – **par un ouvrage public** appartenant à une commune. L'action en réparation se situait donc en dehors du champs d'application de la loi de 1957[4].

---

1 Cass. civ. 2°, 19 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, p. 140, obs. F. CHABAS. Cass. civ. 2° 24 mai 1991, *Bull. civ.* II, n° 153.

2 Cass. civ. 2°, 6 avr. 1987, *D.* 1988, p. 32, obs. MOULY ; *RTD civ*. 1987, p. 767, obs. J. L. AUBERT. Cass. civ. 2° 8 mars 1995, *D.* 1995, Somm., p. 232, obs. Ph. DELEBECQUE. Sur le rôle de la faute de la victime exonérant totalement ou partiellement le gardien de la chose instrument du dommage, *cf.* R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 3ème éd. Dalloz, Coll. Cours, n° 270.

3 *JO* 5 janv. 1958

4 *Cf.* par ex. CE Sect. 12 nov. 1971, Département de la Loire, *Rec*. p. 679 ; CE 1er juill. 1988, Caisse primaire d'assurance maladie de la Saône et Loire, *Rec*., p. 269.

L’analyse du fait générateur du dommage permet sérieusement de poser, dans cette triste affaire, une double question : celle du droit applicable, d’une part. Celle du tribunal compétent, d’autre part.

En effet, le dommage trouvait matériellement son origine dans une chaîne tendue dans le prolongement d’un chemin rural en vue d’interdire l’accès à une ancienne décharge municipale. Or, compte tenu de sa longueur (4 m 70) et de sa hauteur en son milieu (40 cm), il ne fait aucun doute que ladite chaîne se devait d’être fixée à ses extrémités à des piliers ou à une haute clôture.

En conséquence, la chaîne devait être considérée comme un **ouvrage public** puisqu’elle se matérialisait ici comme un bien immobilier résultant du travail de l’homme affecté à un service public ou à l’usage du public. Le fait, qu’aux termes de l’article L. 161 du Code de la voirie routière, le chemin rural appartienne au domaine privé de la commune n’a aucune incidence sur la qualification de la chaîne d’ouvrage public, la notion d’ouvrage public étant distincte de celle de domaine public. Quant au fait que la décharge municipale soit apparemment désaffectée, cela ne remet pas nécessairement en cause son caractère de service public, d’autant que le critère de l’usage public est ici évident et qu’il suffit en lui même à qualifier la chaîne d’ouvrage public.

Ainsi la chaîne « ouvrage public » étant la cause matérielle à l’origine du dommage, le juge judiciaire aurait pu se reconnaître incompétent au profit du juge administratif seul juge des dommages imputables aux ouvrages et travaux publics.

L’application des règles du droit administratif n’aurait cependant pas nécessairement changé radicalement la solution apportée par la Cour d’appel.

En l’espèce, le jeune Jackson CHERUBIN se trouvant en position de tiers par rapport à l’ouvrage, c’est un régime de responsabilité sans faute (de l’administration) qui se devait d’être appliqué. Or, ce régime particulier de responsabilité administrative, bien que favorable à la victime, n’exclut en rien la faute de cette dernière comme fait exonératoire ou limitatif de la responsabilité de l’administration.

En conclusion, le dommage causé à Jackson CHERUBIN étant imputable à un ouvrage public, le contentieux relevait, en première instance, de la compétence du tribunal administratif de Saint-Denis. Ce tribunal, invité par la jurisprudence à mobiliser le régime de la responsabilité sans faute applicable aux dommages causés aux tiers par les ouvrages publics, aurait certainement fait droit aux demandes de Mimose et Agnès CHERUBIN sans que la couleur, la visibilité ou la non-signalisation de la chaîne eussent une quelconque incidence sur la reconnaissance de la responsabilité de la Commune de Saint-André. Le lien de causalité entre la chaîne et le dommage, comme le caractère spécial et anormal du préjudice, ne pouvant être raisonnablement discuté, la responsabilité de la Commune aurait ainsi été logiquement engagée.

Toutefois, l'indiscutable faute de la victime aurait vraisemblablement eu pour conséquence de diminuer la responsabilité de la Commune dans une proportion de moitié.

Un juge différent et un droit différent pour une solution matériellement analogue. Une preuve de plus de la richesse et de la cohérence sociologique du droit français qu'il soit public ou privé.

Les auteurs de ces quelques lignes remercient le Président Bertrand Darolle qui a rendu cette décision, de leur avoir communiqué les précisions suivantes :

Je remercie les auteurs de ce commentaire de permettre au praticien que je suis d'y apporter une précision.

Les parties au litige n'ont pas soulevé l'incompétence des juridictions judiciaires. La cour d'appel n'avait pas l'obligation de relever d'office le moyen tiré de son incompétence dès lors que l'article 92 du nouveau code de procédure civile dispose que « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas ».

Le souci – et l'obligation édictée par l'article 6-1 de la CEDH – de statuer dans un délai raisonnable commandaient, sans doute, que le litige soit tranché selon les prétentions respectives des parties.

Hervé ISAR
Professeur à l'Université de La Réunion
Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion
Bertrand DAROLLE
Président de chambre à la Cour d'appel de St Denis

Droit des obligations contractuelles – Formation du contrat – Vice du consentement – Dol – Art. 1116 C. civ. – Vente d'un véhicule d'occasion – Différence entre le kilométrage réel et le kilométrage affiché au compteur – Conséquences – Nullité de la vente (oui) – Dommages – intérêts (oui)

St Denis, 28 octobre 1998 – MOOLAND c/ DUBARD

EXTRAITS

Faits et procédure

Le 19 février 1996, Marie Laurence PAYET épouse DUBARD a acquis d'Ocharman MOOLAND un véhicule de marque Porsche moyennant le prix de 170000 francs, payé à hauteur de 100000 francs par chèque et pour le solde, par la cession au profit du vendeur d'un véhicule de marque Citroën type ZX turbo diesel évalué d'un commun accord à 70000 F.

Ayant constaté quelque temps plus tard que le kilométrage réel du véhicule acquis par elle était bien supérieur à celui affiché au compteur, Marie Laurence PAYET épouse DUBARD a fait assigner son vendeur devant le Tribunal de grande instance de SAINT PIERRE par acte d'huissier du 17 juillet 1996 afin de faire annuler ladite vente sur le fondement de l'article 1116 du Code civil et obtenir l'allocation de dommages-intérêts.

Par jugement du 20 juin 1997, le Tribunal a :

fait droit à cette demande en annulant la vente après avoir visé l'accord des parties ;

dit que M. MOOLAND verserait à la requérante la somme de 100000 francs et restituerait le véhicule Citroën ZX, tandis que Madame DUBARD devrait restituer le véhicule Porsche;

condamné M. MOOLAND à verser à la demanderesse la somme de 9524 francs en réparation du préjudice matériel subi sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ainsi qu'une somme de 5000 francs en réparation de son préjudice moral, sur le même fondement;

débouté M. MOOLAND de sa demande en dommages-intérêts

ordonné l'exécution provisoire

condamné M. MOOLAND aux dépens et au paiement d'une somme de 5000 f au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

L'appelant demande à la Cour d'infirmer le jugement déféré uniquement en ses dispositions qui l'ont condamné à payer les sommes de 9524 f et 5000 f à titre de dommages-intérêts et celle de 5000 f au titre des frais irrépétibles.

A l'appui de son recours il soutient tout d'abord qu'en matière contractuelle, la mise en œuvre du droit aux dommages-intérêts implique nécessairement une mise en demeure préalable qui en l'espèce n'a jamais été délivrée.

Il ajoute qu'il n'a pas commis de faute et argue de sa bonne foi en faisant valoir que s'il n'a pas signalé le changement de compteur lors de la vente c'est parce que le kilométrage ne constituait pas pour lui un élément déterminant dans la mesure où le véhicule était en parfait état à la suite des coûteux travaux de réparation auxquels il avait fait procéder.

Il affirme que l'acquéreuse ne peut se prévaloir d'aucun préjudice puisqu'elle a pu utiliser normalement le véhicule Porsche et que les dépenses qu'elle a réalisées ont trait à des travaux de "pur agrément".

Marie Laurence DUBARD née PAYET, intimée rétorque que les allégations de l'appelant ne sont pas fondées.

Elle conclut à leur rejet et à la confirmation de la décision déférée, tout en demandant que la somme de 5000 f qui lui a été allouée en réparation de son préjudice moral soit portée à 50000 francs et que l'appelant soit condamné aux dépens de première instance et d'appel de même qu'à la somme de 10000 f en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Elle maintient que la dissimulation du kilométrage réel constitue bien une manœuvre dolosive surtout lorsque l'écart porte sur 90000 km et que son consentement en a été vicié.

Motifs et décision

La victime de manœuvres dolosives peut, indépendamment de l'annulation du contrat, solliciter la réparation de son préjudice.

Une telle action en responsabilité ne repose pas contrairement aux prétentions de l'appelant, sur l'inexécution d'une obligation contractuelle mais sur le dol qui constitue un délit civil commis préalablement à la signature de la convention de telle sorte que le fondement en est délictuel et non contractuel.

L'argument selon lequel Marie Laurence DUBARD ne pourrait prétendre à l'octroi de dommages-intérêts au motif qu'elle n'aurait pas fait délivrer de mise en demeure préalable est donc infondé, et ne pourrait d'ailleurs dans un cadre conventionnel, concerner que le droit aux intérêts de retard en cas d'inexécution d'une obligation se bornant à un paiement de sommes. Il doit en conséquence être écarté.

Il est établi par les pièces versées au dossier qu'Ocharman MOOLAND a vendu à Marie-Laurence DUBARD le 19 février 1996 pour le prix de 170000 francs, un véhicule de marque Porsche affichant un kilométrage de 90358 km alors qu'il l'avait lui-même acquis aux enchères publiques le 6 août 1994 pour la somme de 108500f et que le compteur affichait 166439 km.

Le kilométrage constitue un élément déterminant pour l'acheteur d'un véhicule d'occasion puisqu'il permet d'apprécier le degré d'usure des pièces mécaniques.

En l'occurrence, Ocharman MOOLAND ne saurait s'exonérer en protestant de sa bonne foi alors qu'il n'ignorait pas que l'écart entre le kilométrage effectif et celui inscrit au compteur était très important, (75000 km environ), puisqu'il avait lui-même fait procéder au remplacement de cet appareil (le compteur kilométrique) qui selon ses dires ne fonctionnait pas.

Il est indéniable que si elle avait eu connaissance de cet élément, Madame DUBARD n'aurait pas contracté dans ces conditions et que son consentement s'en est ainsi trouvé vicié.

La dissimulation opérée par le vendeur d'une information aussi déterminante constitue une réticence dolosive de nature à engager sa responsabilité.

Par des motifs pertinents et détaillés que la Cour adopte, le tribunal a fait une juste appréciation de la réalité et de la réparation du préjudice subi par Marie Laurence DUBARD tant sur le plan matériel en raison des frais engagés par elle à la suite de la vente annulée, que sur le plan moral par les tracas et l'obligation dans laquelle elle s'est trouvée de recourir à la justice.

En conséquence, les dispositions du jugement entrepris seront de ce chef entièrement confirmées et toutes prétentions contraires ou plus amples rejetées.

OBSERVATIONS

Arrêt didactique s'il en est, dont tout enseignant en faculté de Droit, chargé de travaux dirigés en Droit civil, pourrait s'inspirer face à ses étudiants de 2ème année de DEUG.

1°/ La caractérisation du dol dans le contrat de vente, d'abord

Un véhicule acquis aux enchères publiques en 1994, dont le compteur affichait environ 165000 km et revendu, 50% plus cher, 18 mois après, avec, 75000 km en moins !

Un simple calcul permet de conclure :

- soit un « oubli » du vendeur, qui, depuis 18 mois, avait parcouru au volant de sa Porsche environ 125 000 km (35 000 pour arriver à tourner un compteur à 5 chiffres plus 90 000 : près de 7 000 km par mois !) et qui ne s'était pas rendu compte que le compteur avait « tourné » ! Voilà un étourdi du volant que la sécurité routière ferait bien d'avoir à l'œil !

