

REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN

Numéro 25
2018 (1)

Lex OI
LE DROIT DANS L'OCEAN INDIEN

La Revue

I. RÉDACTION

- Safia CAZET, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence administrative) ;

- Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;

- Romain LOIR, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence judiciaire)

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

Toutes les propositions de contributions respecter la charte graphique de la *Revue*, disponible ici : https://www.rjoi.fr/index.php?id=6754

- **Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques** :

Les propositions de contributions doivent respecter la charte graphique intitulée « Doctrine », et être adressées à l'adresse électronique suivante :
olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages, dans le respect de la charte graphique.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen de deux membres Comité de lecture, dont les avis devront être favorables sans réserve. La composition du Comité de lecture est en cours d'actualisation, et sera bientôt affichée sur Internet. Aucune limite n'est fixée *a priori* quant au nombre de pages ou de caractères, mais le Comité de lecture et le Directeur se réservent, à ce propos, le droit d'exiger toute modification qu'ils jugeraient raisonnable.

Les Actes sont publiés sous la responsabilité scientifique des organisateurs de la manifestation dont ils ont vocation à présenter les résultats, avec l'accord du Directeur de la Revue.

Les Recensions bibliographiques sont publiées avec l'accord du Directeur de la Revue.

- **Chroniques de jurisprudence** :

Les équipes de chroniqueurs sont constituées par les responsables de chaque chronique. Les rejoindre suppose l'invitation ou l'acceptation d'une proposition par ces derniers, qu'il est possible de contacter aux adresses électroniques suivantes : safia.cazet@univ-reunion.fr romain.loir@univ-reunion.fr

Les chroniques doivent respecter la charte graphique intitulée « Jurisprudence ».

III. PUBLICATIONS

Les opinions exprimées dans la *Revue juridique de l'Océan Indien* n'engagent que leurs auteurs, et aucunement les responsables de cette dernière.

Toute copie, reproduction ou utilisation de la *Revue juridique de l'Océan* doit être effectuée dans le strict respect du Code de la propriété intellectuelle.

Tables des matières du numéro 24

Tribune

Une nouvelle équipe à la tête de la *Revue juridique de l'Océan Indien*
Olivier Dupéré……**5**

Articles

Le droit de la commande publique au service de l'économie insulaire
Hélène Hoepffner……**7**

Radioscopie de la base militaire de Diego Garcia après le renouvellement pour 20 ans, le 30 décembre 2016, du bail stratégique consenti aux États-Unis par la Grande-Bretagne
André Oraison……**25**

Actes

Journée d'étude organisée par le Centre de Recherche Juridique (EA n°14, Université de La Réunion), le 26 juin 2017

Sécurité sanitaire et risques médicamenteux

Propos introductifs
Julien Vienne……**97**

Mediator : une tragédie pour les victimes en deux actes
Irène Frachon……**101**

Faut-il créer un régime spécial d'indemnisation pour les victimes de médicaments défectueux ?
Jonas Knetsch……**115**

Droit pénal et responsabilité sanitaire : une réponse introuvable ?
Romain Ollard……**125**

Juger l'implication étatique dans les scandales sanitaires
Olivier Desaulnay……**143**

Les médias : héros ou coupables ?
Catherine Fruteau……**171**

Le risque médicamenteux : une violence médicale
Céline Kuhn……**187**

Vaccination obligatoire et vaccination volontaire : une distinction inacceptable des victimes d'une SEP suite au vaccin contre le VHB
Victor Margerin……**199**

Rapport conclusif
Cathy Pomart……**219**

Chroniques

I. Chronique de jurisprudence judiciaire

Obligations et contrats spéciaux……**240**
Droit des personnes et de la famille……**266**
Droit social……**271**

II. Chronique de jurisprudence administrative

Droit des collectivités territoriales……**282**
Contrats et commande publique……**285**
Domaine public……**292**
Fonction publique et droit du travail……**309**
Responsabilité……**352**
Police administrative……**361**
Droit électoral……**363**
Droit fiscal……**369**

Tribune

Une nouvelle équipe à la barre de la *Revue juridique de l'Océan Indien*

Olivier DUPÉRÉ

Maître de conférences en droit public
Université de La Réunion – C.R.J. (E.A. 14)

Après plusieurs années respectivement passées à la direction et à la rédaction en chef de la *Revue juridique de l'Océan Indien*, nos collègues Élise Ralser et Julie Dupont-Lassalle voguent désormais vers de nouveaux horizons, et les principales clés du navire sont désormais tenues par moi-même (chargé de diriger la *Revue*) ainsi que Romain Loir et Safia Cazet (tous deux chargés de pourvoir aux chroniques de jurisprudence).

Alors que voici le premier numéro publié par nos soins, nous adressons un immense merci à Élise et Julie, qui n'ont pas ménagé leur temps pour mener la *Revue* à bon port, et leur souhaitons les plus belles réussites dans les nouvelles directions qu'elles ont choisi de suivre.

La transition a été assez longue, le dernier numéro publié sous la direction de nos prédécesseurs remontant à fin 2016. Telle est la rançon du temps qui s'est avéré nécessaire pour reprendre véritablement toutes les commandes en main.

Désormais, la *Revue juridique de l'Océan Indien* sera entièrement électronique. On la retrouvera en ligne sur le site Internet de la *LexOI* (Association du Droit dans l'Océan Indien), à la suite des numéros précédents. Source de délais et de frais non négligeables, la version papier appartient désormais à l'histoire de la *Revue*. Son contenu sera toujours référencé sur *Doctrinal*.

La *Revue* conserve la ligne éditoriale très généreuse qui est la sienne depuis le début à savoir, suivant la présentation qu'affectionne Élise Ralser, le droit DE l'Océan Indien (dans toutes ses spécificités) et le droit DANS l'Océan Indien (dans toute sa diversité).

Droit public/droit privé ; droit commun/droit spécial ; droits nationaux/ droit international/droit de l'Union européenne. La *Revue* a pour objet de contribuer à la réflexion scientifique sur l'ensemble de la vie juridique au sein de l'Océan Indien., quelles que soient les formes de cette réflexion :

– articles scientifiques, accueillis dans la rubrique désormais intitulée « *Articles* » (l'ancienne dénomination de « *Doctrine* » nous étant apparue trop franco-française, pour le dire sommairement) ;

– actes de journées d'études ou de colloques, accueillis dans la rubrique « *Actes* », que ces manifestations aient été réalisées au sein de l'Université de La Réunion ou bien au sein d'autres Universités ;

– chroniques de jurisprudence, accueillies dans la rubrique « *Chroniques* » et qui, si elles sont pour l'heure principalement dédiées à la jurisprudence des cours et tribunaux dont le siège se trouve à La Réunion et Mayotte, pourraient tout à fait s'ouvrir à celle d'autres juridictions de la zone Indien (à bon entendeur !) ;

– les recensions bibliographiques, qui seront accueillies dès le prochain numéro dans une nouvelle rubrique ;

– et évidemment, cette *Tribune*, que nous avons préemptée à l'occasion de la sortie de ce numéro, mais qui est bien évidemment ouverte à chacun, du moment que son thème est d'ordre juridique !

Si la *Revue juridique de l'Océan Indien* recevra bien sûr la marque du *triumvirat* chargé de pourvoir à ses destinées, elle sera bien plus, en définitive, ce que la communauté des juristes voudra qu'elle soit.

À vos claviers !

Articles

DROIT ADMINISTRATIF DES CONTRATS
DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Le droit commun de la commande publique au service de l'économie insulaire

Hélène HOEPFFNER

Professeur de droit public
IEJUC – Université Toulouse 1 Capitole

Résumé :

Le droit français commun de la commande publique permet-il de favoriser les entreprises insulaires et, si oui, dans quelle mesure ? À cette question, traitée dans le cadre du colloque « Commande publique et insularité » organisé en novembre 2017 au sein de la Faculté de droit et d'économie de l'Université de La Réunion, une réponse nuancée doit être apportée. La réponse s'avère positive, car le droit commun comporte déjà de nombreux dispositifs permettant de favoriser les entreprises insulaires, de sorte que la nécessité d'instituer des régimes dérogatoires à cette fin apparaît relative. Toutefois, la solution n'est pas pour autant automatique, car la mise en œuvre de ces dispositifs suppose une démarche à tous égards volontaire, et ce tant de la part des acheteurs que de celle des entreprises.

Summary :

Does French ordinary law of public procurement make it possible to help island companies and, if so, to what extent? A balanced answer must be given on this issue, which was dealt with during the symposium on "Public Procurement and Insularity" at the School of Law and Economics, University of Reunion Island, in November 2017. The answer proves to be positive, because ordinary law already includes many mechanisms that make it possible to help island companies, meaning that there does not appear to be an absolute need for derogatory provisions to this end. However, this answer does not mean that the implementation of these mechanisms is automatic, as the said implementation requires an entirely voluntary approach, as much on behalf of purchasers as on behalf of companies.

Le président de la République Emmanuel Macron, à l'occasion de son discours d'ouverture des Assises des Outre-mer à Cayenne, s'est attardé quelques instants sur le thème des économies ultramarines. Après avoir rappelé que ces économies sont fortement dépendantes de la commande publique, il a insisté sur son souhait de « *repenser de manière transversale nos outils et (…) nos dispositifs de soutien* » : « *les procédures doivent pouvoir être plus accélérées, une simplification des critères permise par la réforme d'il y a deux ans du code doit être mieux expliquée pour que chacune des collectivités puisse comprendre et utiliser au mieux la commande publique pour favoriser le développement de filières locales* ». Il a invité les acteurs à utiliser « *proprement la commande publique avec des critères d'emplois locaux, des critères sociaux, même des critères environnementaux* » et préconisé une simplification des règles. Ces propos, qui reprennent un récent rapport d'information sénatorial[1] témoignent de la grande actualité du sujet qui m'a été confié.

Les outre-mer évoluent dans un contexte économique particulier. Cela a déjà été souligné à plusieurs reprises : les « *territoires ultramarins, quels que soient leur statut institutionnel dans la République et leur situation géographique, représentent un îlot de prospérité en comparaison de leurs voisins. Mais les écarts de niveaux de vie entre les populations ultramarines et la population hexagonale demeurent importants* », au point de freiner « *le développement de ces territoires* »[2]. Leur économie générale est marquée par des handicaps structurels importants. L'exiguïté de leurs marchés, leur situation géographie (insularité, faible superficie et climat) et leur éloignement pèsent sur leur développement économique et social. De fait, le PIB moyen par habitant des cinq départements ultra-marin est presque deux fois plus faible que celui de la métropole[3]. Dans ce contexte, la sphère publique est souvent, pour des raisons historiques, le premier employeur et la commande publique un levier important de l'économie.

Paradoxalement cependant, l'accès à la commande publique des entreprises insulaires est restreint. Celles-ci subissent, en raison de leur

[1] *Le BTP outre-mer, au pied du mur normatif : faire d'un obstacle un atout*, Rapport d'information d'E. Doligé, K. Claireaux, V. Lopez, juin 2017.

[2] Rapport n° 287 (2016-2017) de M. Darnaud, commission des lois, 11 janvier 2017, AN. En ce sens déjà : Rapport d'information de MM. Éric Doligé et Michel Vergoz, fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer n° 710 (2013-2014) - 9 juillet 2014.
https://www.senat.fr/notice-rapport/2013/r13-710-notice.html.

[3] Il se situe aux alentours de 15.500 euros contre 29.000 pour la métropole.

situation géographique, « *une concurrence asymétrique* »[4]. D'un côté, les cinq départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Mayotte, Réunion), contrairement aux collectivités d'outre-mer soumises au principe d'autonomie (Polynésie, Nouvelle-Calédonie, îles Wallis et Futuna), sont soumis au droit commun de la commande publique. Que l'on se trouve dans le Morbihan, en Martinique, en Alsace ou à la Réunion, les règles de l'achat public sont strictement identiques alors que l'environnement économique est très différent. Leur application conduit souvent à priver les entreprises insulaires de contrats. D'un autre côté, leur isolement géographique les prive de l'accès à la commande publique métropolitaine et les normes protectionnistes des États voisins ne leur permettent pas davantage d'accéder aux marchés voisins géographiquement.

Dans cette perspective, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure, sans aller jusqu'à créer un droit dérogatoire, le droit commun de la commande publique[5] permet de favoriser les entreprises insulaires. En réalité, une telle question est intimement liée au problème, ancien[6], de l'accès des TPE/PME à la commande publique. Qu'entend-on en effet par l'entreprise locale si ce n'est la PME locale ?

Il ne fait aucun doute que le « localisme », c'est-à-dire l'action de favoriser des entreprises en leur attribuant des contrats sur la base de la préférence locale se heurte frontalement aux principes fondamentaux de la commande publique. Des critères liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats sont discriminatoires aussi bien en droit de l'Union européenne[7] et la décision d'attribuer un contrat sur la base d'une

[4] Voyez l'intervention de M. G. Arnell au Sénat lors de la séance du 18 janvier 2017 à l'occasion de la première lecture de la loi relative à l'égalité réelle.

[5] Notre propos se limite au droit français de la commande publique, le droit européen étant abordé par le professeur Stéphane de la Rosa.

[6] J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP* 2001, n°16, p.214 ; L. STOLÉRU, « L'accès des PME aux marchés publics », *Rapport au pdt République*, déc. 2007 ; Communication de la Commission européenne 25 juin 2008, *Think small first : Priorité aux PME, un Small Business act pour l'Europe*, COM (2008) 394 final.