- soit une véritable manœuvre dolosive : un trafic de compteur…

La Cour se contente de rappeler que le vendeur avait fait lui-même procéder au remplacement du compteur kilométrique, qui, selon ses dires, ne fonctionnait pas. Ce faisant, elle caractérise la connaissance du vendeur de l'écart entre le kilométrage affiché et le kilométrage réel. Une information dont il n'avait pas fait profiter son cocontractant. Or, le kilométrage « constitue un élément déterminant pour l'acheteur

d'un véhicule d'occasion puisqu'il permet d'apprécier le degré d'usure des pièces mécaniques ».

2°/ Les effets de l'admission du dol dans la vente, ensuite

Selon la Cour, "la victime de manœuvres dolosives peut, indépendamment de l'annulation du contrat, solliciter la réparation de son préjudice… Le fondement de l'action est de nature délictuelle et non contractuelle ». Ce rappel permet d'écarter l'argument du défendeur selon lequel « en matière contractuelle, la mise en œuvre du droit aux dommages – intérêts implique une mise en demeure »… et de condamner un vendeur vraisemblablement de mauvaise foi à des dommages – intérêts !

Entre les deux branches de la sanction du dol[1], la Cour a choisi la responsabilité précontractuelle (donc délictuelle) du trompeur. Existe la même alternative dès lors qu'il s'agit de sanctionner l'inobservation d'une obligation de renseignement[2].

Le flou entretenu par nos magistrats entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle n'est pas involontaire. Facteur d'insécurité juridique, sans doute ; vecteur de justice contractuelle, certainement.

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1 *Cf.* J. CARBONNIER, *Droit civil, Droit des obligations*, Puf, Thémis, Coll. droit privé, éd. 1996, n° 51. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, Précis Dalloz, éd. 1999, n° 232.

2 *Cf.* F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, éd. 1998, n° 326.

Responsabilité civile – Art. 1384 C. civ. – Appréciation de la notion de gardien – Distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement

Droit maritime – Responsabilité de l'entrepreneur de manutention – Loi du 18 juin 1966 – Exclusion de responsabilité – Vice propre de la marchandise stockée

St Denis, 5 octobre 1999 – PROVICO c/ URCOOPA, CCIR et autres

EXTRAITS

Sur les causes du sinistre

Attendu qu'il est constant que le navire SEA BARON arrivé à la REUNION le 30 novembre 1995 y a fait décharger 3000 tonnes de tourteaux de soja pour le compte de PROVICO et 5130 tonnes pour le compte de URCOOPA ; que ces lots de tourteaux de qualité différente ont dû par manque de place être stockés dans la même cellule par la Chambre de Commerce ; qu'un échauffement anormal ayant été constaté dans cette cellule, la Chambre de Commerce a fait procéder le 31 janvier 1996 à une expertise ; que l'expert, s'il n'a pu dire d'où est parti le feu, a déposé un rapport dans lequel il indique clairement que l'échauffement est généralisé dans le lot PROVICO**,** qu'il ne s'agit pas d'une mouille ponctuelle mais d'un effet de fermentation lié au lot lui-même ; que le tourteau URCOOPA est quant à lui à une température uniforme inférieure ou égale à 40% alors que celle du lot PROVICO est toujours supérieure à 40% et va même jusqu'à la combustion ; qu'aucun échauffement n'est apparu dans les endroits où n'ont été stockés que des marchandises destinées à (…PROVICO) ; qu'il est ainsi suffisamment établi que la fermentation et la combustion qui en a été la conséquence sont dues au produit lui-même, les tourteaux de soja PROVICO de qualité inférieure résistant moins bien au stockage que ceux destinés à SICA SILO ALIMENTS ; que les hypothèses de mouille pendant le transport maritime ou au moment du déchargement ne s'appuient sur aucun élément pertinent et ne peuvent donc être retenues ; que c'est à bon droit que les Premiers Juges ont estimé que le sinistre a eu pour origine la fermentation liée aux qualités intrinsèques, et notamment à son taux d'humidité, du lot PROVICO.

Sur les responsabilités encourues

Attendu que devant la Cour il n'est pas sérieusement contesté que s'agissant d'une fermentation et d'une combustion sans flamme, c'est l'article 1384 alinéa 1 du code civil qui est applicable et non pas l'article 1384 alinéa 2 ;

Attendu qu'il est constant que la société PROVICO est devenue propriétaire de la marchandise en cause au moment où celle-ci a été embarquée sur le navire ;

qu'elle ne peut donc utilement soutenir qu'elle ne pourrait être tenue pour responsable de cette marchandise dont au moment du sinistre elle n'avait pas encore reçu livraison ; qu'elle ne peut pas davantage prétendre que la garde de la marchandise a été transférée à la Chambre de Commerce qui certes en assurait le stockage mais n'en avait ni l'usage, ni la direction ni le contrôle ; qu'il apparaît au surplus que la société PROVICO en sa qualité de professionnelle du commerce des céréales ne pouvait pas ignorer les risques que faisait courir à une marchandise de qualité médiocre un stockage prolongé au mois de janvier à la REUNION ; qu'il ne peut être reproché à la Chambre de Commerce ni un stockage en commun des marchandises puisque celui-ci avait été accepté par les parties en cause ni une surveillance insuffisante puisque celle-ci incombait au premier chef à la société PROVICO ni un manquement à ses obligations d'acconier puisque le sinistre a eu pour cause les seules qualités intrinsèques du produit ; qu'il y a lieu en conséquence de débouter la société PROVICO de son appel et de confirmer la décision entreprise.

OBSERVATIONS

L'affaire est complexe ; revenons à l'essentiel.

Elle oppose deux sociétés qui s'étaient fait livrer des tourteaux de soja, par un même transporteur maritime ; leur manutentionnaire commun, la CCIR, avait procédé, après avoir obtenu leur accord, à un stockage commun des deux lots, pendant plus d'un mois, dans le même local. Cela a fermenté quelque part… et la totalité des marchandises stockées a été avariée, à la suite d'une combustion. A La Réunion, en janvier, c'était inéluctable… Le reste était affaire de responsabilité.

La Cour décide d'écarter la responsabilité de la CCIR prise en tant qu'acconier[1], se fondant sans doute sur l'article 53-b)-5° de la loi du 18 juin 1966, aux termes duquel : « quel que soit celui pour le compte de qui l'entrepreneur manipule, reçoit ou garde la marchandise… l'entrepreneur répond des dommages subis par la marchandise, sauf s'ils proviennent :… du vice propre de la marchandise… ».

L'expert mandaté par la CCIR pour déceler la cause du dommage avait désigné le lot à l'origine de la combustion. La Cour condamne le propriétaire de ce lot à réparer le préjudice subi par le propriétaire de l'autre lot, sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil.

La Cour prend soin d'indiquer d'abord que l'article 1384 al. 2 n'est pas applicable, s'agissant d'une combustion sans flamme. Il n'y a pas eu incendie, *a fortiori* pas de communication d'incendie.

Elle réfute ensuite l'argument du propriétaire du « lot coupable », selon lequel, n'ayant pas encore pris livraison de la marchandise, il ne pouvait en être le gardien, au sens de l'article 1384 al. 1er C. civ. Par une première approximation, la thèse semblait séduisante : l'entrepreneur de manutention qui avait procédé au

1 Sur la responsabilité des entrepreneurs de manutention en Droit maritime, *cf.* R. RODIERE et E. du PONTAVICE, *Droit maritime*, éd. Dalloz, Coll. Précis, 1997, n° 278.

stockage des lots de tourteaux dans des locaux dont il avait l'usage semblait avoir plus que quiconque le pouvoir d'usage, de direction et de contrôle de ces tourteaux. Mais c'était oublier la distinction classique entre la garde du comportement et celle de la structure, applicable aux choses dotées d'un dynamisme propre[1].

Des « tourteaux pyromanes », cela existe ! Et celui qui en est devenu propriétaire dès le moment où ils ont été embarqués sur le navire[2] est responsable du dommage qu'ils ont pu causer. La Cour n'a pas écarté l'hypothèse.

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1 *Cf.* F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations,* éd. Dalloz, Coll. Précis, n° 758 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 4, Les obligations,* éd. PUF, Coll. Thémis Droit privé, 20ème éd. 1996, n° 265.

2 Sans doute une vente conclue FOB, FCA ou FAS ; mais les *Incoterms* ne s'occupent pas de régler la question du transfert de propriété ; en Droit français, le principe est que le transfert de propriété s'effectue dès l'échange des consentements (art. 1583 C. civ.) ; *cf. Incoterms 2000, Règles officielles ICC pour l'interprétation des termes commerciaux,* éd. ICC, 2000.

Droit des sûretés – Cautionnement – Régime – Application du droit de la consommation (non) – Crédit bail mobilier conclu dans le cadre d'une activité professionnelle (1er arrêt)

Droit des sûretés – Cautionnement – Preuve – Art. 2015 et 1326 C. civ. – Appréciation de la mention manuscrite – Art. 1323 C. civ. – Dénégation d'écritures non contestée par le créancier (les 2 arrêts)

St Denis, 5 mars 1999 – TOBIE c/ Société SAVA (1er arrêt)

St Denis, 5 mars 1999 – SA Crédit Moderne c/ SOUPRAYENMESTRY (2ème arrêt)

EXTRAITS

1er arrêt

Attendu que pour obtenir l'infirmation du jugement qui l'a condamné à payer à la Sté SAVA SA la somme de 70117 F en sa qualité de caution solidaire, M. TOBIE Alain fait valoir que l'acte d'engagement méconnaît les prescriptions d'ordre public de l'article L 318-8 (**sic**) du code de la consommation et se trouve donc nul, de nullité absolue; Mais attendu que le contrat de crédit bail mobilier conclu par Mme TOBIE Catherine Marie Jeanne avec le cautionnement solidaire de son mari l'a été pour les besoins de l'activité professionnelle de la débitrice principale, locataire gérante de la crêperie – pizzeria, à l'enseigne le LAETIZIA – TOBIE située à Saint Gilles les Bains et donc commerçante ; qu'il s'ensuit que les dispositions du code de la consommation ne sont pas en l'espèce applicables; que d'ailleurs les énonciations contractuelles font expressément référence à la loi n° 66 – 455 du 02/07/1966 et non aux dispositions de la loi de 1978.

Attendu que la validité de l'acte de cautionnement sur lequel la Sté SAVA SA a fondé son action en paiement à l'encontre de M. TOBIE Alain doit dès lors être appréciée au regard des dispositions des articles 2015 et 1326 du Code civil et des déclarations de ce dernier. Que M. TOBIE ayant reconnu qu'il avait écrit de sa main en chiffre et en lettres, le montant de la somme cautionnée en principal « 117500 » puis signé le document, mais que par contre la mention manuscrite rajoutée « plus intérêts et accessoires » n'était pas de son fait, le premier juge a limité, à juste titre, son obligation à la seule garantie du principal alors surtout que la Sté SAVA SA n'avait opposé aucun moyen à cette dénégation d'écritures et qu'effectivement la différence d'écritures était manifeste entre ces mentions.

2ème arrêt

Attendu que pour agir en paiement à l'encontre de M. SOUPRAYENMESTRY Gérard, la Sté CREDIT MODERNE SA se fonde, au principal, sur l'engagement de caution solidaire établi au nom de ce dernier sur le même acte sous seing privé que celui contenant l'offre préalable de crédit d'un montant de 39000 F consentie à M. EUGER Jean Pascal ; Attendu que selon les dispositions de l'article 1323 du code civil, un acte sous seing privé n'a de force probante qu'autant que la signature qui y figure a été expressément ou tacitement reconnue par celui à qui on l'attribue ou a été au préalable vérifiée en justice; que M.SOUPRAYENMESTRY Gérard, tant en première instance qu'en cause d'appel, a formellement contesté la signature portée sur l'acte de caution qui lui est opposé et même produit pour conforter sa dénégation divers documents faisant apparaître des signatures qui sont effectivement très différentes ; que les mesures d'instruction ordonnées par la Cour, même si elles ont révélé que M. SOUPRAYENMESTRY Gérard était au courant de l'intention de son employé EUGER Jean Pascal d'acheter un véhicule à crédit et de lui faciliter l'octroi d'un prêt en se portant garant, n'ont pas permis de conclure à la sincérité de l'acte attribué à M. SOUPRAYENMESTRY Gérard et que ce dernier déniait. Que la Sté CREDIT MODERNE SA n'ayant pas rapporté la preuve qui lui incombait, c'est à bon droit que le premier juge a rejeté sa demande en paiement en considérant que celle-ci n'avait pas établi l'existence du lien d'obligation de nature contractuelle dont elle excipait au soutien de ses prétentions.

OBSERVATIONS

Sur le premier attendu du 1er arrêt, notons simplement que l'article L. 318-8 du Code de la consommation n'existe pas ; simple erreur matérielle, la Cour voulant sans doute se référer à l'article L. 313-8 du même Code, relatif à la mention manuscrite que l'acte de cautionnement solidaire doit comporter, à peine de nullité, lorsque le crédit garanti est un crédit à la consommation. En l'espèce, le crédit bail était destiné à financer les besoins d'une opération professionnelle ; le droit de la consommation n'était donc pas applicable, en vertu de l'article 311-3-3° du Code de la consommation.

Le point le plus intéressant, concernant les deux arrêts, est relatif à ***l'appréciation de la sincérité de l'acte de cautionnement***. Implicitement dans la première décision, expressément dans la seconde, la Cour fait référence à l'article 1323 du Code civil. La dénégation d'écritures portait soit sur la partie de la mention manuscrite afférente aux intérêts et accessoires (premier arrêt), soit sur la signature du contrat de cautionnement (deuxième arrêt). Aucun moyen de défense opposé par le créancier (premier arrêt) ; mesures d'instruction n'ayant pas permis de conclure à la sincérité de l'acte (deuxième arrêt).

Le sociologue du Droit y trouvera sans doute matière à discuter : la jurisprudence est-elle devenue si protectrice des cautions que les créanciers négligeants soient à ce point obligés de frauder ?

Laissons de côté la deuxième affaire, dans laquelle on peut supposer que le cautionnement n'existe pas, et concentrons-nous sur la première où seul l'engagement sur les intérêts et accessoires était contesté. Extrapolons : le créancier s'est rendu compte, mais un peu tard, que l'engagement manuscrit de la caution ne permettrait pas un recouvrement efficace des intérêts ; il s'est souvenu de cette jurisprudence inflexible[1] qui fait que seule la mention manuscrite exprime la connaissance que la caution avait de la portée de son engagement. On lui a sans doute rapporté que cette exigence de preuve déteignait sur le fond… et il a été tenté d'en rajouter !

En d'autres temps, il aurait joué la sincérité : certes, la caution ne s'est pas expressément engagée sur les intérêts ; mais sa qualité – la caution est l'époux d'une débitrice principale commerçante – fait que l'on doit appliquer l'esprit sinon la lettre du régime du cautionnement commercial… et doit permettre de prouver l'existence et le contenu de l'engagement par tout moyen. D'autres temps, d'autres mœurs : le mari de la commerçante doit être protégé autant que la femme du commerçant !

Rappelons pour finir que l'article 1326 du Code civil vient d'être modifié par l'article 5 de la loi n° 2000 – 230 du 13 mars 2000 : les mots « de sa main » sont désormais remplacés par les mots « par lui – même ». A quand les engagements de caution par signature électronique ?

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1 *Cf.* par ex. Cass. civ 1° 25 mars 1991, *JCP* éd. N 1992, II, p. 99, obs. L. LEVENEUR. Cass. civ. 1° 2 avr. 1997, *JCP* éd. G 1997, II, 22927, obs. J. CASEY.

Droit des sûretés – Cautionnement – Extinction – Art. 2037 C. civ. – Nantissement de fonds de commerce non inscrit dans les délais prévus par la loi par le créancier – Caution privée du bénéfice de subrogation – Sanction du créancier

St Denis, 15 juin 1999 – Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de La Réunion c/ M. Moreau

EXTRAITS

Attendu qu'il est constant que le prêt était destiné à financer l'acquisition de matériel de production ; que le remboursement de ce prêt était garanti par la caution et un nantissement qui n'a pas été inscrit dans le délai prévu par la loi, déclaré à bon droit nul par les premiers juges. La caution, privée du bénéfice de subrogation par le comportement fautif de l'établissement de crédit doit bénéficier des dispositions de l'article 2037 du Code civil, aucune preuve n'étant rapportée que ce nantissement, s'il avait été régulièrement inscrit, serait resté inefficace.

OBSERVATIONS :

L'article 2037 C. civ. fait couler beaucoup d'encre. « Institution très particulière[1] », « cause originale de l'extinction du cautionnement[2] », sans doute. Sanction adéquate – une réparation en nature – de l'inobservation du devoir de loyauté[3] du créancier envers la caution, certainement.

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

1 M. CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 4ème éd., 1997, n° 257.

2 Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz Coll. Précis 2ème éd., 1995, n° 190.

3 Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Sûretés, Publicité foncière*, Cujas, 9ème éd. 1998/1999 par L. Aynes, p. 110. *Cf.* aussi F. MACORIG-VENIER, *Droit civil, Les sûretés*, L'Hermès Coll. L'Essentiel 1ère éd. 1999, n° 467.

Droit commercial – Preuve – Article 109 C. com. (anc.) – Liberté des moyens de preuve

St Denis, 17 août 1999 - Société industrielle de préfabrication (S.I.P.) c/ SARL Réunion Inter Services

EXTRAITS

Attendu que le Premier Juge a rappelé à juste titre qu'en droit commercial la preuve est libre et qu'elle peut donc être faite par tous moyens ;

Attendu qu'il est constant que la société R.I.S. a précédemment réalisé sans bon de commande ni établissement de marché des travaux de nettoyage de chantier qui n'ont donné lieu à aucun litige : que la société R.I.S. établit qu'elle a bien effectué les travaux de nettoyage dont elle réclame le paiement par des attestations dont rien ne permet de soupçonner l'objectivité établies par ses employés ;

Attendu que la S.I.P. soutient mais ne démontre pas que les signatures figurant sur les factures qui lui sont opposées ne correspondraient à aucun de ses employés : qu'elle affirme mais n'établit pas davantage que les travaux de nettoyage auraient été réalisés par une autre entreprise ; qu'il est constant qu'elle a laissé sans réponse les lettres de réclamation et de mise en demeure qui lui ont été adressées en temps opportun ; que c'est à bon droit que les Premiers Juges ont estimé au vu de l'ensemble de ces éléments que la preuve de la créance de la société R.I.S. était suffisamment rapportée ; qu'il y a lieu en conséquence de confirmer en toutes ses dispositions la décision entreprise.

OBSERVATIONS

Les juges du fond, tant en première instance qu'en appel, ont rappelé ici avec vigueur la règle selon laquelle la preuve est libre en droit commercial et peut être faite par tous moyens.

En effet, entre commerçants, la preuve des actes de commerce est libre (art. 109, anc., C. com.), alors que, en droit civil, la preuve des actes juridiques doit se faire en principe au moyen d'un écrit ou d'un mode de preuve parfait dès lors que l'objet de la convention est supérieur à 5.000 francs (art. 1341, C. civ.). Ne constituent des procédés de preuve parfaits que l'acte authentique, l'acte sous seing privé, le serment décisoire et l'aveu judiciaire. Les autres formes d'écrit ne représentent en principe que des commencements de preuve par écrit et, aux termes de l'article 1347, C. civ., "on appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué". Dans ce cas, le demandeur à l'allégation sera autorisé à compléter ce début de preuve en produisant témoignages ou en articulant des présomptions. Il est admis par exemple que des réponses ou silences des parties lors

d'une comparution personnelle devant le juge peuvent servir à l'articulation de ces présomptions.

En revanche, comme il l'a été rappelé, la preuve est libre en droit commercial. Cette solution s'explique par l'habitude que les commerçants ont des affaires, par l'obligation qui leur est faite de tenir des livres de commerce, ainsi que l'exigence de rapidité des transactions. La liberté de la preuve implique que la preuve par témoins est recevable, ainsi que l'utilisation de la correspondance échangée entre les parties, de présomptions, quel que soit le montant de l'acte.

En l'espèce, le Tribunal Mixte de Commerce de Saint-Denis avait été saisi par la société R.I.S. d'une action en paiement de certaines prestations qu'elle avait effectuées au profit de la S.I.P., pour un montant de 46.209 francs. Le tribunal ayant fait droit à cette demande, la S.I.P releva appel de la décision, au motif que la R.I.S. n'établissait pas l'existence de sa créance, aucun bon de commande ou acceptation de marché n'étant versé aux débats et les factures et attestations d'employés produites étant insuffisantes à établir l'existence de la prestation.

L'appelante, la S.I.P., contestait donc à la fois l'existence d'un contrat la liant à la R.I.S, mais aussi, le cas échéant, l'accomplissement par sa soi-disant créancière des prestations en cause, les prestations ayant été prétendument effectuées par d'autres entreprises.

Concrètement, sur la première question, aucun bon de commande n'attestait de l'existence du contrat. Or, le contrat portait sur une prestation d'un montant supérieur à 5.000 francs. Mais, comme on l'a dit, l'absence d'écrit n'est pas déterminante en droit commercial, les transactions devant être conclues rapidement. La Cour d'appel rappelle, de fait, "qu'il est constant que la société R.I.S. a *précédemment* réalisé sans bon de commande ni établissement de marché des travaux de nettoyage de chantier qui n'ont donné lieu à aucun litige". Il existait ainsi, entre les deux sociétés, des relations contractuelles régulières et qui, de façon habituelle, ne donnaient pas lieu à la rédaction d'un écrit. De cette habitude, et en application du principe rappelé plus haut, le juge tire une présomption selon laquelle le lien contractuel existait bien en l'espèce.

Ensuite, sur le deuxième point, les factures expédiées par la R.I.S ainsi que les témoignages d'employés de la S.I.P. ne pouvaient, en eux-mêmes, selon l'appelante, constituer la preuve de l'exécution de la prestation. C'est donc sur ce deuxième point que se concentre le litige car, finalement, ce n'est pas tant l'existence de l'acte juridique mais celle de son exécution qui est ici en cause. Cependant, les factures expédiées à la S.I.P. avaient été vraisemblablement visées par des employés de celle-ci ; la S.I.P. n'a d'ailleurs pas pu démontrer que ces paraphes n'émanaient pas de ses employés.

S'agissant ici de preuve de l'exécution du contrat, la preuve pouvait de toutes les façons se faire par tous moyens, que l'on se place sur le terrain du droit civil ou sur celui du droit commercial ; l'exécution du contrat s'analyse en effet comme un fait juridique qui, en cela, peut être établi par tous moyens. D'ailleurs, l'appelante ne contestait pas apparemment le mode de preuve utilisé mais sa qualité : la rédaction

d'une facture n'aurait pas été suffisante et les témoignages (attestations) ne seraient pas fiables (les signatures n'étant pas, selon elle, celles de ses employés).

Enfin, les juges tenant pour acquis l'existence de la créance et l'accomplissement des prestations, il appartenait donc au débiteur de rapporter la preuve contraire, ce qui n'a pas été atteint. La décision nous fournit ainsi également, en filigrane, une illustration classique de l'application l'article 1315, C. civ., relatif à la charge de la preuve.

Élise RALSER
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Procédures collectives- Ouverture de la procédure- Conditions – Cessation d'activité de commerçant – Absence de radiation du Registre du Commerce – Ouverture de la procédure dans le délai d'un an (oui)

Saint Denis, 2 mars 1999- Monique BOUTEVIN c/ Jean Daniel DIJOUX.

EXTRAITS

Attendu au fond qu'il résulte des documents soumis à l'attention de la Cour que Monique BOUTEVIN s'est inscrite au Registre du Commerce lorsqu'elle a commencé ses activités sous l'enseigne MONDIAPLAST et qu'elle a omis de s'en faire radier lorsqu'elle les a cessées ; qu'il s'ensuit qu'elle ne peut ni soutenir qu'elle n'a pas la qualité de commerçant ni que le délai de un an prévu par la loi était expiré lorsque l'assignation en redressement judiciaire lui a été adressée ; qu'il y a lieu en conséquence de confirmer en toutes ses dispositions la décision entreprise, l'état de cessation des paiements n'étant pas contesté.

OBSERVATIONS

Parce qu'il ne saurait être permis à un commerçant de se soustraire à une procédure collective, par la vente ou la cessation précipitée de son affaire[1], le législateur a prévu la possibilité d'ouvrir un règlement ou une liquidation judiciaire à l'égard d'un exploitant dont l'activité a pris fin alors qu'il était en cessation des paiements.