[7] CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ République italienne,* aff. C-360/89 : une réglementation nationale « *réservant des marchés publics aux entreprises ayant leur siège social dans la région où ils doivent être exécutés et accordant, dans le choix des attributaires, une préférence aux associations temporaires ou consortium comprenant des entreprises locales est discriminatoire* ». CE 29 juill. 1994, *Cne de Ventenac-en-Minervois*, n°131562 : illégalité de la décision prise par une commune d'attribuer un marché public à une entreprise locale afin de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement des impôts locaux. V. aussi les très nombreuses réponses ministérielles rappelant cet état du droit : QE AN n°770003 de Mme M-

telle préférence engage la responsabilité pénale de son auteur, au titre du délit de favoritisme[8].

Jusqu'à récemment en outre, il était admis que la commande publique devait respecter le « *principe tout à fait essentiel de la neutralité* », « *c'est-à-dire de l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »[9]. Elle ne pouvait être utilisée comme levier d'une politique favorable aux entreprises locales, à la réinsertion ni même à l'environnement.

Si la première de ces deux affirmations demeure exacte (la préférence locale reste interdite), la seconde a fait l'objet d'une profonde évolution depuis la réforme de la commande publique initiée par les directives du 26 février 2014. Le principe de neutralité a été abandonné. Le considérant 2 de la directive 2014/24 (*marchés publics*) incitant à « *mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* » tels que la protection de l'environnement, la responsabilité sociétale, la lutte contre le changement climatique et l'emploi, la commande publique est devenue un levier de « *politiques publiques vertueuses et responsables* »[10], un instrument au service de l'économie[11], au risque d'ailleurs de limiter la concurrence[12]. De fait, sans

---

J. Zimmermann, Rép. Min. JO, 29 juin 2010, p.7236 ; QE S n°12974, de J-L. Masson, 15 avr. 2010, rép. JO Sénat 1er juill. 2010, p.1697 ; QE AN n°101276 de J-L. Gagnaire, 1er mars 2011, Rép. min. 5 juill. 2011 ; QE Sénat n°03931, J.-L. Masson, Rép. Min., JO S. 14 fév. 2013, p.516 ; QE J-P. Dupré, AN, n°870224, 11/08/2015 page : 6060, rép. Min JO le : 07/06/2016 page 5066 ; QE Sénat, n° 03931 – Rép. Min. le 14 février 2013 ; QE Sénat n° 17484 – Rép. Min. le 27 août 2015.

[8] Cass. Crim. 22 janv. 2014, n°13-80759.

[9] CE 25 juill. 2001, *Cne de Gravelines*, n°229666.

[10] Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 *relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, art. 70 : la commande publique doit contribuer « *à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage* ». Sur l'utilisation de la commande publique en faveur du développement durable : O. LAFFITTE, « Définir des besoins et achat public responsable », *CP-ACCP* n°170/2016, p.39 ; V. MICHELIN et Ch. CABANES, « La prise en compte des objectifs de développement durable lors de la préparation d'un marché public », *CP-ACCP* n°170/2016, p.43

[11] « La commande publique : une réforme au service de l'économie », dossier de présentation Min. Eco., Ind., Numérique, avr. 2016, p.10. v. aussi colloque Bercy, 15 avr. 2016 : https://www.economie.gouv.fr/reforme-commande-publique ; « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe », Communication de la commission européenne du 3 oct. 2017.

autoriser l'inscription de la préférence locale dans les pièces des marchés publics, « *en maniant les critères d'attribution et les conditions d'exécution, on peut tendre vers cela* »[13]. Tel va être l'objet de la présente intervention : mettre en exergue les outils offerts par le droit commun de la commande publique pour « faciliter l'accès » de PME[14] locales à la commande publique (sans les « favoriser »[15]).

Compte tenu de l'objet du présent colloque cependant – *Commande publique et insularité* – il convient d'intégrer à la question de l'accès des entreprises locales à la commande publique (qui pourrait se poser de façon identique en Alsace ou en Midi-Pyrénées) la dimension insulaire ou plus exactement la dimension ultra-marine car la Guyane connaît les mêmes difficultés que les autres outre-mer.

Les territoires ultra-marins, en raison de leur situation géographique, peuvent prétendre, par dérogation au principe d'égalité, à l'instauration d'un régime juridique différent. Les opérateurs économiques des territoires ultra-marins le revendiquent depuis de nombreuses années, en invoquant un argument pratique percutant : l'attribution d'un marché à une entreprise éloignée parfois de plus de 10 000 kilomètres du territoire d'exécution suscite nécessairement un doute quant à la capacité de l'opérateur à gérer « off-shore » ses engagements contractuels. Elle conduit souvent à un allongement des durées de chantier ou de livraison, à des avenants augmentant le prix des ouvrages ou à l'importation de main d'œuvre dans des départements frappés par le chômage. Ces revendications ont fini par être partiellement entendues puisque la loi n°2017-256 du 28 fév. 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer*, dans le but de réduire les écarts de développement entre les territoires d'outre-mer et le territoire métropolitain, comporte, à titre expérimental, pour une période de 5 ans, des mesures visant à favoriser l'émergence d'opérateurs économiques

---

[12] TA Paris, ord., 21 janv. 2016, *Sté. Trasnports Andrieux*, n°1521405/7-4.

[13] Propos de J Maïa, Directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie, 10 mars 2016.

[14] B. DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive marchés publics », *BJCP* n°96/2014, p.323 ; L. RAPP, « L'accès des PME aux marchés publics, un Small Business Act ? », *CMP* juin 2014, dossier 12. L. RAPP, « Sept solutions simples pour améliorer l'accès des PME aux contrats de la commande publique », *CP-ACCP* n°148/2014 ; S. D'AUZON, O. BAUMANN, F. LACAS, « Peut-on mieux servir les PME ? », *MTPB* N° 5887 - 16/09/2016, p.12

[15] Insistant sur la distinction entre faciliter et favoriser : G. Maillot, table ronde *Les enjeux à venir des politiques d'achats pour le territoire réunionnais,* in *Commande publique et insularité*, colloque 30 nov. 2017.

locaux et à leur permettre d'accéder à la commande publique. Ce *« Small Business Act ultramarin »* n'est pour l'instant que provisoire[16].

Même si le thème qui m'a été confié est celui du « droit commun » de la commande publique, nous dirons un mot de ce dispositif dérogatoire.

Tous ces dispositifs textuels ne peuvent cependant être efficaces que s'ils s'accompagnent d'efforts réciproques des acteurs locaux. Les acheteurs publics doivent développer des stratégies, mener des politiques publiques qui sans officiellement instaurer une « *préférence locale* » permettront aux entreprises locales de participer aux procédures d'attribution des contrats.

C'est dans cette perspective qu'un peu partout en métropole, ont fleuri des *Small Business Act* locaux, sous la forme de chartes de bonnes pratiques ou de chartes de la commande publique, en Bretagne, en Côte d'Or, en Haute Garonne ou à Toulouse Métropole. C'est dans cette perspective aussi qu'à la Réunion, depuis 2010, les socioprofessionnels expérimentent un *Small Business Act* local, dit « Stratégie du Bon Achat » dont le but est de favoriser la rencontre entre la demande émanant des acheteurs publics et l'offre du tissu économique local. Les acheteurs publics sont invités à signer une convention avec quatorze organisations socioprofessionnelles regroupées en association qui les engage à « *utiliser la commande publique comme levier de développement des entreprises du territoire* ».

Mener de telles politiques implique cependant de faire des choix au premier rang desquels figure celui de ne pas céder au syndrome de la « *préférence Goyave de France* » (penser que ce qui provient de métropole est mieux) ou à la crainte d'attribuer des contrats à des PME dont la taille ou les garanties ne seraient pas jugées suffisantes comparativement à la sécurité qu'offriraient les opérateurs de taille significative. Celui aussi de ne pas mener d'autres politiques pouvant rentrer en contradiction avec la volonté de promouvoir les PME locales à l'instar d'une politique de mutualisation des achats afin de réaliser des économies d'échelle.

Précisons ainsi notre propos : nous allons chercher à démontrer que le droit commun comporte déjà de nombreux dispositifs mais que leur

[16] G. KALFLÈCHE, « Petites et moyennes entreprises ultramarines et commande publique », *in L'outre-mer à la recherche de l'égalité réelle, AJDA* 2018, p.105.

mise en œuvre suppose une démarche volontaire aussi bien de la part des acheteurs que des entreprises. Nous l'illustrerons sous trois angles. Utiliser le droit de la commande publique comme levier du développement insulaire suppose d'informer et de s'informer (I), d'adapter sa demande et de s'adapter à l'offre (II) et de réserver des contrats aux entreprises locales du moins de se réserver la possibilité de choisir une entreprise locale (III).

I.- Informer et s'informer

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite en premier lieu d'anticiper, de préparer la commande publique[17], afin de la rendre lisible et visible par les opérateurs économiques. Comment ? En informant le marché et en s'informant sur le marché.

A.- Informer le marché

Les acheteurs doivent informer les entreprises des programmes d'investissement prévus et des contrats en cours d'élaboration, au moyen d'avis ou d'annonces diffusés par l'intermédiaire des profils d'acheteur. Inversement, les entreprises doivent informer les acheteurs de leurs produits et services, au moyen de démarches tendant à ce qu'ils soient référencés et figurent parmi les entreprises qui pourraient être directement sollicitées pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 euros HT, qui ne sont pas soumis à une obligation de publicité formalisée.

En pratique, la diffusion de l'information s'avère difficile en raison de l'atomisation des profils d'acheteurs et des faibles moyens dont disposent les petites entreprises pour investir dans des services de « concentration d'information » proposant des outils de veille et répertoriant les offres par secteur d'activité. C'est dans cette perspective que la création par les acheteurs publics de plateformes régionales de dématérialisation pour leurs contrats[18] ou que la création de portails d'accès aux données publiques sur la commande publique créés par des

[17] P. DE BAECKE, « Mieux soumissionner aux marchés publics », *CP-ACCP* nov. 2014.
[18] V. pour la région Grand Est : marchespublics.grandest.fr

associations telles que le SBA à la Réunion ou Breizh Small Business Act en Bretagne[19] apparaît indispensable.

Une telle pré-information doit permettre aux entreprises de préparer un dossier de candidature, voire un dossier mutualisé en se constituant une banque de pièces afin de préparer une réponse dématérialisée.

Elle doit également leur permettre, le cas échéant, de se grouper pour atteindre le niveau de capacité technique et financière requis[20]. La nécessité de laisser aux opérateurs du temps pour se constituer en groupement est d'autant plus essentielle que la réforme publique a permis de systématiser les techniques de massification des achats destinées à générer des économies d'échelle qui ont eu pour conséquence d'augmenter la taille des contrats et, de fait d'exclure les PME (ce qui, soit dit en passant, révèle un double discours des pouvoirs publics dans la mesure où ils cherchent aussi à favoriser les PME).

B.- S'informer sur le marché

Dans le même temps, il est nécessaire que les acheteurs s'informent sur le marché, c'est à dire cherchent à identifier les fournisseurs susceptibles de répondre à leurs besoins et étudient les produits et services proposés avant le lancement de la procédure de dévolution du contrat.

A cette fin, le droit leur offre désormais plusieurs techniques de sourçage[21] (directive 2014/24 du 26 février 2014, art. 40 et 61 ; décret du 25 mars 2016, art. 4 et 5). Ils sont autorisés à lancer des consultations et à solliciter des études et avis préalables afin de prendre connaissance de l'état de l'art. Cela leur évite de demander des prestations qu'aucune entreprise n'est susceptible de proposer, des demandes excessives ou des précautions exagérées dites en sur-demande (délais d'intervention abusivement courts, pénalités excessives). Cela leur permet de constituer des familles pertinentes de devis quantitatif estimatif à partir de la façon dont les industriels organisent leurs familles de commercialisation, d'obtenir des tarifs remisés ou encore de définir exactement le périmètre

[19] My Breizh open data – marchés publics.
[20] J.-F. SESTIER, « Le groupement d'entreprises : un outil efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », *CP-ACCP* nov. 2014.
[21] M. CRAHÈS, « Précieux et délicat sourçage des marchés publics », *CP-AACP* n°170/2016, p.22.

de leur contrat et/ou des lots afin que celui-ci coïncide avec les spécialités[22].

L'utilisation du sourçage doit cependant être entourée de précautions. Prenons deux exemples.

D'abord celui des consultations préalables. Outre le fait qu'elles doivent impérativement être effectuées dans un cadre permettant de garantir leur traçabilité – autrement dit le « sourçage sauvage », consistant à appeler de façon informelle un fournisseur privilégié doit être proscrit – elles ne doivent pas conduire à violer les principes fondamentaux de la commande publique. De fait, tout opérateur doit pouvoir y participer. Il faut donc qu'un avis de consultation préalable soit disponible sur le profil de l'acheteur public ou accessible grâce aux moteurs de recherche. Il est ensuite strictement interdit que le dossier de consultation des entreprises (DCE) exclue les opérateurs qui n'y auraient pas participé ou fasse référence à des éléments que seuls ces participants détiendraient. Il convient également de ne pas transformer la consultation préalable en négociation, en remettant aux entreprises participantes le futur dossier de consultation des entreprises et de ne pas leur demander de chiffrage ou de devis. Il convient encore d'intégrer dans les cahiers des charges toutes les informations recueillies lors de la consultation, y compris les motivations qui ont conduit à les intégrer afin de cerner les attentes de l'acheteur.

La problématique est similaire pour les études de marché. Celles-ci ne doivent pas conduire à ce que leur auteur influence le dossier de consultation des entreprises voire le rédige en tout ou partie. Les résultats d'une étude de l'offre potentielle, destinée à identifier les opérateurs économiques concernés, l'état de l'art ou du marché doivent être mis à la disposition de tous les candidats dans le dossier de consultation des entreprises. Les résultats d'une étude technique, destinée à préciser le besoin de l'acheteur ou à préconiser une solution doivent être intégrés au cahier des charges ou au moins y être annexés. Dans le but de ne pas favoriser l'auteur de l'étude, il convient que le cahier des charges de l'étude technique elle-même stipule que le titulaire ne préconisera que des niveaux d'exigences strictement indispensables et explicitera les différents segments de marges d'utilité (support de la valeur technique des offres) et qu'en aval, lors de l'analyse des offres, les points de valeur technique ajoutée ne soient attribués qu'à ce qui a été présenté comme des marges d'utilité (amélioration de la réponse au-delà de la simple régularité) dans le CCTP.

[22] M. CRAHÈS, « Réussir l'allotissement », *CP-ACCP* n°155/2015.

La pratique révèle que ce sourçage s'institutionnalise grâce à ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler des « facilitateurs, c'est-à-dire des intermédiaires entre les acheteurs et les opérateurs économiques, tel que le SBA à la Réunion, qui anticipe la commande publique en générale et non une commande publique en particulier. Quelle que soit leur forme juridique, y compris associative, rappelons qu'ils ne peuvent facturer leurs prestations aux acheteurs publics que dans le cadre d'un marché public de services dûment mis en concurrence. Lorsque ces prestations s'adressent aux seules entreprises en revanche, nous n'y voyons rien à redire, dans la limite peut-être où ces associations ne conduisent pas à inciter les entreprises à se répartir les parts de marchés, ce risque nous semblant néanmoins infime.

Les informations relatives au marché étant recueillies, il convient ensuite à l'acheteur d'adapter ses marchés à l'offre disponible et, dans la perspective de favoriser l'économie locale, de s'adapter aux capacités des entreprises.

II.- Adapter et s'adapter

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite ensuite, de la part de l'acheteur public, d'adapter ses contrats au marché local et/ou de s'adapter à l'offre disponible.

A.- Adapter sa demande à la taille du marché

L'acheteur public doit d'abord adapter sa demande au marché local, c'est à dire dimensionner administrativement ses marchés de telle sorte que les PME puisse y avoir accès.

Cela signifie, en premier lieu, que l'acheteur renonce aux achats groupés ou mutualisés (ou du moins les limite). Ceux-ci sont certes favorables aux économies d'échelle mais défavorables aux PME. De la sorte, pour des prestations inférieures à 25.000 euros, il pourra choisir librement ses cocontractants et donc, le cas échéant, attribuer le contrat à

une entreprise locale. C'est le choix qui est fait, depuis plusieurs mois, par la région Auvergne-Rhône-Alpes[23].

En deuxième lieu, de façon plus courante, il convient que l'acheteur ait davantage recours à l'allotissement[24], sauf lorsqu'un tel allotissement est techniquement impossible, entraîne un surcoût ou en cas d'urgence. Cela permet de mieux faire correspondre la taille des différents marchés et/ou les différentes branches d'activité et de spécialisations concernées à la capacité des PME. Telle est déjà la règle en droit des marchés publics (ord. 23 juill. 2015, art. 32). Telle n'est en revanche pas le cas en droit des concessions où, compte tenu de l'objet des contrats et du risque supporté par l'opérateur, les autorités délégantes n'ont pas l'obligation d'allotir leurs contrats. Telle n'est pas non plus le cas, par définition, pour les marchés de partenariats en raison de leur caractère global.

Pour de tels contrats cependant, les acheteurs ou les autorités délégantes sont incités ou obligés de recourir à la sous-traitance, troisième instrument permettant d'adapter le contrat à la taille du marché et, par suite, de favoriser de plus petites entreprises. Il n'est cependant obligatoire qu'en droit des marchés publics. Dans le cadre d'une concession, l'autorité délégante dispose de la possibilité d'imposer à son cocontractant qu'au moins 10 % de la valeur globale estimée du contrat soit confié à des PME ou à des artisans (décret. 1er fév. 2016, art. 35). Dans le cadre d'un marché de partenariat en revanche, l'acheteur public est tenu de leur réserver une telle part (décr. 25 mars 2016, art. 163). Sur ce point, la loi du 28 février 2017 *relative à l'égalité réelle outre-mer* va encore plus loin puisque son article 73 dispose que : « *dans des conditions définies par voie réglementaire, pour les marchés dont le montant estimé est supérieur à 500 000 euros hors taxes, les soumissionnaires doivent présenter un plan de sous-traitance prévoyant le montant et les modalités de participation des petites et moyennes entreprises locales* ». Pour l'instant, nombre de marchés publics sont attribués à de grands groupes, qui, une fois attributaires, soit sous-traitent à des entreprises locales, soit envoient sur place leurs équipes. Désormais, la loi leur impose, pour les marchés importants, de présenter dès la phase de candidature, leur plan de sous-traitance et les modalités de participation des PME ultramarines. Ces dernières devraient ainsi être en meilleure position pour négocier que dans la situation actuelle, où les entreprises choisissent leur sous-traitant après avoir gagné le marché. Un tel dispositif ne permettra cependant pas d'empêcher les grands groupes continueront d'envoyer leurs équipes sur

[23] Les échos, 5 oct. 2016.

[24] S. ABBATUCCI, « Sous-traitance dans le BTP : un nouveau contrat-type incontournable », *RDI* 2014, p.194.

place puis de les rapatrier une fois le marché exécuté. Il pose également de multiples questions : comment qualification de la main d'œuvre ultramarine ? quelles sont les sanctions susceptibles d'être utilisées contre les entreprises récalcitrantes ? Cette mesure convient-elle vraiment aux PME lesquelles pourraient préférer contracter directement avec les acheteurs publics plutôt qu'avoir la seule position de sous-traitant[25] ? Les acheteurs – qui souhaitent de plus en plus connaître leurs interlocuteurs, notamment pour des marchés sensibles et/ou liés à la sécurité – appliqueront ils ce dispositif ? Comment sera-t-il combinée avec l'article 62-I ord. 23 juill. 2015 aux termes duquel : *« Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire »* ?

B.- S'adapter à l'offre disponible sur le marché

L'acheteur public doit ensuite adapter sa demande à l'offre disponible sur le marché, c'est à dire en premier lieu, prendre en considération les contraintes rencontrées par les entreprises locales pour accéder aux marchés publics liées à leur taille[26]. Cela implique de faciliter les candidatures des entreprises.

D'abord **en appliquant les textes** qui imposent désormais la possibilité de présenter les justificatifs d'une candidature au moyen d'une déclaration sur l'honneur, par l'intermédiaire du document unique de marché européen (DUME) ou en respectant la procédure du « dites-le nous une fois », interdisant à l'acheteur public de demander des documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique ou encore en utilisant le dispositif du « marché public simplifié » (décr. 25 mars 2016, art. 53) permettant aux entreprises de se porter candidates à un marché public avec leur seul numéro de Siret, lequel permet au programme de reprendre les données d'identités du candidat (raison sociale, adresse, chiffre d'affaires, etc.).

---

[25] P. PINTAT, « La sous-traitance directe serait-elle la position la plus avantageuse ? », *CP-ACCP* nov. 2014.

[26] V. en ce sens le rapport d'information n°82 (2015-2016) du Sénateur M. Bourquin, *Passer de la défiance à la confiance.*

Mais cela implique aussi, **au-delà des textes**, de simplifier les dossiers de consultation, d'alléger les dossiers de candidatures en limitant le nombre de documents exigés (v. en ce sens les pratiques en Haute Garonne) et/ou d'adapter les délais de réponse en fonction de la complexité du marché, afin de ne pas défavoriser sur les entreprises ne disposant pas d'une équipe dédiée aux appels d'offres.

Cela implique encore de plafonner le chiffre d'affaires exigible. Il ne s'agit d'une obligation que pour les marchés publics (il ne peut être demandé aux candidats qu'ils réalisent un chiffre d'affaires annuel supérieur à deux fois le montant estimé du marché). De fait, dans le cadre d'une concession, même si l'autorité délégante ne peut exiger des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du contrat de délégation, elle ne doit pas céder à la tentation d'exiger garanties financières disproportionnées.

Cela implique encore de limiter les frais mis à la charge des entreprises candidates (grâce à des formalités allégées et à la généralisation de la dématérialisation) mais aussi, au stade de l'exécution, d'alléger leur trésorerie en accordant des avances et surtout en réduisant les délais de paiement que les TPE/PME n'ont pas la capacité financière de supporter.

L'acheteur doit ainsi, par exemple, mettre fin à la pratique des délais masqués, consistant à solliciter de manière dilatoire la production de pièces justificatives afin de retarder le départ du délai de paiement ou à communiquer tardivement le bon de commande nécessaire à l'établissement de la facture afin de retarder son émission. Il ne doit pas méconnaître son l'obligation de mandater les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement dont, en principe, le versement est de plein droit en application du décret du 29 mars 2013. En pratique, nombre d'acheteurs s'abstiennent de les mandater et attendent une réclamation de la part des entreprises qui ne les réclament pas. Pour les factures de petit montant également, les acheteurs sont invités à utiliser le système de la carte d'achat qui leur permet, à l'aide d'une carte de paiement, insérée dans un terminal GPS de l'entreprise, de s'acquitter de leurs dettes dès la réception des travaux.

Outre-mer, il faudrait également réfléchir à l'application plus systématique des indices locaux. Ils sont aujourd'hui prévus dans les CCAP. Mais serait-il inenvisageable de le faire figurer dans les CCAG et de les rendre obligatoires ?

III.- Réserver et se réserver

Mener une politique favorable à l'économie insulaire nécessite enfin, de la part de l'acheteur de solliciter les textes lui permettant de réserver des marchés aux entreprises locales ou, à tout le moins, de recourir aux mécanismes lui permettant de se réserver la possibilité, le cas échéant, de les retenir à l'issue d'une procédure de dévolution concurrentielle.

A.- Réserver des marchés aux entreprises locales

Contrairement à ce qui peut exister aux Etats-Unis où le Small Business Act voté en 1953 obligation l'administration à réserver une part des marchés publics aux PME, la mise en place d'une politique discriminatoire positive en faveur des PME locale se heurte à une difficulté juridique : elle est contraire au principe d'égal accès à commande publique. En 2007, le Conseil d'Etat avait, pour ce motif, censuré les dispositions du CMP de 2006 conduisant à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, toute en admettant que les pouvoirs adjudicateurs puissent demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises, à titre informatif mais sans en faire un critère de choix[27].

Le droit commun des marchés publics permet seulement de réserver des contrats ou des lots à des entreprises employant une certaine proportion de travailleurs handicapés ou défavorisés (ord. 23 juill. 2015, art. 36) et à de l'économie sociale et solidaire pour des marchés portant exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels (*ibid*, art. 37), la durée du marché ainsi réservé ne pouvant avoir une durée supérieure à trois ans.

[27] CE 9 juillet 2007, EGF-BTP, n°297711, 297870, 297892, ... 298087, 301171, 301238. V. aussi antérieurement : CE 29 oct. 2004, *Sueur*, n°269814 : les dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 relatives à l'engagement du titulaire de confier une part d'exécution des PME « *ne peuvent être interprétées comme ayant entendu contraindre les auteurs de l'ordonnance attaquée à réserver en toute hypothèses une part des prestations faisant l'objet des contrats de partenariat à des PME ou à des artisans* ».

Deux dispositifs spécifiques à l'outre-mer permettent cependant d'aller au-delà.

L'article 91 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 permet, « *pour les marchés publics exécutés dans les collectivités ultramarines, lorsque le taux de chômage des jeunes de moins de 25 ans pour la dernière année connue dans le territoire considéré est égal ou supérieur à une proportion définie par voie réglementaire au taux de chômage observé pour le niveau national pour la même catégorie, les acheteurs peuvent imposer qu'une part minimale définie par voie réglementaire du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché public soit effectuée par des jeunes de moins de 25 ans domiciliés dans ce territoire* ».

L'article 73 de la loi n°2017-256 du 28 fév. 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer* permet aux acheteurs publics, à titre expérimental, et pour favoriser à moyen terme l'émergence de nouveaux opérateurs locaux susceptibles d'exercer pleinement leur libre accès à la commande publique, dans les départements, régions, collectivités uniques d'outre-mer, collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, pour une période de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, de réserver jusqu'à un tiers de leurs marchés aux petites et moyennes entreprises locales, au sens de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Il en va de même en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna pour ce qui concerne les marchés passés par les services et les établissements publics de l'État. Pour chaque secteur économique concerné cependant, le montant total des marchés réservés ne pourra excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés du secteur économique concerné conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné au cours des trois années précédentes.

Ce dispositif, introduit en commission des lois à l'Assemblée nationale[28], supprimé par la même commission au Sénat[29] puis réintroduit, a fait l'objet de débats nourris relatifs à sa conformité au droit de l'Union européenne et aux principes constitutionnels de la commande publique a été discutée. Lors de l'examen au Sénat de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*,

[28] Rapport Victor Lurel n° 4064 déposé le 28 septembre 2016, AN (commission des lois).

[29] Rapport de Mathieu Darnaud, n° 287, déposé le 11 janvier 2017, Sénat (commission des lois). V. aussi avis n° 283 (2016-2017) de Michel Magras, déposé le 10 janvier 2017, Sénat (commission des affaires économiques).

une disposition très proche avait en effet été proposée avant d'être retirée au motif qu'elle était « *radicalement contraire au droit européen car [elle tendait] à formuler des exceptions absolues à la concurrence en créant des formes de marchés réservés dans des hypothèses non prévues par les directives du 26 février 2014* »[30]. En 2017 cependant, plusieurs arguments ont été avancés par les parlementaires pour justifier cette mesure audacieuse : son caractère transitoire ; l'impératif d'adaptation des normes dans les outre-mer ; et l'intérêt économique et social d'une telle mesure.