L'article 17 de la loi du 25 janvier 1985 soumet l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un commerçant retiré à deux conditions :

Tout d'abord, la cessation des paiements doit être antérieure à la radiation du débiteur du registre du commerce. En effet, jusqu'à la date de sa radiation, le débiteur est considéré comme commerçant et ce en vertu d'une présomption irréfragable[2].

Ensuite, le tribunal doit avoir été saisi dans le délai préfix d'un an à partir de la radiation du débiteur du registre du commerce[3]. La réforme du 10 juin 1994 a

1 G. Ripert et R. Roblot, *Droit commercial*, T. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, L.G.D.J., 15ème éd, n° 2850.

2 Paris, 2 fév. 1988, *D.* 1988, somm, 340.

3 Cass. com, 10 oct. 1995.

réparé sur ce point, une malfaçon technique de la loi de 1985 qui exigeait l'ouverture de la procédure et non la saisine du tribunal dans ce même délai d'un an à partir de la radiation du registre du commerce.

Isabelle RIVIERE
Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Procédures collectives – Créanciers de l'article 40 – Trésor Public – Cessation d'activité de commerçant – Avis à tiers détenteur – Notification au liquidateur ou au commissaire à l'exécution du plan – Irrecevabilité pour les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations

SAINT-DENIS, 5 mars 1999 – Receveur principal des impôts c/ Maître H. BADAT. (3 arrêts).

EXTRAITS

1ère espèce et 2ème espèce :

S'il n'est ni contesté ni contestable que le créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, dispose du droit de poursuite individuelle pour recouvrer les sommes qui ne lui ont pas été réglées à leur échéance, il n'en demeure pas moins que les modalités de recouvrement doivent se faire conformément aux textes légaux et réglementaires en vigueur.

Ainsi, l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 dans sa rédaction applicable en la cause, antérieure à celle résultant du décret du 21 octobre 1994, rend irrecevable toute opposition sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations.

Or en vertu de l'article 151 de la loi du 25 janvier 1985, le liquidateur a l'obligation de verser en compte à la Caisse des dépôts et consignations, toute somme reçue par lui dans l'exercice de ses fonctions.

(…) en tout état de cause, le liquidateur ne peut détenir personnellement des fonds qui doivent obligatoirement être déposés en compte et sur lesquels aucune opposition n'est possible, quelle qu'en soit la forme, saisie-attribution ou avis à tiers détenteur.

3ème espèce :

(…)

Ainsi, l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 dans sa rédaction applicable en la cause, antérieure à celle résultant du décret du 21 octobre 1994, rend irrecevable toute opposition sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations.

Le commissaire à l'exécution du plan qui, aux termes des articles 88 et 92 de la loi du 25 janvier 1985 a le pouvoir de recevoir le prix de cession et de le répartir entre les créanciers selon leur rang, ne peut détenir personnellement des fonds qui lui ont été remis dans l'exercice de ses fonctions et qu'il a l'obligation, en sa qualité

de mandataire de justice, de verser sur un compte à la Caisse des dépôts et consignations conformément aux dispositions de l'article 172 du décret précité.

Dès lors, le receveur des Impôts ne pouvait recourir, dans le cadre de l'exercice de son droit de poursuite individuelle, à la procédure d'avis à tiers détenteur pour obtenir paiement de sa créance de l'article 40 sur les fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations par Maître Houssen BADAT en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan de cession de la S.A IMPRIMERIE AGM CAZAL.

OBSERVATIONS

Ces trois décisions ont statué sous l'empire de l'article 173 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, dans sa rédaction antérieure[1], lequel énonçait l'irrecevabilité de « toute opposition » sur les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations. La suppression, par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution, de toute référence à la notion d'opposition, ne permettait plus d'affirmer sans conteste que la saisie-attribution et l'avis à tiers détenteur étaient visés par l'article 173 précité.

La loi de du 25 janvier 1985 soumet encore aujourd'hui l'administrateur, le représentant des créanciers dans la procédure de redressement judiciaire (art 41 L) et le liquidateur dans la liquidation judiciaire (art 151 L) à l'obligation de verser les sommes éventuellement reçues à la Caisse des dépôts et consignation. La loi reste toutefois muette s'agissant du commissaire à l'exécution du plan. Aussi, certaines juridictions en ont déduit que les fonds déposés chez ce dernier devaient échapper à la prohibition de l'article 173 [2]. Mais pour la chambre commerciale[3], la portée de cet article est générale. Aussi, la prohibition doit également concerner les fonds déposés chez ce mandataire[4]. Cependant, précise t-elle, seul le dépôt des fonds à la Caisse des dépôts et consignations paralyse le droit de poursuite individuelle des créanciers de l'article 40[5]. Les fonds bénéficient ainsi d'une immunité dès leur versement à la Caisse des dépôts et consignations. La solution n'est pas nouvelle. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 avril 1997[6], précisait déjà que *« L'article 173 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 interdit toute*

1 M. Cabrillac, *JCP* 1997 éd E, I, 681, n° 3.

2 Rouen, 10 juin 1998, *Gaz. Pal*. 11-12 déc. 1998, p. 33.

3 Cass. com. 8 déc. 1998, *RJDA* 3/99, n° 309 ; *RTD Com* 1999, 209, obs. Vallens ; *D Affaires* 1999, n° 145, 131, obs.A. L.

4 Aujourd'hui, l'application de l'article 173 du décret de 1985 au commissaire à l'exécution du plan n'est plus discutée. En effet, modifiant l'article 68 du décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985, le décret n° 98-1232 du 29 décembre 1998 a institué l'obligation faite au commissaire à l'exécution du plan de verser toute somme perçue à la Caisse des Dépôts et Consignations.

5 A.L, ss Com.8 déc. 1998, *D Affaires* 1998, préc.

6 Com.22 avril 1997, *RJDA* 10/97, n° 1261 ; *D. Affaires* 1997, n° 23, p 737 ; *RDB* 1997, n° 61, obs. Campana et Calendini ; *JCP* 1997, éd E, I, 681, n° 3, obs. M. Cabrillac ; *D* 1997, 371, note Derrida. En ce sens également, Com. 5 mai 1998, *RJDA* 3/99, n° 309.

opposition, et, par là même, toute saisie-attribution ou avis à tiers détenteur sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations... ». «Séduisante »[1], la solution de la Cour de cassation impose toutefois d'établir que la procédure d'exécution a bien été notifiée après le versement des sommes à la Caisse des dépôts et consignations.

Il en résulte que la procédure d'exécution notifiée à un mandataire et non au Directeur de la Caisse des dépôts et consignation, devrait *a priori* prospérer. Rien n'est moins sûr cependant, car avant leur transfert à la Caisse des dépôts et consignations, le sort des fonds sera différent selon qu'ils sont détenus par le commissaire à l'exécution ou par le liquidateur. En effet, si la jurisprudence reconnaît sans aucune difficulté la qualité de tiers-saisi au commissaire à l'exécution du plan[2] et par la même la validité des procédures d'exécution entre ses mains, cette qualité reste très discutée pour le liquidateur. La jurisprudence est divisée à ce point qu'on a pu parler d'un véritable « feuilleton qui tient en haleine »[3].

Alors que la cour d'Appel de Paris a toujours validé les procédures d'exécution entre les mains du mandataire-liquidateur, en sa qualité de tiers-saisi[4], la jurisprudence de la chambre commerciale est fluctuante. Le 3 février 1998[5], elle déniait cette qualité au liquidateur, considérant que ce dernier ne détenait pas en son nom personnel mais en tant qu'organe de la procédure, les sommes d'argent remises dans l'exercice de ses fonctions. Le 5 mai 1998[6], cette même chambre commerciale lui reconnaissait la qualité de « tiers-saisi », tout en déclarant irrecevable l'avis à tiers détenteur qui lui avait été délivré.

Le doute restait permis jusqu'à l'entrée en vigueur du nouvel article 173 dans sa rédaction du 21 octobre 1994. Cet article écartant expressément toute procédure d'exécution de quelque nature qu'elle soit, concerne désormais la saisie-attribution ou l'avis à tiers détenteur[7].

Au delà du débat sur la portée du nouvel article 173, c'est de sa légalité même dont il est aujourd'hui question. Le Professeur Derrida a toujours affirmé l'illégalité de cet article, car l'article 14 de la loi du 9 juillet 1991 énonce que seuls les biens que la loi déclare insaisissables ne peuvent être saisis. Dès lors, une insaisissabilité résultant d'une mesure réglementaire est entachée d'illégalité[8]. Des

1 M. Cabrillac, *JCP* 1997 éd E, I, 681, n° 3. En ce sens également, F. Derrida, note ss Com. 22 avril 1997, *D* 1997, 371.

2 Com.3 fév. 1998, *D Affaires* 1998, n° 106, 338, note A.L ; *JCP*.E 1998, n° 17, 654, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Rouen, 10 juin 1998, *Gaz. Pal.* 11-12 déc. 1998, p. 33.

3 A.L, ss Com.3 fév. 1998, *D Affaires* 1998, n° 106, 338.

4 Paris, 13 janv. 1998, *D*. 1998, 194, note Derrida ; Paris, 7 mai 1998, *D. Affaires* 1998, n° 121, 1050, obs.° A. ; Paris, 23 oct. 1998, *D. Affaires* 1998, n° 140, 1909, obs.° A.L ; Paris, 25 nov. 1999, *Le Dalloz* 2000, n° 2, actualité jurisprudentielle, p. 33.

5 Com.3 fév. 1998, *D* 1988, IR, p 62 ; *D. Affaires* 1998, p 338, obs. A.L.

6 Com.5 mai 1998, *RJDA* 3/99, n° 309.

7 M. Cabrillac, *JCP* 1997 éd E, I, 681, n° 3.

8 Derrida, note ss Com, 8 février 1994, *D*. 1994, p. 609 ; Com.22 avril 1997, préc.

Cours d'appel se sont déjà prononcées en ce sens[1]. Cette illégalité vient d'être confirmée par le Conseil d'Etat, dans une décision du 9 février 2000[2]. La portée de cette décision est considérable, car elle s'impose au juge civil. Dès le 26 avril 2000, la Cour de cassation prenait acte de la décision du Conseil d'Etat, en affirmant que « même décidant à l'occasion d'une autre instance, la déclaration d'illégalité s'impose au juge civil qui ne peut faire application de ce texte illégal »[3].

Si ces dernières décisions ouvrent de nouvelles perspectives aux créanciers de l'article 40, la doctrine dans son ensemble se prononce en faveur de l'intervention « à bref délai » du législateur[4], par une « validation législative » consacrant le principe de l'insaisissabilité édictée par l'article 173 de la loi de 1985[5].

Isabelle RIVIERE
Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

1 Rennes, 21 mars 1996, *Rev Huissiers* 1996, p. 1151 ; Toulouse, 30 juill. 1996, citée par Derrida, note ss Com.22 avril 1997, préc.

2 CE, 9 fév. 2000 ; *JCP*. E 2000, n° 9, p 346 ; *JCP*. E 2000, 884, note M. Dymant et P.M Le Corre ; *JCP*. G 2000, 921, note H. Croze et Tony Moussa ; *Le Dalloz* 2000, 136, obs.° A. Lienhard.

3 Com, 26 avr. 2000, *D. Affaires* 2000, 247, obs.° A. Lienhard.

4 M. Dymant et P.M Le Corre, note ss CE, 9 fév. 2000, préc.

5 H. Croze et Tony Moussa, note ss CE, 9 fév. 2000, préc ; A. Lienhard, obs.° ss CE 9 fév. 2000, préc., et ss Com, 26 avr. 2000, préc ; M. Dymant et P.M Le Corre, note ss CE, 9 fév. 2000, préc.

Droit commercial – Procédures collectives – Responsabilité et sanctions des dirigeants de fait – Extension de la procédure collective – Confusion des patrimoines – Conditions – Mise en redressement judiciaire de la personne morale (non)

Saint Denis, 23 avril 1999 – René Gabriel MICAUD c/ STE RISS SUD- Ste RISS SAINT LOUIS- STE RISS TAMPON- SARL EVASION REUNION- Maître H. BADAT- Me R. VILANOU.

EXTRAITS

Une procédure de redressement judiciaire ne peut être étendue à une autre personne, sur le fondement de la confusion des patrimoines, après que le tribunal a arrêté, dans cette procédure, un plan de redressement, soit par voie de cession, soit par voie de continuation.