Cette disposition n'en pose pas moins de nombreuses questions et en particulier celle de son interprétation. Elle repose en effet sur des termes qui ne brillent pas par leur clarté et leur précision (montant annuel « moyen », « secteur économique concerné »). Comment vont être délimités les secteurs économiques ? comment va être calculé ce montant annuel moyen ? Comment la PME locale va-t-elle être identifiée ? Faut-il que l'intégralité du chiffre d'affaires soit exécutée sur le territoire en question ? Ou s'agit-il d'une simple domiciliation ? Sans doute le terme local – s'agissant de l'outre-mer – renvoie-t-il à un territoire situé à distance significative de la métropole, présentant une unité et isolé géographiquement.

B.- Se réserver le choix d'une entreprise locale

Sans aller jusqu'à réserver une partie du marché à des PME, sans aller non plus jusqu'à mettre en place une véritable préférence locale privilégiant un système de distribution basé sur un champ géographique restreint, les acheteurs publics disposent de toute une série d'outils leur permettant de valoriser les savoir-faire locaux.

Sans être exhaustifs, rappelons plusieurs dispositifs[31].

---

[30] Et si *« le Conseil constitutionnel admet l'instauration d'un droit de préférence à égalité de prix ou à équivalence d'offre [cette situation] se produit très rarement et le Conseil constitutionnel est très strict quant à la réservation des marchés. Celle-ci n'est possible que pour des catégories d'organismes précisément déterminées, pour une part très réduite, pour des prestations définies dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis. Autrement dit, pour des motifs beaucoup plus restreints que ceux qui sont visés par le champ d'application de cet amendement, qui est trop vaste* ».

[31] QE J-P. Dupré, AN, n°870224, 11/08/2015 page : 6060, rép. Min JO le : 07/06/2016 page 5066.

Les acheteurs publics peuvent d'abord favoriser le développement des filières locales, notamment en mettant en place des politiques d'achat favorisant l'innovation et la recherche locale, l'émergence et le renforcement des filières. En ce sens, l'article 26 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économique a instauré un dispositif incitant les acheteurs publics à traiter de façon préférentielle les PME innovantes, ou à leur réserver une part de leurs marchés publics, en matière de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques. Ils peuvent également recourir au partenariat d'innovation, transposé par anticipation par le décret n°2014-1097 du 26 sept. 2014[32], lequel a pour « *objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat* ».

Les acheteurs peuvent ensuite favoriser le développement durable en intégrant des clauses environnementales et sociales[33] (ord. 23 juill. 2015, art. 38), mettant en avant la promotion des modes de production respectueux de l'environnement dès lors qu'elles ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires (réf à une zone d'habitation déterminée pour l'emploi du public concerné). Ils peuvent promouvoir des circuits courts (décr. 25 mars 2016, art. 10 et 62, II,2° ; décr. 1er févr. 2016, art. 27). De telles clauses, qui ne sauraient exiger des candidats qu'ils s'approvisionnent sur telle ou telle partie du territoire de l'Union européenne ou de la France, ne favorisent pas en soit la préférence locale. Elles peuvent en revanche avantager les PME, qui compte tenu de leur mode de production, sont davantage tournées vers le développement durable. Ils peuvent également insérer une clause tendant à la limitation des émissions de gaz à effet de serre : si une telle condition d'exécution n'implique pas une exigence de proximité de l'entreprise, elle permet d'imposer une "démarche environnementale dans l'exécution du marché en termes d'implantation du chantier ou de moyens de transport utilisés".

Ils peuvent également favoriser un tel développement durable en introduisant des critères d'attribution tenant compte des conditions de production et de commercialisation, des performances en matière de

[32] S. PINOT, « Le partenariat d'innovation peut-il améliorer l'accès des PME à la commande publique ? », *CP-ACCP* nov. 2014.

[33] CJUE 10 mai 2012, *Comm. UE c/ Pays Bas*, aff. C-368/10. Cdt 97 directive marchés : « *critères et conditions concernant la commercialisation et ses conditions peuvent par exemple mentionner que le produit concerné (par le marché public) est issu du commerce équitable, y compris l'obligation de payer aux producteurs un prix minimum et une majoration de prix* ».

protection de l'environnement et la réduction des quotas de gaz à effet de serre (pourtant traditionnellement considéré comme instaurant une préférence locale)[34] (ord. 23 juill. 2015, art. 62) [35]. Les acheteurs peuvent encore introduire des critères relatifs aux « *délais d'exécution* » *ou aux* « *conditions de livraison* ». De fait, la prise en compte n compte l'implantation géographique des candidats, la proximité géographique, dès lors qu'elle est justifiée par l'objet du contrat ou par ses conditions d'exécution devient un critère de sélection admissible, ouvrant la voie à l'exception locale.

Ces critères doivent néanmoins toujours être utilisés avec précaution. Outre l'obligation qu'ils soient nécessairement en lien avec l'objet du marché[36], il convient de s'interroger sur leur pondération. Pour que ces critères aient un effet utile, il convient que les acheteurs limitent l'importance du critère du prix. Pour autant, la question de pose de savoir s'il serait possible de retenir un critère environnemental ou social représentant 70% de la note finale ? La réponse est sans doute négative, la pondération devant rester en adéquation avec l'objet du marché afin précisément de ne pas masquer une préférence locale. Il reste que le lien avec l'objet du marché a été considérablement élargi par les directives de 2014. Alors que jusque-là, l'objet du marché était entendu comme le périmètre d'exécution du contrat, il a été étendu grâce à la notion de cycle de vie, autorisant la prise en compte de critères environnementaux et sociaux ne faisant pas partie du contenu matériel des prestations objet du marché.

[34] Rep. Min QE n°10874, JO Sénat 21 janv. 2010, p.130). Mais Rép. Min. 31 mai 2016 : invite les acheteurs à se saisir de ce critère : « *le recours au critère environnemental, en l'occurrence la réduction des émissions CO2 peut se justifier au travers du coût du cycle de vie. Défini à l'art. 38 de l'ord. définissant le cycle de vie… L'art. 63 du décret précise que le coût du cycle de vie contient les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit, au service ou à l'ouvrage. Ces coûts peuvent notamment inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes. L'acheteur peut donc utiliser ce type de critères pour attribuer le marché* ».

[35] V. en ce sens la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de se fournir en vente directe de produits, dès lors qu'il existe sur le territoire considéré une offre diversifiée et significative : CJCE, 25 octobre 1977, *Metro-Saba*, aff. C-26/76.

[36] CE 15 fév. 2013, *Sté Derichebourg Polyurbaine*, n°363921.

Doctrine

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
SCIENCE POLITIQUE

Radioscopie de la base militaire de Diego Garcia après le renouvellement pour 20 ans, le 30 décembre 2016, du bail stratégique consenti aux États-Unis par la Grande-Bretagne

André ORAISON

Professeur des Universités, Juriste et Politologue
Enseignant en droit public à l'Université de La Réunion de 1967 à 2008
Conseiller juridique du Comité Solidarité Chagos La Réunion (CSCR)

Résumé :

Dans le cadre de la compétition idéologique et politique Est-Ouest, caractérisée à la fin de la décennie « 50 » par les premières croisières de bâtiments de guerre soviétiques dans l'océan Indien, un accord politique anglo-américain a été conclu en 1961, à l'initiative des États-Unis, lors d'une rencontre du Premier ministre britannique Harold Macmillan et du Président américain John Fitzgerald Kennedy. Dans un accord préjudiciable aux intérêts des Chagossiens et contraire aux principes de la Charte de San Francisco, les États-Unis s'engagent à installer une base militaire dans l'océan Indien pour défendre les intérêts du Monde libre à condition que le territoire anglais retenu pour l'abriter échappe au processus de décolonisation et que sa population en soit évacuée. À la suite de ces tractations intervenues au plus haut niveau, le Gouvernement de Londres a institué le British Indian Ocean Territory (BIOT) par un décret-loi du 8 novembre 1965. La nouvelle colonie de la Couronne comprenait l'archipel mauricien des Chagos, situé au cœur de l'océan Indien, et trois îlots seychellois, dispersés dans sa partie occidentale : Aldabra, Desroches et Farquhar. Pour faire face à la menace soviétique croissante dans l'océan Afro-asiatique, les États-Unis et la Grande-Bretagne ont, par la suite, signé à Londres, le 30 décembre 1966, un traité portant cession à bail stratégique des territoires inclus dans le BIOT pour une période de 50 ans, tacitement renouvelée le 30 décembre 2016 pour une période de 20 ans. C'est dans ces circonstances que le récif de Diego Garcia – l'île principale des îles Chagos – est devenu une base militaire en vertu d'un nouveau traité anglo-américain, signé à Londres le 25 février 1976. « Malte de l'océan Indien », « Un nouvel Okinawa » : dès le début de la décennie « 80 », les formules ne manquent pas dans les états-majors des grandes puissances maritimes et nucléaires comme dans la presse spécialisée pour qualifier la base aéronavale édifiée à Diego Garcia, sans cesse agrandie et modernisée au fil des ans, et qui a joué un rôle déterminant lors des opérations « Tempête du désert » et « Liberté immuable » déclenchées par les Nations Unies,

respectivement contre l'Irak en 1991 et l'Afghanistan en 2001. En dépit de la dissolution de l'Union soviétique le 31 décembre 1991 et la fin de la rivalité Est-Ouest, ces slogans demeurent toujours vivaces en ce début de XXIe siècle. De fait, Diego Garcia abrite l'une des plus grandes bases militaires américaines situées à l'extérieur du territoire national des États-Unis et, en raison des incertitudes qui prévalent au Proche-Orient, dans le golfe Arabo-Persique, dans l'Asie du Sud et sur les « autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques » qui traversent l'océan Indien, il en sera encore probablement ainsi, au moins jusqu'à la nouvelle date butoir du 30 décembre 2036. Mais c'est dire aussi que le concept de « zone de paix » dans l'océan Indien forgé par les États riverains depuis 1971, la rétrocession des îles Chagos à Maurice ainsi que le retour des Chagossiens dans leur pays d'origine ont fort peu de chance d'être concrétisés au cours des deux prochaines décennies.

Summary :

Within the framework of East-West ideological and political competition, as reflected by the first crossings of Soviet Navy ships in the Indian Ocean in the 1950s, an Anglo-American agreement was reached in 1961, based on an US initiative, during a meeting of then British Prime Minister Harold Macmillan and then US President John Fitzgerald Kennedy. Even though this agreement was detrimental to the Chagossians' interests and in violation of the San Francisco Charter, the US committed itself to founding a military base in the Indian Ocean in order to protect the interests of the Free World, provided that the British territory chosen for the said purpose be set aside from the decolonization process and that its native population be removed. Following these summit discussions, the British Government created the British Indian Ocean Territory (BIOT) through an Order issued on 8th November 1965. The new Crown colony included the Mauritian archipelago of Chagos, located at the heart of the Indian Ocean, and three western islets of the Seychelles: Aldabra, Desroches and Farquhar. In order to deal with the increasing Soviet threat in the Afro-Asian Ocean, the US and the UK went on to sign a treaty in London, on 30th December 1966, which organized a strategical sale-leaseback on the BIOT territories, for a period of fifty-years, and which has since been tacitly renewed for twenty years as of 30th December 2016. These are the circumstances in which the Diego Garcia Reef – the main Chagos island – has become a military base, pursuant to a new Anglo-American treaty signed on 25th February 1976, in London. "Indian Ocean Malta", "New Okinawa": From the outset in the 1980s, formulas abound, as coined by military staff of great naval and nuclear States as well as by the specialized press, to describe the Naval Air Station created on Diego Garcia, which has since been continuously expanded and modernized over the years, and which has played a crucial role during the UN "Desert Storm" and "Enduring Freedom" operations, led against Irak and Afghanistan respectively in 1991 and 2001. Despite the dissolution of the Soviet Union on 31st December 1991 and the end of East-West antagonisms, these slogans are still widespread at the turn of the 21st Century. Indeed, Diego Garcia harbors one of the most important US military bases abroad and, due to the political uncertainties in the Middle-East, in the Arabian Gulf, in southern Asia and regarding maritime pathways for oil and strategic raw materials, it is likely to continue to be the case, at least until the next deadline on 30th December 2036. This also means that the concept of the Indian Ocean as a "Peace Area", as promoted by neighbouring States since 1971, the retrocession of the Chagos Islands to Mauritius, and the return of the Chagossians to their homeland are unlikely to materialize over the next twenty years.

Revendiqué comme les autres îles de l'archipel des Chagos par la République de Maurice depuis le 7 juillet 1980, l'atoll de Diego Garcia – la composante la plus vaste, la plus australe et autrefois la plus peuplée des îles Chagos – risque de rester pendant longtemps encore un « *super porte-avions britannique* » ancré au cœur de l'océan Indien et puissamment armé par les Américains pour le compte de l'Occident. Consenti aux États-Unis par la Grande-Bretagne pour une période de 50 ans en vertu d'un traité anglo-américain conclu à Londres le 30 décembre 1966 afin d'assurer la protection des « *autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* » qui traversent l'océan Afro-asiatique, le bail stratégique sur les Chagos a été tacitement renouvelé pour une période de 20 ans. Cependant, la décision visant à maintenir la présence militaire des deux grandes puissances occidentales dans une région du monde toujours « *en effervescence* » n'est pas une surprise. Depuis longtemps, la plupart des observateurs en géopolitique et en géostratégie étaient en effet convaincus que le bail initial serait effectivement et même automatiquement reconduit à la date butoir du 30 décembre 2016[37]. Plusieurs indices concordants et significatifs militaient en faveur de cette thèse.

D'abord, les États-Unis et la Grande-Bretagne n'ont jamais envisagé de remettre en cause leur présence militaire à Diego Garcia entre le 30 décembre 2014 – date à laquelle le bail pouvait être dénoncé, au plan juridique, par l'une ou l'autre des Parties – et le 30 décembre 2016 qui correspond à la date de terminaison du bail initial de 50 ans. Cette position paraît logique : selon des renseignements recueillis par le *Financial Times* en août 2015, les Américains auraient dépensé plus de 3 milliards de dollars pour la création, l'extension, la modernisation et l'entretien de la base aéronavale de Diego Garcia. Faut-il en outre rappeler que cette base a accueilli en 1990/1991 une impressionnante armada d'avions et de navires de guerre lors de l'opération « *Tempête du désert* » dirigée avec succès, à l'initiative des Nations Unies, contre l'Irak du président Saddam Hussein dont l'armée venait de s'emparer de l'émirat du Koweït ? Toujours avec l'aval de l'ONU, cette armada a été présente une seconde fois à Diego Garcia, dix plus tard, en 2001/2002, et de nouveau pleinement efficace lors de l'opération « *Liberté immuable* » engagée contre le régime intégriste des talibans d'Afghanistan et les réseaux islamistes les plus radicaux qui opèrent dans la mouvance d'Al-

[37] A. ERICKSON, W. LADWIG, J. MIKOLAY, « Diego Garcia : Anchoring America's future presence in the Indo-Pacific », *Harvard Asia Quarterly*, 15. 2 (2013), p. 20-28 ; A. ORAISON, « À propos du prochain renouvellement du bail stratégique sur Diego Garcia », *Le Journal de l'île de La Réunion*, mardi 31 mai 2016, p. 21.

Qaïda, après les actions terroristes dirigées le 11 septembre 2001 contre les intérêts américains à New York et à Washington.

Compte tenu ensuite de la situation chaotique qui perdure au Proche-Orient, en Iran où les dirigeants doivent encore prouver qu'ils ont bien renoncé en 2015 à l'arme nucléaire, au large des côtes de la Somalie où sévit la piraterie qui compromet la liberté de la navigation dans l'océan Indien occidental, en Syrie confrontée à la guerre civile et en Afghanistan où le régime de Kaboul soutenu par les États-Unis est toujours menacé par des mouvements islamistes extrémistes, les politologues avaient prophétisé que les Américains et les Britanniques seraient conduits à prolonger au moins pendant deux nouvelles décennies – ne serait-ce que pour la défense de leurs intérêts bien compris – le maintien en activité de la base de Diego Garcia dans cette « *zone de turbulences* » pérenne qu'est l'océan Indien.

Enfin, les Américains et les Britanniques ont eux-mêmes manifesté clairement leur intention de maintenir opérationnelle la base militaire de Diego Garcia, au-delà du 30 décembre 2016. Dans une déclaration faite au Parlement de Westminster le 16 novembre 2016, la ministre d'État britannique au Développement international a ainsi indiqué que le Gouvernement de Londres avait pris la décision d'interdire la réinstallation des Chagossiens dans leur pays d'origine en avançant des arguments relatifs à « *la défense et la sécurité* »[38]. Plus encore, Joyce Anelay avait précisé que le bail consenti au profit des États-Unis serait tacitement reconduit le 30 décembre 2016, donc sans modification de son contenu, alors même qu'un Comité de députés de la Chambres des Communes – le *Foreign Affairs Committee* – avait souhaité en 2014 que, dans l'hypothèse d'une reconduction du bail, une clause soit insérée dans l'accord initial pour obliger les États-Unis à demander le feu vert de la Grande-Bretagne avant d'engager des opérations militaires et autres activités additionnelles à partir de Diego Garcia[39].

Un autre indice révélateur pour les juristes internationalistes militait depuis 2015 en faveur de la prorogation du bail stratégique au profit des États-Unis. Relative à l'« *Application de la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix* », la Résolution 70/22 votée par l'Assemblé

[38] V. MOONIEN, « Les Britanniques brisent le rêve d'un retour », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 17 novembre 2016, p. 40 ; ANONYME, « Chagos : le rêve d'un retour. Le refus de Londres », *Le Journal de l'île de La Réunion*, dimanche 20 novembre 2016, p. 17.

[39] Intitulé « *The use of Diego Garcia by the United States* », cet éclairant rapport du *Foreign Affairs Committee* a été publié le 19 juin 2014 *in* : http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmfaff/377/377.pdf.

générale des Nations Unies le 7 décembre 2015 s'est en effet prononcée – comme toutes les précédentes résolutions onusiennes adoptées à ce sujet depuis 1971 – pour le démantèlement des bases militaires établies par les grandes puissances maritimes et nucléaires dans l'océan Indien. Certes, la Résolution 70/22 a été acquise à une très large majorité : par 128 voix et 45 abstentions. Mais elle a rencontré l'opposition traditionnelle de trois États qui entretiennent des bases militaires dans cette région du monde : les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne. En se prononçant contre la Résolution 70/22, les Américains et les Britanniques ont ainsi fait savoir à l'ONU qu'ils avaient bien l'intention de maintenir une base aéronavale à Diego Garcia après l'expiration du bail initial de 50 ans. De fait, la base anglo-américaine établie sur l'île principale des Chagos restera encore opérationnelle pendant au moins deux décennies jusqu'à la nouvelle date limite, désormais connue et fixée au 30 décembre 2036[40].

C'est en tenant compte de ces récentes coordonnées paramétriques, qu'il importe de faire la radioscopie de la base stratégique de Diego Garcia dans cette étude de droit international et de science politique. « *Base-ricochet anglo-saxonne* », « *Fer de lance de l'armée américaine* », « *Forteresse du Monde libre* », « *L'œil du Pentagone* », « *Malte de l'océan Indien* », « *Marchepied vers la Liberté* », ou encore « *Un nouvel Okinawa* » : on n'a que l'embarras du choix[41]. En sa qualité d'observateur reconnu de l'océan Indien au plan géopolitique, le journaliste Philippe Leymarie note – dès 1976 – que les formules ne manquent pas dans les états-majors des grandes puissances maritimes et nucléaires ainsi que dans la presse pour qualifier la base édifiée à des fins militaires par les États-Unis à Diego Garcia au cours de la décennie « *70* » et, par la suite, sans cesse agrandie et modernisée[42]. Est-il besoin de préciser que ces formules demeurent d'actualité en dépit de la fin de la querelle idéologique et politique Est-Ouest et de l'implosion de l'Union soviétique, il y a maintenant près de trente ans ? En vérité, Diego Garcia abrite toujours, en

---

[40] A. ORAISON, « Bail prorogé de 20 ans : les Chagossiens perdent espoirs », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 16 janvier 2017, p. 19.

[41] A. ORAISON, « Diego Garcia *forteresse du Monde libre* », *Diplomatie, Affaires Stratégiques et Relations Internationales*, août-septembre 2010, Hors-série 13, p. 64-70. Par comparaison avec la base militaire aéronavale installée par les États-Unis à Okinawa – un petit archipel situé à l'extrême sud du Japon – au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, consulter notamment PH. PONS, « Okinawa, base militaire stratégique », *Le Monde*, dimanche 23-lundi 24 septembre 2012, p. 7 ; G. MCCORMACK, « La base américaine d'Okinawa, épine dans le pied du Premier ministre japonais », *Le Monde diplomatique*, septembre 2015, p. 16-17.

[42] PH. LEYMARIE, « Grandes manœuvres dans l'océan Indien. La paix armée. La base de Diego Garcia, sur la route des pétroliers et des cargos », *Le Monde diplomatique*, décembre 1976, p. 19.

2018, l'une des plus grandes bases militaires américaines à l'extérieur du territoire national des États-Unis. Après avoir été utilisée contre l'Irak en 1991 et l'Afghanistan en 2001, ce modeste récif corallien demeure aujourd'hui un canon braqué sur certains États du Proche-Orient et sur l'Iran, malgré son renoncement officiel à l'armement nucléaire en 2015.

D'emblée, un rappel historique s'impose pour comprendre le pourquoi et le comment de la création de la base de Diego Garcia. Au moment où a soufflé le vent de la décolonisation au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale – une décolonisation qui s'est traduite par une perte sensible de l'influence de l'Europe occidentale dans le Tiers Monde – et pressentant une nouvelle obstruction du canal maritime de Suez, plus durable que celle qui avait affecté pendant plus de cinq mois – du 3 novembre 1956 au 10 avril 1957 – la voie d'eau internationale à la suite de l'expédition militaire franco-britannique contre l'Égypte[43], la Grande-Bretagne – en plein accord avec les États-Unis – a voulu maintenir dans l'océan Indien des points d'appui fixes pour assurer la liberté de navigation sur l'ancienne « *Route des Indes* ». Philippe Leymarie souligne que, pour poursuivre une politique active à des milliers de kilomètres de leurs territoires métropolitains respectifs et malgré l'accroissement notable du rayon d'action de leurs avions et de leurs fusées, les deux puissances occidentales sont convaincues, dès la fin des années « *50* », qu'elles doivent conserver outre-mer un minimum de bases[44].

C'est en fait dans un contexte de compétition idéologique et politique Est-Ouest, caractérisée par les premières croisières de navires de guerre soviétiques dans l'océan Indien à la fin de la décennie « *50* », qu'un accord politique anglo-américain a été conclu en 1961 à l'initiative des États-Unis lors d'une rencontre du Premier ministre britannique

[43] Réalisée entre le 30 août et le 6 novembre 1956, cette expédition a été motivée par la nationalisation de la Compagnie universelle du canal de Suez, décidée par le décret égyptien du 26 juillet 1956. Pour riposter contre une intervention jugée contraire à sa souveraineté, le Gouvernement du Caire avait ordonné le blocus du canal, portant ainsi atteinte aux dispositions de la Convention de Constantinople signée le 29 octobre 1888 par neuf États, dont la France et la Grande-Bretagne. Ce blocus violait son article 1er, ainsi rédigé : « *Le Canal maritime de Suez sera toujours libre et ouvert, en temps de guerre comme en temps de paix, à tout navire de commerce ou de guerre, sans distinction de pavillon. En conséquence, les Hautes Parties Contractantes conviennent de ne porter aucune atteinte au libre usage du Canal, en temps de guerre comme en temps de paix. Le Canal ne sera jamais assujetti à l'exercice du droit de blocus* ». P. DE VISSCHER, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *RGDIP*, 1958, n° 3, p. 400-445 et notamment p. 406.

[44] PH. LEYMARIE, préc., p. 19. Consulter également PH. M. ALLEN, « Les États-Unis et l'océan Indien : le réveil d'une politique de puissance », *APOI*, 1984-1985, volume X, p. 237-251.

conservateur Harold Macmillan et du Président américain démocrate John Fitzgerald Kennedy. Dès qu'il a été connu, cet accord a été critiqué. Il a notamment été interprété par le contre-amiral français Henri Labrousse comme « *la conséquence du manque de confiance des États-Unis dans l'avenir de l'Afrique de l'océan Indien* »[45]. Dans ce « *secret deal* » ou « *accord secret* », contraire aux principes cardinaux de la Charte de San Francisco et préjudiciable à la communauté chagossienne, les États-Unis s'engagent à installer une base militaire dans l'océan Indien pour défendre les intérêts du Monde occidental à la double condition – *sine qua non* – que le territoire anglais retenu pour l'abriter échappe au processus de décolonisation et que toute sa population en soit évacuée pour des raisons de sécurité. En contrepartie, les Américains offrent un rabais de 14 millions de dollars sur les missiles « *Polaris* » que les Britanniques envisagent alors d'acheter pour équiper leurs sous-marins atomiques. Ce marchandage politique anglo-américain a été plus tard avoué par le *State Department,* ainsi que le révèle le *New York Times* le 17 octobre 1975.

C'est donc à la suite de ces tractations intervenues en 1961 que le Gouvernement de Londres a institué, par un *Order in Council*, une nouvelle colonie de la Couronne : le *British Indian Ocean Territory* (BIOT) ou Territoire britannique de l'océan Indien (TBOI)[46] . Le décret-loi du 8 novembre 1965 avait pour objet d'introduire des dispositions nouvelles pour l'administration de certains îlots, considérés comme des *« dépendances mineures »* des colonies anglaises de Maurice et des Seychelles. Il s'agissait de l'archipel des Chagos – dont l'atoll de Diego Garcia – ancré au sud des Maldives, à quelque 2 200 kilomètres au nord-est de Port-Louis, et de trois îlots dispersés dans la partie occidentale de l'océan Indien, au sud des Seychelles : Aldabra, Desroches et Farquhar[47]. Plus familièrement appelées les « *Ziles-là-haut* » par les créolophones d'Agaléga (une dépendance mauricienne située au nord de Maurice), les îles Chagos étaient jusqu'ici administrées par le Gouvernement autonome de Port-Louis et les autres îlots par le Conseil exécutif de Victoria. À l'occasion, on peut noter l'existence d'un précédent dans l'océan Indien

[45] H. LABROUSSE, *Le Golfe et le Canal. La réouverture du canal de Suez et la paix internationale*, Paris, PUF, 1973, p. 23.

[46] Avant le retrait de la Grande-Bretagne de l'Union européenne, approuvé par la voie référendaire le 23 juin 2016, le BIOT n'avait pas le statut de RUP (région ultrapériphérique), au sens de l'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), mais celui plus modeste de PTOM (pays et territoires d'outre-mer), régi par son article 198.