Les Sociétés RISS SUD, RISS SAINT-LOUIS et RISS TAMPON qui avaient été mises en redressement judiciaire commun, ont fait l'objet d'un plan de cession à la STE GOLO AIR REUNION arrêté par le tribunal le 6 mai 1991.

En conséquence, le jugement déféré doit être réformé en ce qu'il a prononcé l'extension aux Sociétés RISS NORD, RISS REUNION, RISS SAINT -BENOIT et EVASION REUNION, pour confusion de patrimoines, du redressement judiciaire des sociétés sus nommées.

Le redressement judiciaire personnel du dirigeant d'une personne morale ne peut être prononcé que si la personne morale a été elle même mise en redressement judiciaire.

Les Sociétés RISS NORD, RISS REUNION, RISS SAINT-BENOIT et EVASION REUNION n'étant pas en redressement judiciaire, la disposition prononçant le redressement judiciaire personnel de M. René MICAUD, dirigeant de fait de ces sociétés, doit être réformée.

OBSERVATIONS

L'ouverture d'une procédure collective s'accompagne souvent de la constatation d'un certain nombre de faits fautifs commis notamment par le débiteur. Ces fautes définies par l'article 182 de la loi de 1985, peuvent être également constatées à l'encontre du dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, de la personne morale. Dans ce cas, le tribunal peut ouvrir à l'encontre de celui-ci une procédure de redressement judiciaire. Le dirigeant faisant l'objet de cette sanction devra alors supporter, outre son passif personnel, celui de la société[1]. Procédure

1 Cass. Com, 6 fev. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 35 ; *JCP.* E. 1996, I, 584, n° 19, obs. Ph. Pétel.

accessoire à celle ouverte à l'encontre de la personne morale[1], le passif et la date de cessation des paiements de la personne morale sont alors « étendus » [2] au dirigeant, alors même que ce dernier ne serait pas en état de cessation des paiements[3]. Mais encore faut-il qu'au préalable la personne morale ait été déclarée en redressement judiciaire !

Isabelle RIVIERE
Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

1 G. Ripert et R. Roblot, *Droit commercial*, T. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, L.G.D.J., 15ème éd., n° 3297.

2 F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 3ème éd., n° 436.

3 Cass. com., 16 juin 1987, *Bull. Joly*, 1987, 727.

Droit du travail – Contrat de travail international – Loi applicable – Employeur de nationalité mauricienne – Salarié français domicilié en France – Contrat de travail exécuté à l'île Maurice

Droit du travail – Contrat de travail à durée indéterminée – Rupture – Licenciement – Cause réelle et sérieuse (non) – Appréciation – Caractère abusif du licenciement (oui) – Appréciation

St Denis, 7 juillet 1998 – Compagnie Mauricienne d'Hypermarchés c/ El Maliki

EXTRAITS

Faits et procédure

La Compagnie Mauricienne d'Hypermarchés (C. M. H.) a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil de Prud'hommes de St Pierre qui a condamné la C. M. H. à verser à M. El Maliki les sommes suivantes :

788200 f à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

788200 f à titre de dommages – intérêts pour rupture abusive ;

…

Motifs de la décision

…

1°/ Sur la compétence territoriale du premier juge

Attendu que sur le fondement de l'article 14 du Code civil, le premier juge a retenu exactement sa compétence territoriale dans le présent litige qui oppose un employeur de nationalité mauricienne à son salarié, demandeur de nationalité française dont il n'est pas discuté qu'il réside dans le ressort du Conseil de prud'hommes de Saint Pierre.

…

2°/ Sur le motif du licenciement

Attendu que par lettre en date du 29 mai 1995, dont les termes fixent les limites du litige, l'employeur a notifié à Monsieur EL MALIKI son licenciement « pour faute caractérisée par une insuffisance professionnelle » assorti d'une dispense d'exécuter le préavis de trois mois du 31 mai 1995 au 31 août 1995 pour les motifs suivants :

« En effet, en votre qualité de responsable du service du personnel, nous estimons que vous auriez dû alerter votre Directeur et faire des propositions pour prendre des mesures correctives concernant le sureffectif du magasin.

« Vous avez participé et assisté de manière complètement passive à l'embauche de 125 personnes de trop au 31 décembre 1994.

« Plus particulièrement au service caisse dont vous étiez le responsable, vous avez procédé à l'embauche de 80 caissières alors que 45 suffisaient pour assurer le bon fonctionnement du magasin. Cette embauche excessive était à l'évidence complètement injustifiée et irresponsable d'autant plus que chacune des embauches a été faite à temps complet.

« Ce comportement inacceptable compte tenu de votre qualification et de votre expérience présumée ont entraîné de graves préjudices financiers pour le magasin et ont mis en cause de manière insupportable la bonne marche des services.

« De telles erreurs ne peuvent être tolérées à ce niveau de responsabilité et nous sommes obligés de constater que vous avez très mal rempli vos fonctions dans ce magasin au titre de chef de personnel et de responsable des caisses.

« En conséquence, nous vous notifions votre licenciement pour faute professionnelle et insuffisance à remplir vos fonctions. »

Attendu qu'en application de l'article L 122 – 43 du code du travail, le juge doit examiner la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

Attendu que l'employeur a invoqué comme motif de sa lettre de licenciement une « faute caractérisée par une insuffisance professionnelle ».

Attendu que l'insuffisance professionnelle n'est pas une faute disciplinaire, le licenciement de Monsieur EL MALIKI échappe aux dispositions des articles L 122 – 40 et suivants du code du travail ; qu'en conséquence, le délai de prescription de deux mois énoncé à l'article L 122 – 44 du code du travail et invoqué par les parties n'est pas applicable en l'espèce.

Attendu que le magasin Continent a ouvert ses portes à l'île Maurice en septembre 1994, sur une île qui ne connaissait pas encore ce genre de magasin à très grande distribution, avec galeries marchandes.

Que Monsieur EL MALIKI possédait une expérience dans la grande distribution depuis 17 ans déjà, qu'en vertu de son contrat de travail, il avait pour fonctions de « coordonner et organiser les activités de la ligne de caisse et des services généraux ; vous devrez vous engager sur la réalisation d'objectifs et de budget établis avec la Direction. Vous contrôlerez et corrigerez quotidiennement les résultats des activités. Vous devrez négocier les achats auprès des fournisseurs. Vous assumerez la responsabilité de la gestion du personnel. Vous exercerez cette fonction sous l'autorité immédiate du Directeur du magasin ».

Que s'il a procédé à 125 embauches de trop, dont 80 au service « caisse » peu après l'ouverture du magasin, avec un maximum en novembre 1994, celles-ci se sont vues régulièrement réduites dès décembre 1994 pour atteindre un chiffre de 55 considéré comme acceptable pour l'entreprise en mai 1995.

Attendu que comme le révèlent les éléments d'interview de la presse locale datant de mai 1995, l'entreprise avait décidé de manière délibérée et réfléchie de procéder à un recrutement très large afin de procéder par la suite à une sélection.

Qu'il a été justement relevé par Monsieur EL MALIKI, qui n'a pas été contredit sur ce point, que dans un pays de plein emploi l'embauche à temps partiel était de nature à provoquer une perte rapide du personnel formé aux frais de l'entreprise vers la concurrence pour un poste à plein temps.

Que la récente ouverture d'un magasin d'un nouveau type pour l'île Maurice, dont le concept axé sur la grande distribution selon un mode importé d'Europe, impliquait une nécessaire adaptation à une conjoncture économique nouvelle que les acteurs dirigeants se devaient d'appréhender.

Qu'en conséquence, la gestion du sureffectif ne relevait pas de la responsabilité directe du cadre mais participait à la politique de cette nouvelle structure.

Attendu que dans ce contexte, le licenciement de Monsieur EL MALIKI n'a ni cause réelle ni cause sérieuse, qu'au demeurant, le fait pour l'employeur de n'avoir rompu le contrat de travail qu'à l'issue d'un délai de 3 mois après la connaissance du motif litigieux, constitue une négligence fautive de sa part. La Cour confirme les premiers juges en ce qu'ils ont accordé une indemnité équivalente à deux années de salaire, soit la somme de 788200 FF.

…

3°/ Sur l'indemnité pour licenciement abusif

Attendu que les conditions dans lesquelles s'est déroulé le licenciement de Monsieur EL MALIKI ne peuvent être qu'abusives.

Qu'en effet, d'une part Monsieur EL MALIKI s'est retrouvé en situation irrégulière sur l'île Maurice du fait de l'expiration en cours de son préavis de son permis de travail, et d'autre part, celui-ci ainsi que sa famille se sont retrouvés dans l'impossibilité de se déplacer du fait du retrait du véhicule de fonction.

Qu'il a fallu faire appel à l'Ambassade de France pour résoudre ces litiges et ce à plusieurs reprises, que Monsieur EL MALIKI a subi un préjudice distinct du fait de son licenciement, qu'il y a lieu d'indemniser.

Qu'il convient en conséquence d'attribuer une indemnité pour licenciement abusif que la Cour évalue justement à la somme de 120000 FF.

…

5°/ Sur l'ancienneté de M. EL MALIKI

Attendu que M. EL MALIKI, alors en fonction au sein de la société DESTRELLAN, a signé le 23 mars 1994 en Guadeloupe un contrat de travail le liant à la société C.M.H. de l'île Maurice, à effet au 1er juin 1994, ces deux sociétés étant franchisées sous les enseignes Euromarché et Continent, qui appartiennent au même groupe ;

Que M. MALIKI a quitté la Guadeloupe en janvier 1994 ;

Que le transfert de deux cantines métalliques contenant les affaires de M. EL MALIKI s'est effectué aux frais de la société de Guadeloupe, et le reste de son déménagement aux frais de la C.M.H. ;

Qu'il a continué à percevoir des salaires de Guadeloupe jusqu'en septembre 1994, date de l'ouverture effective du nouveau magasin à Maurice ;

Que la société de Guadeloupe a alors refacturé les salaires que M. EL MALIKI avait perçus pendant cette période, au nom de la société de l'île Maurice ;

Attendu que dans son nouveau contrat de travail il est fait référence à l'ancien ;

Attendu qu'il ressort des pièces ci – avant étudiées que M. EL MALIKI a vu son contrat de travail transféré des Antilles à l'île Maurice au sein d'entreprises appartenant au même groupe : le groupe Bernard Hayot ;

Attendu qu'un salarié transféré au sein d'un même groupe entre deux sociétés économiquement dépendantes mais juridiquement distinctes doit garder le bénéfice de son ancienneté ; qu'il convient de confirmer la décision sur ce point.

OBSERVATIONS

Dans ce contentieux, l'employeur – un groupe exploitant des hypermarchés – a été condamné à verser environ un million de francs d'indemnités à un de ses ex-salariés, cadre responsable du service du personnel.

L'arrêt, qui fait plus de 20 pages, est intéressant à plus d'un titre[1]. Nous en passerons certains sous silence pour revenir sur trois points.

1°/ D'abord, il importe de souligner l'intérêt pédagogique de cette décision

Elle a le mérite de distinguer clairement deux notions parfois confondues : le licenciement sans cause réelle et sérieuse et le licenciement ***abusif***. Ce dernier se caractérise par les circonstances vexatoires qui l'ont entouré, indépendamment de l'absence ou de l'existence de justes motifs de licenciement[2]. La Cour prend le soin de souligner les faits qui justifient, selon elle, l'octroi de dommages-intérêts distincts de ceux alloués pour licenciement ***infondé*** : retrait du permis de travail en cours de

1 Nous remercions Me AKHOUN de nous l'avoir communiqué.

2 *Cf.* J. E. RAY, *Droit du travail Droit vivant*, éd. Liaisons 2000-2001, n° 194.

préavis, impossibilité pour le salarié et sa famille de se déplacer du fait du retrait du véhicule de fonction[1]…

2°/ Ensuite, l'arrêt affirme que l'incompétence professionnelle n'est pas une faute

Que, donc, le licenciement pour incompétence professionnelle échappe aux dispositions des articles L 122 – 40 et suivants du Code du travail relatifs à la procédure disciplinaire.

Cette position a été, certes, plusieurs fois adoptée par la Cour de cassation[2]. Mais elle ne nous paraît pas vraiment satisfaisante et nous préférons l'analyse plus récente qui semble considérer l'incompétence professionnelle comme une faute[3]. En effet, l'employeur qui veut caractériser l'incompétence professionnelle du salarié dont il veut se séparer a l'obligation d'établir des faits objectifs de nature à corroborer ses affirmations ; en d'autres termes, l'incompétence professionnelle doit s'exprimer dans la mauvaise exécution du travail. Comment cette mauvaise exécution pourrait – elle échapper à la qualification de « faute » ? Certes, on peut être incompétent sans le faire exprès. Mais faut – il oublier que l'on peut être fautif par omission ? Faut – il oublier qu'un *infans* peut être fautif ?

3°/ Enfin, il faut remarquer que nous étions dans cette affaire face à <u>un contrat de travail international</u>.

La qualification est d'autant plus importante qu'elle aurait pu entraîner une toute autre solution : le juge français[4] aurait dû être amené par l'employeur à se demander si, dans cette affaire, il ne convenait pas d'appliquer le droit mauricien.

Reprenons le raisonnement en nous fondant sur les faits tels qu'ils nous sont décrits par l'arrêt :

- M. EL MALIKI était salarié de la société DESTRELLAN, société de droit français, au moment où il a signé, en France, un nouveau contrat de travail avec la société C.M.H., société mauricienne. Les sociétés DESTRELLAN et C.M.H. sont deux filiales d'un même groupe, le groupe Bernard Hayot, société de droit français. On pouvait alors se demander si le régime, prévu à l'article L 122-14-8 du Code du travail[5], de la mise à disposition d'un salarié par une société mère au bénéfice d'une de ses filiales était applicable. Il fallait apporter une réponse négative à cette question, en vertu d'une jurisprudence qui considère que l'article précité ne s'applique qu'aux salariés qui ont exercé des fonctions dans la société mère avant

1 *Cf.* par ex. Cass. soc. 27 janv. 1999, n° 97-45.732.

2 *Cf.* par ex. Cass. soc. 28 nov. 1989, n° 87-40.614 ; Cass. soc. 16 déc. 1993, n° 91-43.914 ; Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 96-42.609.

3 Cass. soc. 29 oct. 1998, *R.J.S.* 1998, p. 903.

4 L'article 14 du Code civil institue notamment un privilège de juridiction au profit des nationaux qui peuvent citer devant un tribunal français un étranger non résident en France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers un français.

5 Qui prévoit à la charge de la société mère une obligation de rapatriement et une obligation de reclassement au sein de la société mère lorsque le salarié est licencié par la filiale.

d'être mis à disposition d'une filiale[1]. La doctrine est d'accord avec ce point de vue[2]. Dès lors, aucun texte spécial de droit français ne s'applique à la situation qui nous intéresse, dans laquelle un salarié français d'une filiale française avait « démissionné » pour conclure un nouveau contrat de travail avec une filiale étrangère du même groupe.

- Ce nouveau contrat de travail ne contenait pas, à notre connaissance, de « clause d'autonomie », par laquelle les parties, un salarié français (M. EL MALIKI) et un employeur mauricien (la société C.M.H.), auraient pu choisir de rendre applicable à leur contrat telle ou telle loi. Le juge français aurait dû alors être invité à appliquer sa règle supplétive de conflit de lois, qui veut que, lorsque les parties sont restées muettes sur la loi applicable, la loi du pays où s'exécute l'obligation qui fait l'objet du contrat s'applique : s'agissant d'un contrat de travail, la loi du lieu de travail, c'est à dire la loi mauricienne.

- Ce dernier principe doit être appliqué par le juge français devant lequel le litige est porté, en vertu de la Convention de Rome du 19 juin 1980 même si le contrat a été exécuté hors de l'Union Européenne[3], car c'est un principe général du droit des contrats de travail internationaux[4].

- Pour écarter ce principe, il faut soit considérer que les parties ont tacitement décidé de soumettre leur contrat à la loi française (référence à la notion de « liens étroits »)[5], soit décider que le droit français est applicable parce qu'il est plus favorable au salarié que le droit mauricien (cette dernière analyse n'ayant plus les faveurs de la doctrine[6]), soit qu'une Convention franco – mauricienne édicte une telle exception (ce qui, à notre connaissance, n'est pas le cas).

Des débats qui auraient pu être portés devant le Conseil de Prud'hommes de St Pierre et la Cour d'appel de St Denis.

L'employeur n'aurait rien perdu à voir le Droit mauricien appliqué à son affaire.

En effet, rappelons que la Cour d'appel de St Denis a :

- condamné l'employeur, cumulativement, à une indemnité de licenciement (73900 FF), à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (788200 FF) et à une indemnité pour licenciement abusif (120000 FF) ;

1 Cass. soc. 18 déc. 1984, *Jur. Soc. UIMM* 1987, p. 294.

2 *Cf. Lamy Droit social*, éd. 2000, n° 788 : « l'art. L 122 – 14 – 8 du Code du travail… ne recevra pas application lorsque le salarié sera envoyé d'une filiale à une autre filiale »…

3 Sur ce débat, *Cf. Lamy Droit social* 2000, n° 763 et 766.

4 *Cf. Lamy Droit social* 2000, n° 764.

5 *Cf. Lamy Droit social* 2000, n° 765.

6 *Cf.* Lamy social 2000, n° 766 : « Pour peu que le contrat ne présente pas de liens suffisamment étroits avec la France, le juge français devrait se référer à une autre législation. ».

- calculé l'ancienneté du salarié en se référant à son appartenance à des sociétés du même groupe depuis plus de 17 ans.

Ces solutions, des plus orthodoxes en Droit du travail français, ne se retrouvent pas en Droit du travail mauricien (*the law relating to labour*), comme nous l'a confirmé Daniel FOKKAN, Professeur à l'Université de Maurice et spécialiste de Droit du travail.

En cas de licenciement, le Droit du travail mauricien distingue l'indemnité au taux normal (*normal rate*), versée au salarié lorsque le licenciement est fondé, de l'indemnité au taux punitif (*punitive rate*), devant être payée en cas de licenciement injustifié : ces deux indemnités ne se cumulent pas.

La notion de licenciement abusif est connue du Droit mauricien, identique à la notre. Mais, outre que la jurisprudence mauricienne estime qu'il s'agit d'une demande fondée sur le Code civil mauricien (et pas sur *the law relating to labour*) qui doit être adressée à la juridiction civile (et pas à la Cour industrielle qui n'est pas compétente), cette demande en dommages-intérêts ne peut se cumuler avec une demande d'indemnité de licenciement.

Enfin, la notion de groupe de sociétés n'existe pas dans la législation mauricienne du travail. Pour calculer le *continuous employment* (le C. E.) d'un salarié (ce qui permet, d'une part, de savoir si un salarié licencié a droit à une indemnité de licenciement – il lui faut 12 mois de C. E. – et, d'autre part, de déterminer le montant de l'indemnité de licenciement), on ne peut se référer qu'à sa date d'entrée dans la société, à moins que le second employeur reprenne contractuellement le C. E. acquis auprès du premier.

Bref : M. EL MALIKI n'a pas à se plaindre de l'application du droit français au litige qui l'opposait à son ex – employeur. Ce dernier, en revanche, peut nourrir quelques regrets.

Mais ces dernières remarques ne vaudront vraiment qu'au jour où M. EL MALIKI aura obtenu l'*exequatur*, à Maurice, de cette décision française.

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit du travail – Contrat de travail – Rupture – Licenciement – Lettre de licenciement – Enoncé des motifs du licenciement – Absence – Conséquences – Licenciement sans cause réelle et sérieuse

St Denis, 23 novembre 1999 – NAZARALY c/ SARL DISCORAMA
(licenciement pour faute)

St Denis, 23 novembre 1999 – BAPTISTE c/ SA LOCAMAC
(licenciement pour motif économique)

EXTRAITS

1er arrêt

Faits et procédure

Fémina NAZARALY a été embauchée par la SARL DISCORAMA à compter du 1er septembre 1992 en qualité d'aide comptable.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 29 juillet 1997, elle a été convoquée à un entretien préalable en vue de son licenciement, envisagé pour faute lourde, et fixé au 5 août 1997.

Son licenciement lui a été signifié par lettre remise en main propre le 6 août 1997 pour « *des faits d'une exceptionnelle gravité. Ces faits étaient explicités dans notre courrier recommandé du 29 juillet 1997. Ils caractérisent la faute lourde* ».

Par jugement du 24 juillet 1998, le Conseil de Prud'hommes de Saint Denis de La Réunion a estimé que compte tenu de l'absence de motivation contenue dans la lettre de licenciement, la faute lourde ne pouvait être retenue ; il a toutefois considéré que le comportement de la salariée dans son travail était constitutif d'une cause réelle et sérieuse et a condamné la SARL DISCORAMA à payer à Madame NAZARELY les sommes suivantes :

- 21 620 F à titre d'indemnité de préavis
- 5 405 F à titre d'indemnité de licenciement
- 2 162 F à titre de congés payés sur préavis.

Fémina NAZARELY a régulièrement relevé appel de ce jugement. Elle fait valoir que l'absence de motivation de la lettre de licenciement, qui fixe les termes du litige, prive la rupture de toute cause réelle et sérieuse ; que la référence à la lettre de convocation à l'entretien préalable exposant les motifs pour lesquels la rupture est envisagée ne peut être admise comme motivation suffisante. Elle conclut en conséquence à la réformation du jugement déféré en ce qu'il a admis l'existence d'une cause réelle et sérieuse.

La SARL DISCORAMA, qui soutient que la lettre de licenciement est suffisamment explicite en ce qu'elle fait référence à la lettre de convocation à l'entretien préalable qui détaillait très précisément les griefs adressés à la salariée, forme appel incident et demande à la Cour d'admettre une faute lourde, privative de toute indemnité ou préavis. Elle conclut en conséquence à la réformation de la décision entreprise.

Motifs et décision

La lettre de licenciement ne contient aucun motif, la référence à un courrier précédent du 29 juillet 1997 la convoquant à un entretien préalable, ne pouvant constituer l'énoncé du motif exigé par la loi.

Le Conseil de Prud'hommes, qui a relevé à bon droit l'absence de motivation de la lettre de licenciement, laquelle fixe les termes du litige, ne pouvait donc examiner la réalité de griefs qui n'étaient pas mentionnés dans cette lettre, peu important qu'ils aient été portés à la connaissance de l'intéressée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable. Sa décision doit dès lors être réformée en ce qu'elle a admis l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, ses autres dispositions relatives au paiement des indemnités de préavis, de licenciement et de congés payés sur préavis étant confirmées.

Fémina NAZARALY, licenciée abusivement d'une entreprise occupant moins de onze salariés à l'issue de sept ans d'ancienneté, a droit à des dommages intérêts calculés en fonction du préjudice subi. Lors de la rupture, elle était âgée de 27 ans et élevait seule deux jeunes enfants. Elle n'a pas, à ce jour, retrouvé un emploi stable. La Cour dispose en conséquence des éléments suffisants pour fixer le montant de son préjudice à la somme forfaitaire de 80 000 f.

2nd arrêt : résumé

Faits et procédure

Christian BAPTISTE, embauché par la SA LOCAMAC depuis le 20 janvier 1988 a été licencié pour raisons économiques en septembre 1997. Le 19 septembre 1997, il a accepté la convention de conversion qui lui avait été proposée lors de l'entretien préalable. Par lettre recommandée avec accusé de réception du 23 septembre 1997, la SA LOCAMAC l'informait de la rupture d'un commun accord de son contrat de travail à compter du 8 octobre 1997.

Christian BAPTISTE conteste la réalité du motif économique de son licenciement…

Motifs et décision

La lettre de licenciement se borne à prendre acte de la rupture d'un commun accord entre les parties, suite à l'adhésion du salarié à la convention de conversion ; elle ne contient aucun motif et, par voie de conséquence, doit être réputée sans motif.

Monsieur BAPTISTE, licencié abusivement d'une entreprise occupant plus de 11 salariés à l'issue de près de 10 ans d'ancienneté, a droit à des dommages – intérêts qui ne peuvent être inférieurs aux salaires des 6 derniers mois et que, compte tenu de son âge lors de son congédiement (38 ans) et des circonstances de la rupture, il convient de fixer à la somme de 50 000 f.

OBSERVATIONS

Deux décisions dignes d'intérêt, qui rappellent aux chef d'entreprise et à leur directeur des ressources humaines ***l'importance de la motivation de la lettre de licenciement, quelle que soit la cause de cette mesure***.