[47] The BIOT Order 1965, made 8th November 1965 (n° 1920), et The BIOT Royal Instructions 1965, dated 8th November 1965, *in Statutory Instruments*, 1965, Part III, Section 2, Publications of Her Majesty's Stationery Office (HMSO), Londres, 1966, respectivement p. 5767-5771 et p. 6440-6442.

qui remonte au début du XXe siècle : le Gouvernement de Londres avait déjà détaché les îles anglaises des Seychelles de leur colonie voisine de l'île Maurice, le 31 août 1903, afin de les ériger en colonie distincte de la Couronne pour des raisons d'opportunité politique.

Encore convient-il d'ajouter, pour être plus précis sur cette question, que l'exérèse de l'archipel des Chagos de la colonie anglaise de Maurice et son intégration concomitante dans le BIOT n'ont été connues, sur la scène internationale, qu'à partir du mercredi 10 novembre 1965. Ce jour-là, en effet, à la suite d'une question posée par un député, Anthony Greenwood – le Secrétaire d'État britannique aux Colonies – a fait connaître à la Chambre des Communes, dans une réponse écrite, l'intérêt du groupe des Chagos et des îlots Aldabra, Desroches et Farquhar pour les autorités américaines et britanniques au plan géostratégique ainsi que le sort réservé aux populations de ces modestes territoires insulaires[48].

Réalisée à une époque où la désagrégation du *British Commonwealth* était déjà bien engagée, dès lors que la plupart des territoires coloniaux britanniques accédaient à l'indépendance, et à un moment où on a pu parler d'une « *présence crépusculaire* » de la Grande-Bretagne dans l'océan Indien, la création de cette nouvelle entité administrative, en 1965, par un État qui a cessé d'être la première puissance maritime depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale et n'aspire plus désormais qu'à jouer le rôle de « *puissance auxiliaire* » auprès d'une puissance incontestablement plus forte depuis les capitulations sans conditions de l'Allemagne et du Japon en 1945 – nommément les États-Unis – n'a pas manqué d'intriguer les spécialistes de la géopolitique et de la géostratégie. Elle a par ailleurs surpris et inquiété les États riverains qui, pour la plupart, ont émis des réserves ou élevé des protestations, dès l'annonce de la création du BIOT. C'est le cas de l'Inde et du Sri Lanka qui ont toujours été hostiles, dès 1965, à la rivalité des superpuissances maritimes et nucléaires dans l'océan Afro-asiatique et à la création de bases militaires occidentales ou soviétiques dans cette région[49].

De fait, le BIOT est la dernière colonie créée par le Gouvernement de Londres et le dernier confetti de l'Empire britannique qui subsiste dans l'océan Indien. Bien que discrètement mis de côté par les Anglais avec

[48] CH. ROUSSEAU, « Grande-Bretagne. Création d'une nouvelle colonie britannique dans l'océan Indien par l'ordre en conseil du 8 novembre 1965 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1966, n° 1, p. 171-173.
[49] Voir les critiques ou réserves formulées par l'Inde et Sri-Lanka *in Le Monde*, samedi 20 novembre 1965, p. 8.

cette arrière-pensée quasi-atavique de « *protéger* » les routes maritimes de cette partie du monde, le « *reliquat colonial* » a connu moult avatars dont certains appartiennent désormais à l'histoire. Ainsi, le BIOT a été administré, de 1965 à 1976, par le gouverneur anglais des Seychelles, agissant en qualité de Commissaire au nom de la Couronne britannique. Le décret-loi du 8 novembre 1965 consacrait à l'origine – pour reprendre la terminologie de Georges Scelle – un mécanisme de dédoublement fonctionnel. Pendant une dizaine d'années, une autorité britannique a été responsable de deux collectivités territoriales : Victoria, dans l'île de Mahé, a été le centre administratif de la colonie anglaise des Seychelles, à titre principal, et le siège administratif du BIOT. Le Commissaire du BIOT avait pour mission d'assurer le respect des lois et règlements applicables, la sécurité et l'ordre publics sur les îlots encore habités ainsi que la préservation de leur environnement, un environnement original mais fragile et menacé. Il existe, par exemple, sur l'atoll d'Aldabra une espèce endémique de tortues terrestres géantes (*Testudo elephantina*) qui peuplaient jadis toutes les îles Seychelles mais qu'on ne trouve plus aujourd'hui en nombre appréciable que sur le récif d'Aldabra[50]. Ces tortues vivent en toute liberté et sont protégées en vertu d'une décision prise par le Commissaire du BIOT, dès 1968.

Mais depuis la rétrocession d'Aldabra, Desroches et Farquhar à la République des Seychelles le 29 juin 1976 – le jour de son accession à l'indépendance dans le cadre du *Commonwealth* des Nations[51] – comme le souhaitait depuis 1965 toute la classe politique seychelloise, le BIOT se réduit désormais aux îles Chagos dont les habitants ont été « *déplacés* » entre 1967 et 1973 : pour la plupart vers Port-Louis (Maurice), dans des circonstances condamnables[52], tandis qu'un petit nombre était dirigé de la

[50] Situé à plus de 1 000 kilomètres dans le sud-ouest de Mahé (l'île principale des Seychelles), l'atoll d'Aldabra est l'un des derniers grands « *sanctuaires océaniques de la nature primitive* » de la planète. R. VANNIER, « Seychelles. Aldabra l'atoll aux 100 000 tortues », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 4 avril 2013, p. 17.

[51] The BIOT Order 1976, made 9th June 1976 (n° 893), coming into operation 28th June 1976, *in Statutory Instruments*, 1976, Part III, Section 1, Publications of HMSO, Londres, 1976, p. 2248-2251.

[52] Descendants pour la plupart d'esclaves d'origine africaine qui reçurent le nom de « *Noirs des îles* » et dont les premiers occupants viennent à la fin du XVIIIe siècle avec leurs maîtres des colonies françaises de La Réunion et de Maurice, les Chagossiens sont, jusqu'à leur déportation, quasi analphabètes, catholiques romains et créolophones unilingues. Concernant l'histoire des Chagos pendant près de deux siècles, les circonstances de leur peuplement par la France, puis la vie de leurs habitants dans le cadre d'une administration britannique aux plans économique, social et culturel, consulter R. SCOTT, *Limuria. The Lesser Dependencies of Mauritius*, Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut (USA), 1976, 308 p.

même manière vers Victoria (Seychelles)[53]. Depuis le 29 juin 1976, la gestion du BIOT est par ailleurs confiée à un Commissaire agissant toujours au nom de la Couronne britannique mais dont le siège est désormais fixé à Londres – au *Foreign and Commonwealth Office* (FCO*)* – tandis que sa représentation sur place, à Diego Garcia, est assurée par un officier de liaison de la *Royal Navy*[54].

Ces remarques générales d'ordre historique et administrative étant faites, la première question qui s'impose dans cette étude consacrée à la base militaire anglo-américaine de Diego Garcia est la suivante : pourquoi les États-Unis ont-ils jeté leur dévolu sur le modeste archipel des Chagos ? Certes, les îles Chagos ont une superficie dérisoire : à peine une soixantaine de kilomètres carrés de terres émergées. Mais ces terres de formation madréporique, au climat tropical marin, chaud et humide – isolées au sud des Maldives et à l'est des Seychelles – sont ancrées entre les parallèles 04° 41' et 07° 39' sud et les méridiens 70° 47' et 72° 41', c'est-à-dire dans le bassin central de l'océan Indien.

Dès lors, on devine l'intérêt qu'elles peuvent présenter au plan militaire pour les deux grandes puissances occidentales. De fait, les îles Chagos sont situées à une distance sensiblement équivalente de l'Afrique orientale, des archipels indonésiens, de la péninsule Arabique, du Proche-Orient et de l'Asie du Sud où perdure depuis 1947 une rivalité préoccupante entre l'Inde et le Pakistan à propos de la province du Cachemire. Mais les îles Chagos présentent pour les États-Unis un autre avantage. Tout en étant isolées au cœur de l'océan Indien, donc relativement faciles à protéger, ces îles émergent au voisinage des principales routes maritimes, vitales pour les puissances industrialisées de

[53] Comme les îles Chagos, Aldabra, Desroches et Farquhar avaient été incorporés dans le BIOT afin d'être transformés en bases militaires. Mais ces projets bellicistes n'ayant pas été concrétisés, il a été aisé pour les Britanniques de rétrocéder ces îlots à leur souverain originaire, contrairement à ce qui s'est passé pour les Chagos. Le principe de leur restitution aux Seychelles à la demande de la délégation seychelloise – lors de la deuxième Conférence constitutionnelle convoquée à Londres du 19 au 22 janvier 1976 – n'a donc posé aucun problème et les Seychelles ont pu ainsi restaurer leur intégrité territoriale le jour même de leur accession à l'indépendance. Depuis ce précédent, le Mouvement Militant Mauricien (MMM) a incité les autorités mauriciennes à revendiquer les Chagos qui forment désormais la partie résiduelle du BIOT.

[54] Dans le BIOT, les monnaies d'échange sont la livre sterling et, depuis l'implantation des Américains à Diego Garcia à partir de 1972, le dollar américain. Par ailleurs, le BIOT a ses propres timbres depuis le 8 novembre 1965. Mais à partir du 13 décembre 1991, l'État mauricien a également émis des timbres-poste dont certains sont consacrés aux deux territoires insulaires officiellement revendiqués par le Gouvernement de Port-Louis : le récif de Tromelin et l'archipel des Chagos.

l'hémisphère nord. Elles sont ancrées presque à mi-chemin du canal de Mozambique – la légendaire « *Route des Épices* » – et du détroit d'Ormuz qui sert de frontière naturelle entre l'Arabie saoudite et l'Iran et de voie de passage obligée entre le golfe Arabo-Persique – d'où sont extraits le gaz et le pétrole – et la mer d'Oman, antichambre de l'océan Indien dans sa partie septentrionale. Les îles Chagos sont encore situées à proximité du détroit de Bab El-Mandeb – « *la Porte des Lamentations* » – qui sépare l'Afrique orientale et l'Arabie saoudite et met en communication l'océan Atlantique et l'océan Indien, *via* la Méditerranée, le canal de Suez et la mer Rouge. Les îles Chagos sont enfin ancrées dans le voisinage des goulots indonésiens et malais – notamment les détroits de Lombok, de Malacca et de la Sonde – qui comptent parmi les principaux « *portails* » de la région, dès lors qu'ils permettent le passage de tous les navires de commerce et de guerre en provenance ou à destination des pays de l'Extrême-Orient entre l'océan Indien et le Pacifique, *via* la mer de Java et la mer de Chine méridionale.

C'est dire, derechef, l'intérêt majeur des Chagos au plan géostratégique pour les États-Unis, capables aujourd'hui comme hier d'intervenir au moindre coût, dans les plus brefs délais et dans n'importe quel coin de l'océan Indien. Leur implantation militaire pérenne sur la plateforme de Diego Garcia et la présence ostensible de l'*US Navy* – la Ve flotte – dans cette région instable confortent leur rôle de gendarme des « *autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* »[55].

D'autres précisions s'imposent pour compléter notre connaissance des Chagos. D'abord, on peut dire avec l'historien Auguste Toussaint que ces îles sont de type océanique : « *le volcanisme n'a eu aucune part à leur formation* »[56]. Recouverts d'une végétation tropicale où dominent les cocotiers et les filaos ou casuarinas, une soixantaine d'îlots, récifs et brisants de formation corallienne émergent de quelques mètres à peine au-dessus des flots[57]. Ils sont rassemblés en six composantes principales,

[55] J.-M. BEZAT, « La sécurisation du transport des hydrocarbures. Les États-Unis, gendarme du pétrole », *Le Monde*, samedi 12 mars 2011, p. 7.
[56] A. TOUSSAINT, *Histoire de l'île Maurice*, Paris, PUF, 1974, p. 16.
[57] L'altitude moyenne des Chagos est de l'ordre de cent-trente centimètres au-dessus du niveau de la mer. La fonte des calottes glaciaires du continent Antarctique et du Groenland due aux changements climatiques pourrait provoquer, si elle se poursuit au rythme actuel, la submersion de la plupart d'entre elles et la disparition totale ou partielle d'autres îles de l'océan Indien – notamment aux Maldives et aux Seychelles – bien avant la fin du XXIe siècle. Consulter à ce sujet S. FOUCART, « Montée des océans : jusqu'où ? Quand ? Comment ? », *Le Monde*, samedi 5 mai 2012, p. 8 ; P. LE HIR, « Climat : 2017, année de tous les records. Températures, gaz à effet de serre,

éparpillées autour du Banc des Chagos – *Great Chagos Bank* – qui s'étend sur 180 kilomètres d'est en ouest et de 120 kilomètres du nord au sud et couvre une superficie d'environ 14 000 kilomètres carrés jusqu'à l'isobathe des 200 mètres. Auguste Toussaint note que ce banc est un atoll immergé « *d'une forme ovale irrégulière* » dont la couronne, « *très accore vers le large* », est couverte par 7 à 20 mètres d'eau tandis qu'à l'intérieur, les profondeurs peuvent croître jusqu'à 90 mètres[58].

En les mentionnant du nord au sud et de l'est vers l'ouest, c'est-à-dire en allant dans le sens inverse de celui des aiguilles d'une montre, voici les divers éléments constitutifs de l'archipel des Chagos. Dans la partie septentrionale et à l'extérieur du Banc des Chagos se détachent deux groupes d'îlots, proches l'un de l'autre, propices à l'agriculture et à la pêche mais peu peuplés jusqu'en 1973 : les îles Salomon encore appelées Onze Iles à l'est (5 kilomètres carrés de superficie) et Peros Banhos comprenant 27 îlots à l'ouest (13 kilomètres carrés de terres émergées). Sont aussi postés en sentinelles mais sur la bordure immédiate du Banc plusieurs îlots épars, à la superficie insignifiante et qui ont toujours été inhabités : au nord-est l'île Nelson, puis à l'ouest du Banc les Trois Frères, l'île de l'Aigle, flanquée de l'îlot aux Vaches marines, et l'île Danger. Il faut encore citer au sud-ouest les îles Egmont, encore appelées Six Iles. Enfin, dans la partie la plus méridionale de l'archipel mais nettement à l'extérieur du Banc émerge l'île la plus vaste des Chagos (28 kilomètres carrés de superficie), la plus haute (point culminant à 15 mètres d'altitude) et celle qui fut aussi la plus peuplée jusqu'en 1971 : Diego Garcia. Il convient de préciser que la zone économique exclusive (ZEE) qui entoure les Chagos est très étendue par rapport aux terres émergées puisqu'elle a une superficie de 647 500 kilomètres carrés et qu'elle est riche en ressources halieutiques : à ce titre, elle est revendiquée par Maurice.

Maurice rappelle à ce sujet que le décret-loi britannique du 8 novembre 1965 qui ampute la colonie de Maurice des îles Chagos avant son accession à l'indépendance – proclamée le 12 mars 1968 – transgresse le droit international de la décolonisation. En droit, l'excision des Chagos de la colonie anglaise de Maurice est d'abord une violation du « *principe*

évènements extrêmes… Tous les indicateurs du réchauffement sont au rouge », *Le Monde*, vendredi 3 août 2018, p. 6.

[58] A. TOUSSAINT, *Histoire des Iles Mascareignes*, Paris, Berger-Levrault, 1972, p. 16-18. Consulter également J.-L. GUÉBOURG, *Petites îles et archipels de l'océan Indien*, Paris, Karthala, 1999, p. 213-220. Au sujet de la localisation des îles Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon dans le bassin central de l'océan Indien, se reporter aux annexes I, II et III.

de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation » ou règle de l'*uti possidetis juris* qui interdit le démembrement d'un territoire colonial avant son accession à la souveraineté. Faut-il ici souligner que cette règle d'essence coutumière a été codifiée le 14 décembre 1960 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans l'article 6 de la Résolution 1514 (XV), adoptée à l'unanimité sous le titre « *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* » ? L'article 6 est ainsi rédigé : « *Toute tentative visant à détruite partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies* ». Dans la mesure où l'excision des Chagos de la colonie britannique de Maurice a été réalisée contre la volonté des Chagossiens, la Grande-Bretagne a également méconnu, en l'espèce, le principe basique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Certes, la revendication par Maurice des îles Chagos remonte au 7 juillet 1980[59]. Mais le processus s'est récemment accéléré. Dans une lettre datée du 14 juillet 2016, son représentant aux Nations Unies a en effet demandé à l'Assemblée générale de voter une résolution permettant la saisine de la Cour internationale de Justice afin que la juridiction puisse se prononcer, par la voie consultative, « *sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* ». Lors de son allocution prononcée à l'Assemblée générale le 23 septembre 2016, le Premier ministre mauricien avait toutefois suspendu la procédure en cours, au motif que des nouvelles négociations anglo-mauriciennes étaient engagées. Cependant, pour Sir Anerood Jugnauth, ces négociations devaient conduire les Parties à régler – au plus tard en juin 2017 – la question du retour officiel des Chagos dans le giron de la République de Maurice[60]. Mais le scénario mauricien – un véritable ultimatum – a été compromis par la prorogation du bail stratégique sur Diego Garcia, intervenue le 30 décembre 2016.

Aucun progrès n'ayant été réalisé au premier semestre 2017, Maurice a donc mis sa menace à exécution. Suite à sa décision du 16 septembre 2016 d'inscrire à l'ordre du jour de sa 71e session la question d'une demande d'avis consultatif à la Cour de La Haye sur les îles

[59] Consulter à ce sujet G. ABRAHAM, « Paradise claimed : Disputed sovereignty over the Chagos archipelago », *The South African Law Journal*, 2011, volume 63, p. 63-99 ; A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle anglo-mauricienne sur l'archipel des Chagos (La succession d'États sur les îles stratégiques de Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon, ancrées au cœur du bassin central de l'océan Indien) », *RJOI*, 2013, n° 17, p. 25-86.

[60] Voir son allocution du 23 septembre 2016 *in* : https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/71/71_MU_en.pdf.

Chagos, l'Assemblée générale de l'ONU a voté une résolution en faveur de la saisine de la Cour afin qu'elle se prononce « *sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* ». Adoptée le 22 juin 2017, par 94 voix contre 15 (dont les États-Unis et la Grande-Bretagne) et 65 abstentions (dont la Chine, la France et la Russie), la Résolution 71/292 décide, conformément à l'article 96 de la Charte de San Francisco, de demander à la Cour de donner, en vertu de l'article 65 de son Statut, un avis consultatif sur la question de savoir si « *le processus de décolonisation* » a « *été validement mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international, notamment des obligations évoquées dans les résolutions de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 14 décembre 1960* » et « *2066 (XX) du 16 décembre 1965* ». La Cour est aussi invitée à tirer les conséquences en droit international « *du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni… en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle se trouve Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses nationaux, en particulier ceux d'origine chagossienne* »[61].

Faut-il, dès à présent, préciser que l'État mauricien est en position de force dans le différend territorial qui l'oppose à l'ancienne puissance coloniale ? Il en est ainsi depuis qu'une sentence arbitrale prononcée le 18 mars 2015 par un tribunal international – une juridiction saisie le 20 décembre 2010 par le Gouvernement de Port-Louis sur la base des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer – a condamné la Grande-Bretagne pour n'avoir pas consulté son ancienne colonie au sujet de la création, le 1er avril 2010, d'une « *aire marine protégée* » aux îles Chagos alors même que Maurice détient des droits de pêche dans leurs eaux environnantes en vertu de l'accord anglo-mauricien de *Lancaster House*, un accord conclu à Londres le 23 septembre 1965 et assimilé par le Tribunal arbitral à un véritable engagement international bien qu'à cette époque l'île Maurice ne possède encore que le modeste statut de colonie de la Couronne britannique[62].

C'est dans ce contexte conflictuel anglo-mauricien sur les îles Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon et leurs populations déportées à Maurice et aux Seychelles, un contexte qui perdure tout en s'aggravant au

[61] Consulter à ce sujet : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/292.
Consulter également A. ORAISON, « Les Chagos à La Haye », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 27 octobre 2017, p. 41.
[62] Voir *infra*.

plan juridique pour la Grande-Bretagne, que trois points essentiels seront abordés : les circonstances de la création d'une imposante base militaire américaine sur l'île principale des Chagos (I), les circonstances de l'utilisation effective de la base stratégique de Diego Garcia par les États-Unis (II) et la problématique plus générale de la création d'une « *zone de paix* » dans l'océan Indien (III).

I.- Les circonstances de l'implantation d'une base militaire anglo-américaine sur l'atoll de Diego Garcia

Vaste comme 25 fois la Méditerranée, s'étendant des déserts brûlants de la péninsule Arabique et de la Corne de l'Afrique aux immenses espaces glacés et hostiles du continent Antarctique, abritant aujourd'hui près du tiers de l'Humanité, baignant les côtes d'une quarantaine d'États inégalement développés, ayant pour la plupart accédé à la pleine souveraineté au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale dans le cadre du phénomène planétaire de la décolonisation et dont certains – nommément l'Afrique du Sud, l'Australie, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran et le Pakistan – aspirent désormais à jouer le rôle de puissances régionales, l'océan Indien est devenu une âpre « *zone de rivalités* » entre les deux superpuissances maritimes et nucléaires – les États-Unis et l'Union soviétique – au lendemain de la seconde et durable obstruction du canal maritime de Suez, intervenue le 6 juin 1967[63].

Mais en dépit de la dissolution de l'Union soviétique en tant que superpuissance et État fédéral le 31 décembre 1991 et, par suite, la fin de la querelle idéologique et politique Est-Ouest, cette partie du monde demeure toujours, en ce début de XXIe siècle, une « *zone sensible* » préoccupante pour les puissances occidentales et tout particulièrement pour les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne qui sont militairement présents de manière visible et durable dans l'océan Indien.

Dans ce contexte, un rappel historique s'impose pour comprendre comment la modeste plateforme de Diego Garcia a pu, dans un premier temps, être utilisée comme dépôt de charbon destiné au ravitaillement des navires à la fin du XIXe siècle, puis comme poste de distribution d'essence pour l'aviation britannique au cours de la Deuxième Guerre

[63] Consulter notamment H. LABROUSSE, « Océan Indien : une paix fragile dans un monde dangereux », *Revue Géopolitique*, juillet 1983, p. 37-48.

mondiale avant d'être transformée en « *station de communications par satellite* », désormais reconvertie en une véritable base militaire anglo-américaine, une base aéronavale pleinement opérationnelle dès le début de la décennie « *80* »[64].

C'est bien, à l'origine, dans le cadre d'une opiniâtre compétition idéologique et politique opposant frontalement le Monde occidental et le Camp socialiste et de la chasse aux « *facilités de mouillage* » par les grandes puissances de l'Ouest et de l'Est dans la région de l'océan Indien qu'une base stratégique anglo-américaine a été implantée sur l'atoll de Diego Garcia. Ce territoire insulaire est aujourd'hui considéré par tous les spécialistes de la géopolitique et de la géostratégie comme un super porte-avions indestructible destiné à assurer la sécurité optimale et permanente des intérêts des États-Unis et de la Grande-Bretagne dans l'océan Indien ainsi que la défense des pays alliés traditionnels limitrophes, notamment l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

Sur un plan juridique, l'opération visant à militariser Diego Garcia – l'élément aujourd'hui central du BIOT – afin de protéger les intérêts politiques et économiques du Monde occidental dans l'océan Indien a été réalisée en trois étapes bien distinctes. Chacune d'entre elles a été ponctuée par un accord diplomatique anglo-américain conclu en forme simplifiée à Londres sous forme d'échange de notes, selon une pratique anglo-saxonne bien établie, et entré en vigueur le jour même[65].

A.- Le traité anglo-américain du 30 décembre 1966, portant cession à bail stratégique des diverses composantes territoriales du BIOT

Avant même la création du BIOT par le décret-loi du 8 novembre 1965, les Britanniques avaient commencé à se démobiliser outre-mer et à se replier en Europe occidentale, sur l'océan Atlantique, la Manche et la mer du Nord. Renonçant à une stratégie mondiale incontestée au cours d'une période multiséculaire, ils ont progressivement retiré leurs forces militaires stationnées à l'est du canal maritime de Suez, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, et laissé les Américains assumer seuls, désormais, la défense des intérêts du Monde libre dans l'océan Indien. De

[64] A. ORAISON, « Une base militaire américaine permanente au cœur de l'océan Indien », *RRJ*, 2014, n° 3, p. 1529-1541.
[65] J. LARUS, « Diego Garcia : political clouds over a vital U.S. base », *Strategic Review*, winter 1982, n° 3, p. 44-55.

leur côté, les États-Unis, dont la stratégie relève d'une conception d'ensemble depuis 1945, ne pouvaient pas, à l'époque, se désintéresser d'une région déjà « *en effervescence* ». À ce sujet, le contre-amiral Henri Labrousse souligne que les États-Unis n'ont pas voulu « *laisser l'URSS remplir le vide créé par le désengagement britannique à l'est de Suez* »[66]. C'est donc bien dans un climat de « *guerre froide* » que les États-Unis ont accepté d'assurer la relève militaire de la Grande-Bretagne dans l'océan Indien.

Rendu public à la suite d'un échange de notes publiées le 25 avril 1967 sous forme d'un Livre blanc, le premier traité anglo-américain signé à Londres le 30 décembre 1966 est très court puisqu'il ne comprend que 11 articles et deux annexes. Mais il est fondamental, dès lors qu'il donne le « *coup d'envoi* » d'une course américano-soviétique aux armements dans un immense espace maritime, jusque-là considéré comme un « *lac de paix franco-britannique* ». Pour nombre d'observateurs, les deux grandes puissances occidentales seraient chronologiquement responsables de l'extension de l'affrontement idéologique et politique Est-Ouest dans la zone océan Indien.

Sur un plan strictement juridique, l'accord anglo-américain du 30 décembre 1966 peut s'analyser en une cession à bail qui est une technique impliquant une cession de territoire sans transfert définitif de souveraineté[67]. Les professeurs Claude-Albert Colliard et Louis Dubouis font observer que la formule de la cession à bail de certains territoires est ancienne. Mais ils prennent soin de préciser aussitôt qu'elle a surtout été mise en œuvre par les « *puissances européennes dans le cadre de leur politique d'expansion économique en Chine, à la fin du XIXe siècle* »[68]. Certes, la Chine communiste a récupéré à la fin du XXe siècle tous les territoires que la Chine impériale avait dû céder à bail pour une longue période, généralement fixée à 99 ans. Mais cette institution qui a fait florès à l'époque coloniale n'est pas pour autant devenue – pour reprendre

---

[66] H. LABROUSSE, *Le Golfe et le Canal. La réouverture du canal de Suez et la paix internationale*, Paris, PUF, 1973, p. 69.