Dans le premier arrêt, une salariée avait été licenciée pour faute lourde ; l'employeur s'était contenté de remettre en main propre une lettre de licenciement mentionnant *« des faits d'une exceptionnelle gravité…explicités dans notre courrier recommandé du 29 juillet 1997…(qui) caractérisent la faute lourde »*.

A la salarié qui plaidait l'absence de cause réelle et sérieuse, le Conseil de prud'hommes avait répondu comme Salomon, refusant à la fois la qualification de faute lourde et celle de licenciement infondé. La Cour d'appel opte pour un raisonnement plus tranché : la lettre de licenciement ne contenant aucun motif, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse.

Peu importe, dès lors, la possibilité pour l'employeur de rapporter la preuve, par quelque autre moyen, de l'attitude lourdement fautive du salarié dont il veut se séparer. La lettre fixe les termes du litige. *Exit* le débat sur le fond[1]. L'irrégularité formelle est substantielle, le licenciement est infondé…

Logique implacable à laquelle nos magistrats se sont conformés ; et pour cause ! Un temps, certaines Cours d'appel avaient essayé de résister à cette jurisprudence développée dès 1976 par la chambre sociale la Cour de cassation[2]. Ces juges du fond, mis au courant de la réalité des faits par les autres pièces du dossier, avaient refusé de condamner des employeurs dont la démarche – le licenciement d'un salarié « très indélicat » – était, à leurs yeux, légitime mais qui avaient fauté au stade de la rédaction de la lettre de licenciement. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation les avait impitoyablement censurés : *l'employeur est tenu d'énoncer les motifs du licenciement dans la lettre de notification du licenciement mentionnée à l'article L 122 – 14 – 1 du Code du travail ; à défaut, le licenciement est sans cause*

1 Un débat qu'il faut désormais aborder en se rappelant que la Cour de cassation entend donner une appréciation très stricte de la notion de faute lourde : le vol commis par le salarié au détriment de son employeur n'est pas une faute lourde, dès lors que l'intention de nuire n'est pas caractérisée ; *Cf.* Cass. soc. 6 juill. 1999, *Bull. civ.* V n° 326; *Dr. soc.* 1999, p. 961.

2 Cass. soc. 26 oct. 1976, *Bull. civ.* V, n° 521; position confirmée plusieurs fois : *cf.* par ex. Cass. soc. 12 janv. 1994, *Bull. civ.* V, n° 1; Cass. soc. 28 juin 1994, n° 94 – 41. 163; Cass. soc. 30 nov. 1994, n° 93 – 40. 368.

réelle et sérieuse[1]. Une position de laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'est pas départie depuis[2].

Première leçon : il faut rédiger soigneusement une lettre de licenciement pour faute ou, tout au moins, annexer formellement à cette lettre un autre courrier faisant très précisément état des griefs qui sont reprochés au salarié[3] et ayant pour objet la rupture du contrat de travail[4].

Dans la seconde décision, il s'agissait d'un licenciement économique. Sans doute « rassuré » par l'acceptation du salarié de la proposition d'adhésion à une convention de conversion qu'il lui avait faite, l'employeur n'avait pas cru bon de motiver la lettre mettant fin au contrat de travail. Erreur : rupture « d'un commun accord », certes, mais rupture dont le régime obéit néanmoins à celui du licenciement. La lettre doit donc indiquer précisément le fondement économique du licenciement et son impact sur le poste du salarié en cause[5].

Deuxième leçon ; coût : 50 000 f, plus le remboursement à l'Assedic des indemnités chômage versées au salarié (dans la limite de 6 mois)…

Arrêts instructifs pour tous les employeurs réunionnais et leur directeur des ressources humaines ; quelle que soit la cause pour laquelle la décision de se séparer d'un salarié est prise, la lettre notifiant la rupture doit comporter les motifs précis qui justifient la mesure. L'absence de telles précisions n'entraînent pas une sanction pour irrégularité de procédure mais bien une sanction pour absence de cause réelle et sérieuse. Pas de mention, pas de cause !

La position a, certes, le mérite de protéger les salariés contre le licenciement. Mais elle est souvent vécue comme une injustice grave par certains employeurs. Il n'est pas impossible que l'un d'entre eux porte l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme en se fondant sur l'article 6 – 1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui donne « à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi… ».

Le raisonnement, développé en doctrine[6], serait le suivant : le terme « équitablement » utilisé dans l'article 6 – 1 précité signifie, dans son acception anglo – saxonne, « conforme aux règles procédurales », règles parmi lesquelles figurent le respect par le juge du principe du contradictoire d'une part et, d'autre part, un droit égal à la preuve pour chacune des parties à un procès ; en droit français, ces principes sont énoncés à l'article 30 du Nouveau Code de procédure

1 Cass. Plén. 27 novembre 1998, 3 arrêts, *Dr. soc*. 1999, p. 19 ; *SSL* n° 913, p. 9.

2 Cass. soc. 3 févr. 1999, n° 97 – 40. 239 D ; 16 mars 1999, n° 96 – 45. 247 P ; 26 mai 1999, n° 97 – 40. 803 P+B+R ; 26 janv. 2000, n° 97- 43. 047.

3 Cass. soc. 2 déc. 1998, n° 96 – 44. 363 P. Cass. soc. 10 oct. 2000, n° 98 – 40.496 D.

4 Cass. soc. 12 oct. 2000, n° 98 – 41.575 D ; *SSL* n° 1003, p. 8.

5 *Cf.* J. E. RAY, *Droit du travail, Droit vivant*, 7ème éd. 1998 – 1999, Liaisons, n° 228, p. 206. *Adde* 9ème éd., n° 259.

6 *Cf.* F. HUMBERT, Le droit de l'employeur à ce que sa cause soit entendue équitablement, *SSL* n° 987, p. 8.

civile d'une part et à l'article 1352 du Code civil d'autre part ; donc, en interdisant à l'employeur de rapporter la preuve du bien fondé du licenciement dès lors que la lettre de licenciement n'est pas (ou pas assez) motivée, la Cour de cassation ignore ces dispositions.

A suivre…

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit du travail – Contrat de travail – Rupture – Licenciement pour cause personnelle – Cause réelle et sérieuse – Preuve non rapportée – Conséquences – Salarié employé dans une entreprise occupant moins de onze salariés – Cumul de la sanction pour procédure irrégulière et de celle pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

St Denis, 24 octobre 2000 – Mahavande c/ Padavatan

EXTRAITS

Attendu que par lettre du 26 août 1999, dont les termes fixent les limites du litige, l'employeur a notifié à Mme MAHAVANDE son licenciement pour les motifs suivants :

« En effet, votre comportement est devenu insupportable et intolérable après ma proposition de modification de votre contrat de travail (cf. courrier du 03.08.99) et votre refus en date du 07 août 1999.

« Les raisons de cette décision sont les suivantes :

« Menaces par intimidation injures et grossièretés ;

« Fumer pendant le service et en présence d'enfants dont un bébé de 5 mois malgré notre interdiction ;

« Détérioration de notre centrale vapeur (fer à repasser industriel) et dont vous êtes la seule à utiliser (ci-joint copie de la facture de réparation) ;

« Je persiste à considérer ces faits comme graves et mon manque de confiance à votre égard m'amène à la conclusion que votre maintien à ce poste devient impossible. »

Attendu que la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations du travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis ;

Attendu que l'employeur ne produit aucune pièce permettant d'établir la réalité des griefs visés dans la lettre de licenciement ; que rien ne démontre que la réparation du fer à repasser soit imputable à la salariée ; que dès lors le licenciement apparaît sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que les salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et ceux employés dans une entreprise occupant moins de onze salariés, peuvent prétendre en cas de licenciement abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi ;

Attendu que compte tenu de l'âge du salarié (46 ans), de sa qualification (employée de maison), de son ancienneté (2 ans et 10 mois), de son salaire (4149 F),

du taux de chômage particulièrement élevé dans le département, il convient de lui allouer la somme de 33000 F à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que l'indemnité pour non respect de la procédure ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'il y a lieu de débouter la salariée de sa demande d'indemnité pour non respect de la procédure **(Nous soulignons)**.

OBSERVATIONS

Quatre remarques.

1°/ L'origine du contentieux : une modification refusée

Elle ne laisse pas indifférent le juriste – travailliste qui s'intéresse à la sociologie (ni, sans doute, le sociologue du Droit du travail).La lettre de licenciement objet du présent litige comportait les passages suivants : « *En effet, votre comportement est devenu insupportable et intolérable après ma proposition de modification de votre contrat de travail…* ».

Celui qui s'intéresse à l'abondant contentieux de la modification du contrat de travail n'est pas dupe : il sait que le refus de la modification est un droit pour le salarié, quel que soit le motif qui a déterminé l'employeur à la proposer. Il conçoit que, face à un tel refus, qui ne peut, en lui-même, être sanctionné d'aucune façon, l'employeur cherche un autre moyen de se séparer du salarié rétif. Il comprend alors le soupçon du juge, face à une lettre de licenciement – dont les termes fixent ceux du litige – qui n'est corroborée par rien.

2°/ Etablir la cause réelle et sérieuse de licenciement n'est pas une sinécure pour l'employeur

« Menaces… Injures et grossièretés… Fumer pendant le service, en présence d'enfants… Détérioration de matériel ». Voilà, à n'en pas douter, des faits constituant une cause réelle et sérieuse d'un licenciement !

Encore faut-il rapporter la preuve de ces fait ! Ici, l'employeur s'en croyait dispensé et ne produisait aucune pièce permettant d'établir la réalité des griefs invoqués, ayant sans doute oublié que le droit de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement combine système inquisitoire et système accusatoire et que, en cas de doute, celui-ci profite au salarié (article L. 122-14-3 C. du trav., issu de la loi n° 89-549 du 2 août 1989).

3°/ Licenciement sans cause réelle et sérieuse et détermination du préjudice

On peut souligner les **critères** utilisés par la Cour pour déterminer le préjudice – et donc l'indemnité – subi par un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse qui, ne bénéficiant pas de l'article L 122-14-4 du code du travail (soit parce qu'il n'a pas deux ans d'ancienneté, soit parce qu'il était occupé dans une entreprise employant moins de onze salariés), est soumis à l'article L. 122-14-5 C. du trav. qualifiant – *abusivement* – son licenciement d'*abusif*.

On sait qu'un tel salarié, à la différence de celui qui peut se prévaloir de l'article L. 122-14-4, ne peut prétendre à « l'indemnité plancher » de 6 mois de salaire et doit se contenter d'une « indemnité calculée en fonction du préjudice subi » (art. L. 122-14-5). On sait aussi que cela n'empêche pas le juge de condamner l'employeur à des sommes substantielles, dès lors que le préjudice lié à la perte de l'emploi est important (cf. J.-E. RAY, *Droit du travail Droit vivant*, Liaisons, 9ème éd. 2000-2001, n°. 217).

Compte tenu de **l'âge** du salarié (46 ans), de sa **qualification** (employé de maison), de son **salaire** mensuel (environ 4150 f) et du **taux de chômage particulièrement élevé dans le département**, la Cour décide de lui allouer 8 mois de salaire à titre d'indemnités.

Un salarié âgé, peu qualifié, d'autant plus difficilement recyclable dans un secteur géographique connaissant un fort taux de chômage. Voilà de quoi motiver la décision de la Cour. Et, serait-on tenté d'ajouter, un secteur géographique très éloigné d'un quelconque autre ! (La notion de secteur géographique est une notion que la Cour de cassation utilise fréquemment dans le contentieux contemporain de la modification du contrat de travail).

4°/ L'originalité de l'arrêt

Il faut enfin remarquer l'attendu suivant qui constitue l'originalité de l'arrêt :

« *Attendu que l'indemnité pour non respect de la procédure ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'il y a lieu de débouter la salariée de sa demande d'indemnité pour non respect de la procédure* ».

Originalité en ce que la règle ainsi rappelée ne vaut, selon la Cour de cassation, que pour les salariés qui peuvent se prévaloir de l'article L 122-14-4 et pas pour ceux qui ne bénéficient que de l'article L 122-14-5 (cf. Soc. 30 mai 1990, *Bull. civ*. n° 255 ; Soc. 28 janv. 1998, *SSL* n° 898, suppl. jur., p. 124 ; cf. J. E- Ray, op. cit.).

Or, notre salarié ne pouvait qu'invoquer ce dernier article du Code du travail. Oubli ou résistance de la Cour d'appel de Saint Denis ?

Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE
DOCTRINE

ETAT CIVIL ET ELECTORAT DANS LES ETABLISSEMENTS FRANÇAIS DE L'INDE (VERS 1848, VERS 1884).....3
Par Damien DESCHAMPS Maître de conférences à l'Université de La Réunion

LA PROPOSITION PATRONALE DE TRANSFORMATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL DU SALARIE.....33
Par Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

INTERCOMMUNALITE ET AMENAGEMENT DU TERRITOIRE.....59
Par Pierre FRESSOZ Maître de conférences à la Faculté de Droit de La Réunion

LES CONTRATS AYANT POUR OBJET LA CESSION DE DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE.....69
Par Christian JUBAULT Professeur à l'Université de La Réunion

LA REFORME DE LA DUREE DU MANDAT PRESIDENTIEL.....79
Par Fabrice LEMAIRE Université de La Réunion

LE DROIT INTERNATIONAL DE LA GESTION INTEGREE DES ZONES COTIERES.....89
Par Eric NAIM-GESBERT Maître de Conférences à l'Université de La Réunion

LES DROITS DES DETENUS DANS LES ILES DE L'OUEST DE L'OCEAN INDIEN.....105
Par Agnès OLIVE Maître de conférences à l'Université de La Réunion

LE REAMENAGEMENT EN PROFONDEUR DE LA CARTE COMMUNALE A LA REUNION.....139
Par André ORAISON Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

LES ZONES D'EXCEPTION FISCALE COMME INSTRUMENT DE L'AMENAGEMENT DU TERRITOIRE.....155
Par Johary RAVALOSON Doctorant à l'Université de La Réunion

DU BON USAGE DES SOCIETES "OFFSHORE" MAURICIENNES PAR LES ENTREPRISES FRANÇAISES.....171
Par François de Senneville et Jérémie Jeausserand Avocats à la Cour Cabinet Deloitte et Touche Juridique et Fiscal, Paris

DEUXIEME PARTIE
COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

Droit pénal – Droit de la presse – Diffamation – Article 32 de la loi du 29 juillet 1881 – Application (non) – Interprétation stricte de la loi pénale – Absence d'ethnie, de nation, de race et de religion corse – Concept de peuple

Saint-Denis, 11 mars 1999 – Philippe HERSANT c/ Ministère public 177

Laurent-Osman DINDAR A. T. E. R. Université de La Réunion

Droit des régimes matrimoniaux – Emprunt – Achat à tempérament – Engagement solidaire des époux – Nécessité d'un consentement des deux époux – article 1202 C. Civil – Atténuation – Caractère ménager de la dette – Article 220 C. Civil – Condition – Dépense non excessive

St Denis, 5 mars 1999 (2 arrêts) – Sté Crédit moderne OI SA c/ Mme Guylène PANURGE – M. Georges ROCHETAING c/ Sté C2C SA Crédit consommation groupe CAMIF 189

Isabelle TROUCHE-DOERFLINGER Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Vente de fonds de commerce – Garantie du vendeur – Distinction entre vice caché et défaut de conformité

Saint – Denis, 6 avril 1999 LEBON c/ GRONDIN et CALTEX OIL REUNION 199

Serge Farnocchia Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Lettre de change – Mentions obligatoires – Absence – Défaut de timbre fiscal – Effet- Absence de valeur cambiaire – Acceptation du tiré – Présomption irréfragable de l'existence de la provision – Engagement du tiré de payer une somme déterminée

Saint-Denis, 5 octobre 1999, Mariano Raymond CEUS c/ Francis GUILLAUME..... 205

Isabelle RIVIERE Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

TROISIEME PARTIE
SOMMAIRES DE JURISPRUDENCE

DROIT PUBLIC

Fonctionnement de l'assemblée départementale – Commission permanente – Inscription à l'ordre du jour – Information des élus – Collectivités territoriales – Droit des élus – Ordre du jour

Tribunal administratif de Saint Denis de La Réunion, jugement du 5 novembre 1997, M. Nicolas Moutoussamy et autres c/ Conseil général du Département de La Réunion 213

Collectivités Territoriales – Communes – Lieu de réunion des séances du conseil municipal en dehors de la mairie du chef lieu – Réunion des séances du Conseil Municipal – Droit des élus et des administrés – Fonctionnement des conseils municipaux

Tribunal Administratif de Saint-Denis de La Réunion, Jugement du 3 décembre 1997, M. Minet J. c/ Commune du Tampon..... 214

Inéligibilité au conseil municipal – Appréciation de l'inéligibilité au moment où un candidat non élu a été appelé à remplacer, dans l'ordre du tableau, un conseiller municipal démissionnaire – Compétence du maire pour constater l'inéligibilité – Conseil municipal – Tableau – Transmission – Eligibilité

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, jugement du 7 mai 1998, Préfet de La Réunion c/ M. Willy BOYER 216

Comptes de campagne – Dispositions relatives au remboursement des dépenses électorales des candidats – Dépenses du candidat rejetées par la commission nationale des comptes de campagne – compétence du Préfet non lié par cette décision – Remboursement des dépenses électorales – Vérification des dépenses.

Saint-Denis de La Réunion, jugement du 3 juin 1998, M. PIHOUEE c/ Préfet de La Réunion 218

Santé publique – Protection sanitaire de la famille et de l'enfance – Protection maternelle et infantile – Organisation administrative – Art. L. 148 et L. 150 du Code de la Santé Publique – Déconcentration des services départementaux – Spécificité du service départemental de protection maternelle et infantile

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, jugement du 4 novembre 1998, M. STICHELBOUT et autres c/ Conseil général de La Réunion..... 219

Commune – Délibération contraire à la loi – Absence d'intérêt communal – Mission des conseillers municipaux – articles L. 1212-3, du C.G.C.T. – Prise en charge par la commune du déplacement des conseillers municipaux

Tribunal administratif de Saint-Denis, jugement du 9 juin 1999, Préfet Réunion c/ Commune de Sainte Marie. 220

Laurent – Osman DINDAR ATER à l'Université de La Réunion

DROIT PRIVE

Droit civil – Droit de la famille – Mariage – Nullité – Bigamie – Articles 147 et 260, C. civ. – Divorce – Jugement définitif passé en force de chose jugée – Effets du divorce – Point de départ – Voie de recours – Acquiescement

St Denis, 26 février 1999 – Mme SOUTON c/ M. SEVAI 223

Élise RALSER Maître de conférences à l'université de La Réunion

Droit des régimes matrimoniaux – Communauté – Divorce – Occupation par un époux d'un immeuble commun – Indemnité d'occupation – Art. 815-9 C. Civ. – Point de départ – Date d'assignation en divorce – Art. 262-1 C. Civ. – Prescription quinquennale – Art. 815-10 al. 2 C. Civ.

St Denis, 3 septembre 1999 – M. Paul Lucien BEGUE c/ Mme Vivienne Rose May PRUD'HOMME 226

Isabelle TROUCHE-DOERFLINGER Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Responsabilité civile – Accident de la circulation – Loi du 5 juillet 1985 – Application (non) – Art. 1384 al. 1er C. civ. – Faute du conducteur / victime diminuant son droit à réparation

Compétence juridictionnelle – Ordre administratif ou ordre judiciaire – Accident de la circulation – Conducteur victime d'un ouvrage public – Incompétence du juge judiciaire

St Denis, 5 mars 1999 – CHERUBIN c/ Commune de St André 230

Hervé ISAR Professeur à l'Université de La Réunion, Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion et Bertrand DAROLLE Président de chambre à la Cour d'appel de St Denis

Droit des obligations contractuelles – Formation du contrat – Vice du consentement – Dol – Art. 1116 C. civ. – Vente d'un véhicule d'occasion – Différence entre le kilométrage réel et le kilométrage affiché au compteur – Conséquences – Nullité de la vente (oui) – Dommages – intérêts (oui)

St Denis, 28 octobre 1998 – MOOLAND c/ DUBARD..... 235

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Responsabilité civile – Art. 1384 C. civ. – Appréciation de la notion de gardien – Distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement

Droit maritime – Responsabilité de l'entrepreneur de manutention – Loi du 18 juin 1966 – Exclusion de responsabilité – Vice propre de la marchandise stockée

St Denis, 5 octobre 1999 – PROVICO c/ URCOOPA, CCIR et autres..... 239

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit des sûretés – Cautionnement – Régime – Application du droit de la consommation (non) – Crédit bail mobilier conclu dans le cadre d'une activité professionnelle (1er arrêt)

Droit des sûretés – Cautionnement – Preuve – Art. 2015 et 1326 C. civ. – Appréciation de la mention manuscrite – Art. 1323 C. civ. – Dénégation d'écritures non contestée par le créancier (les 2 arrêts)

St Denis, 5 mars 1999 – TOBIE c/ Société SAVA (1er arrêt)..... 242

St Denis, 5 mars 1999 – SA Crédit Moderne c/ SOUPRAYENMESTRY (2ème arrêt)..... 242

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit des sûretés – Cautionnement – Extinction – Art. 2037 C. civ. – Nantissement de fonds de commerce non inscrit dans les délais prévus par la loi par le créancier – Caution privée du bénéfice de subrogation – Sanction du créancier

St Denis, 15 juin 1999 – C.R.C.A.M. c/ M. Moreau 245

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Preuve – Article 109 C. com. (anc.) – Liberté des moyens de preuve

St Denis, 17 août 1999 - Société industrielle de préfabrication (S.I.P.) c/ SARL Réunion Inter Services..... 246

Élise RALSER Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Procédures collectives- Ouverture de la procédure- Conditions – Cessation d'activité de commerçant – Absence de radiation du Registre du Commerce – Ouverture de la procédure dans le délai d'un an (oui)

Saint Denis, 2 mars 1999- Monique BOUTEVIN c/ Jean Daniel DIJOUX. 249

Isabelle RIVIERE Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Procédures collectives – Créanciers de l'article 40 – Trésor Public – Cessation d'activité de commerçant – Avis à tiers détenteur – Notification au liquidateur ou au commissaire à l'exécution du plan – Irrecevabilité pour les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations

SAINT-DENIS, 5 mars 1999 – Receveur principal des impôts c/ Maître H. BADAT. (3 arrêts)..... 251

Isabelle RIVIERE Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

Droit commercial – Procédures collectives – Responsabilité et sanctions des dirigeants de fait – Extension de la procédure collective – Confusion des patrimoines – Conditions – Mise en redressement judiciaire de la personne morale (non)

Saint Denis, 23 avril 1999 – René Gabriel MICAUD c/ STE RISS SUD- Ste RISS SAINT LOUIS- STE RISS TAMPON- SARL EVASION REUNION- Maître H. BADAT- Me R. VILANOU. 255

Isabelle RIVIERE Chargée de travaux dirigés à l'Université de La Réunion

Droit du travail – Contrat de travail international – Loi applicable – Employeur de nationalité mauricienne – Salarié français domicilié en France – Contrat de travail exécuté à l'île Maurice

Droit du travail – Contrat de travail à durée indéterminée – Rupture – Licenciement – Cause réelle et sérieuse (non) – Appréciation – Caractère abusif du licenciement (oui) – Appréciation

St Denis, 7 juillet 1998 – Compagnie Mauricienne d'Hypermarchés c/ El Maliki 257

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit du travail – Contrat de travail – Rupture – Licenciement – Lettre de licenciement – Enoncé des motifs du licenciement – Absence – Conséquences – Licenciement sans cause réelle et sérieuse

St Denis, 23 novembre 1999 – NAZARALY c/ SARL DISCORAMA (licenciement pour faute) 264

St Denis, 23 novembre 1999 – BAPTISTE c/ SA LOCAMAC (licenciement pour motif économique) 264

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion

Droit du travail – Contrat de travail – Rupture – Licenciement pour cause personnelle – Cause réelle et sérieuse – Preuve non rapportée – Conséquences – Salarié employé dans une entreprise occupant moins de onze salariés – Cumul de la sanction pour procédure irrégulière et de celle pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

St Denis, 24 octobre 2000 – Mahavande c/ Padavatan 269

Serge FARNOCCHIA Maître de conférences à l'Université de La Réunion