[67] Édité sous l'égide du professeur Jean Salmon, le *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 161) définit ainsi la cession à bail : « *Opération par laquelle un État confère pour un temps déterminé, à un autre État, le droit d'exercer des pouvoirs souverains sur une partie de son territoire. L'État cédant reste titulaire de la souveraineté et garde vocation à en récupérer la plénitude à l'issue du délai convenu* ». Au sujet des caractéristiques de la cession à bail, consulter également P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2016, p. 90-91.

[68] C.-A. COLLIARD et L. DUBOUIS, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1995, p. 41.

l'expression sardonique de Claude-Albert Colliard – « *une pièce du musée des institutions internationales* » [69] . C'est dire qu'elle n'a pas complètement disparu avec le phénomène planétaire de la décolonisation dans la seconde moitié du XXe siècle.

Les professeurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet soulignent que « *la technique de la cession à bail a été réactivée à la fin de la Seconde Guerre mondiale, afin de répondre à des préoccupations militaires et stratégiques* »[70]. Le procédé de la cession à bail à des fins stratégiques a surtout été appliqué par les puissances occidentales et tout particulièrement par les États-Unis à l'époque de la rivalité Est-Ouest[71]. Mais malgré la fin de la confrontation américano-soviétique pour la direction des affaires du monde, le 31 décembre 1991, de nombreuses bases militaires américaines sont maintenues en activité dans divers pays d'Europe occidentale, dans la région du Proche-Orient, dans les émirats du golfe Arabo-Persique, en Extrême-Asie et dans certaines possessions américaines ou britanniques dispersées dans la Caraïbe, l'océan Atlantique, l'océan Indien et le Pacifique.

Dûment enregistré par la Grande-Bretagne au Secrétariat des Nations Unies à New York, le 22 août 1967, conformément aux prescriptions du premier alinéa de l'article 102 de la Charte de San Francisco, le traité anglo-américain du 30 décembre 1966 a pour objet de rendre « *disponibles* » à titre temporaire – en fait pour une période déterminée mais généralement très longue et éventuellement renouvelable – et à des fins exclusivement militaires toutes les îles intégrées dans le BIOT, lui-même créé unilatéralement par le Gouvernement britannique le 8 novembre 1965 et brièvement dénommé « *Le Territoire* » dans le présent engagement international.

Après avoir décrété en une formule laconique, dans son article 1er, que « *Le Territoire demeurera sous la souveraineté du Royaume-Uni* » et

---

[69] Cette expression a été employée à propos de la non-application du Chapitre VII de la Charte de San Francisco à l'époque de la rivalité idéologique et politique américano-soviétique et avant sa mise en œuvre effective dans la première « *Guerre du Golfe* », en 1990-1991. C.-A. COLLIARD, *Institutions des relations internationales*, Paris, Dalloz, 1990, p. 405-406.

[70] P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 537.

[71] Pour un exemple de cession à bail stratégique au profit des Américains (un exemple ancien et aujourd'hui caduc), consulter CH. ROUSSEAU, « États-Unis et Philippines. Signature de l'échange de notes du 16 septembre 1966 réduisant la durée de la cession à bail des bases consenties aux États-Unis par l'accord du 19 mars 1947 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1967, n° 2, p. 417-418.

précisé, dans son article 2, sur le fait que « *les îles seront rendues disponibles pour répondre aux besoins des deux Gouvernements en matière de défense* », le traité anglo-américain consacre la technique de la cession à bail de territoires à des fins stratégiques dans son article 11. Celui-ci est ainsi rédigé : « *Le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement du Royaume-Uni prévoient que les îles resteront disponibles pendant un laps de temps indéterminé afin de répondre aux besoins éventuels des deux Gouvernements en matière de défense. En conséquence, après une période initiale de 50 ans, le présent Accord demeurera en vigueur pendant une période supplémentaire de 20 ans, à moins qu'un des deux Gouvernements, deux ans au plus avant la fin de la période initiale, notifie à l'autre sa décision d'y mettre fin, auquel cas le présent Accord expirera deux ans après la date de cette notification* ». L'article 6 du traité de Londres du 30 décembre 1966 apporte, par ailleurs, une précision non négligeable, formulée en ces termes : « *Les aéronefs commerciaux ne seront pas autorisés à utiliser les aérodromes militaires du Territoire* »[72].

Compte tenu de la situation conflictuelle qui prévaut en 2016 au Proche-Orient où perdure depuis 1948 le différend israélo-palestinien[73] ; en Asie centrale où la République islamique d'Iran est toujours perçue comme un danger par les États de la péninsule Arabique, bien qu'elle ait renoncé à se doter de l'arme nucléaire par un traité conclu le 14 juillet 2015[74] ; à la Corne de l'Afrique déstabilisée par la guerre au Yémen[75] et dans le golfe d'Aden où les actes de piraterie compromettent la liberté de navigation dans la partie occidentale de l'océan Indien[76] ; en Irak dont le territoire a été illégalement occupé par les États-Unis de 2003 à 2011 alors même que la sécurité n'a toujours pas été rétablie à l'intérieur d'un pays

[72] Consulter les recueils de traités suivants : *Treaties and Other International Acts Series (TIAS)* 6196, *Cmnd* 3231 et *Treaty Series*, n° 15 (1967). Consulter également les deux versions – anglaise et française – du traité anglo-américain signé à Londres le 30 décembre 1966 *in Recueil des traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*, 1967, volume 603, n° 8737, New York, 1970, p. 274-291.

[73] J. SALINGUE, *À la recherche de la Palestine. Au-delà du mirage d'Oslo*, Paris, Éditions du Cygne, 2011, 210 p. ; S. HESSEL et V. DE KEYSER, *Palestine, la trahison européenne*, Paris, Fayard, 2013, 286 p.

[74] L. BALMOND, « Iran/Allemagne, Chine, États-Unis, France, Royaume-Uni, Russie (P5). Accord sur le nucléaire iranien, 14 juillet 2015 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2015, n° 3, p. 649-651.

[75] G. PRUNIER, « Rivalités régionales et convoitises des grandes puissances. La Corne de l'Afrique dans l'orbite de la guerre au Yémen », *Le Monde diplomatique*, septembre 2016, p. 6-7.

[76] N. GUIBERT, « Les Européens dressent le constat d'échec de l'action militaire contre la piraterie », *Le Monde*, jeudi 19 juillet 2012, p. 4.

encore fortement menacé en 2016 par l'organisation terroriste sunnite « *État islamique en Irak et au Levant* », également connue sous l'acronyme anglais Daesh[77] ; en Afghanistan où le Gouvernement de Kaboul est inquiété par des mouvements djihadistes en dépit de l'annonce par le président Barack Obama, le 27 mai 2014, d'un calendrier pour le retrait de l'armée américaine du territoire afghan qui devait en principe être achevé en 2016 mais ne l'est toujours pas[78] et enfin dans le sous-continent Indien où se prolonge, depuis 1947, la rivalité indo-pakistanaise à propos de la province du Cachemire[79], tous les spécialistes en géopolitique et en géostratégie étaient convaincus que le bail initial consenti pour 50 ans aux États-Unis par la Grande-Bretagne sur toutes les composantes du BIOT serait reconduit, à la date du 30 décembre 2016, pour une période additionnelle de 20 ans.

Deux autres clauses du traité anglo-américain du 30 décembre 1966 méritent ici d'être citées. D'abord, l'article 5 de l'accord tend à éviter toute confusion entre les investissements réalisés à Diego Garcia par les Américains et ceux consentis par les Britanniques. À cette fin, il contient la précision suivante : « *Chaque Gouvernement assumera normalement le coût de l'aménagement des sites et de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de toutes les installations érigées pour répondre à ses propres besoins* ». Quant à l'article 3 du traité de cession à bail, il dispose ce qui suit : « *Le Gouvernement du Royaume-Uni se réserve le droit d'autoriser des pays tiers à utiliser les installations de défense dont il a assumé le coût, mais consultera, le cas échéant, le Gouvernement des États-Unis avant d'octroyer une telle autorisation. L'utilisation par un pays tiers d'installations dont le coût aura été pris en charge par le Gouvernement des États-Unis ou par les deux Gouvernements fera l'objet d'un accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le Gouvernement des États-Unis* ».

Mais cette possibilité n'a jamais été mise en œuvre. C'est dire que les militaires américains demeurent aujourd'hui les uniques et imposants locataires du BIOT à des fins stratégiques et l'on peut même ajouter – sans risque de se tromper – qu'il en sera encore ainsi à l'avenir, au moins

---

[77] CH. AYAD, « Les forces américaines quittent l'Irak en catimini. Les soldats envoyés par George Bush en 2003 laissent derrière eux un pays miné par l'insécurité et la corruption », *Le Monde*, mardi 20 décembre 2011, p. 4.

[78] C. LESNES, « Barack Obama achèvera le retrait total de ses soldats d'Afghanistan fin 2016 », *Le Monde*, jeudi 29 mai 2014, p. 3.

[79] B. PEER, « Soixante ans de conflit entre l'Inde et le Pakistan. Demain, la paix au Cachemire ? », *Le Monde diplomatique*, avril 2009, p. 11 ; I. SAINT-MÉZARD, « Menaces, pressions et jeux d'influence. Inde et Pakistan se mesurent en Afghanistan », *Le Monde diplomatique*, janvier 2010, p. 12.

jusqu'à la nouvelle date butoir fixée au 30 décembre 2036. Faut-il enfin rappeler que seules les diverses composantes de l'archipel des Chagos sont « *militarisables* » depuis le 29 juin 1976, date à laquelle les îlots ancrés dans la partie occidentale de l'océan Indien – Aldabra, Desroches et Farquhar – ont été officiellement rétrocédés à la République des Seychelles, le jour de son accession à l'indépendance ?

Au plan international, la Grande-Bretagne ne pouvait accéder aux désirs des Seychellois de récupérer ces atolls sans consulter les États-Unis qui peuvent utiliser toutes les îles intégrées dans le BIOT à des fins stratégiques, en vertu du traité anglo-américain signé à Londres le 30 décembre 1966. Des tractations tripartites ont abouti à trois accords bilatéraux – anglo-américain, anglo-seychellois et américano-seychellois – sur le principe et les modalités de leur rétrocession. Le traité anglo-américain qui révise celui du 30 décembre 1966 est conclu à Londres les 22 et 25 juin 1976 sous la forme d'un échange de notes, ayant effet à partir du 28 juin 1976[80]. Les États-Unis acceptent le principe de la restitution des îlots Aldabra, Desroches et Farquhar aux Seychelles. Mais ils exigent, en contrepartie, le maintien en service du centre de repérage des satellites mis en orbite dans le cadre de leurs activités spatiales – un centre installé à Mahé (l'île principale des Seychelles) – en vertu d'un autre traité anglo-américain, également signé à Londres le 30 décembre 1966. Moyennant une contrepartie financière de dix millions de dollars, les États-Unis ont pu ainsi obtenir des Seychellois un bail de location de la *Tracking Station* qui a pris fin le 30 septembre 1996, après avoir fait l'objet d'une révision en 1986[81].

Aussitôt après l'entrée en vigueur du traité anglo-américain signé à Londres le 30 décembre 1966 et portant cession à bail stratégique de l'ensembles des îles constitutives du BIOT pour une première période d'un demi-siècle, la situation s'est rapidement détériorée dans l'océan Indien lors de la seconde obstruction du canal maritime de Suez par l'Egypte, intervenue le 6 juin 1967 au lendemain du déclenchement de la « *Guerre des Six Jours* » et, une nouvelle fois, en violation des dispositions de la Convention de Constantinople du 29 octobre 1888[82]. En

[80] *TIAS* 8376.

[81] Consulter le traité américano-seychellois signé à Victoria le 29 juin 1976 *in TIAS* 8385. Consulter également CH. CADOUX, « Seychelles : l'An I de la République », *APOI*, 1976, volume III, p. 397-407 et notamment p. 401, note 21.

[82] Creusé en territoire égyptien entre 1859 et 1869 par l'ingénieur français Ferdinand de Lesseps avec des capitaux français et britanniques et inauguré par l'Impératrice française Eugénie le 17 novembre 1869, le canal de Suez est une voie d'eau artificielle sans écluse, longue de 200 kilomètres avec ses chenaux d'accès en Méditerranée et en mer Rouge, large de 280 à 345 mètres, profonde de 22,50 mètres et reliant, *via* deux

mettant en communication, à travers le territoire égyptien, l'océan Atlantique (*via* la Méditerranée) et l'océan Indien (*via* le golfe de Suez et la mer Rouge), le canal de Suez a pour objectif majeur de réduire considérablement les distances entre les pays de l'Europe occidentale et ceux de l'Extrême-Orient, dès lors qu'il évite aux navires de commerce et aux navires de guerre de contourner l'immense continent africain et d'emprunter la route commerciale maritime du Cap de Bonne-Espérance, à la jonction des océans Atlantique et Indien. Sa fermeture prolongée a eu pour conséquence immédiate et principale de transformer le troisième océan du monde, par son étendue, en « *autoroute des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* » et d'en faire désormais une zone durablement prioritaire pour l'économie des nations occidentales.

La fermeture du canal de Suez pendant huit années a même contribué à accélérer le processus de militarisation de l'océan Indien par les grandes puissances maritimes et nucléaires et, en dépit de sa réouverture officielle le 5 juin 1975, le passage maritime par le Cap – l'ancienne « *Route des Indes* », *via* le canal de Mozambique – conserve tout son intérêt, ne serait-ce que pour des considérations techniques. Construits de manière systématique pour des raisons de rentabilité économique à partir de 1967, les pétroliers géants ou *supertankers* de plus de 150 000 tonnes de jauge ne peuvent pas en effet traverser la voie d'eau artificielle en 1975, en raison de leur imposant tonnage[83]. Entre-temps, il est vrai, une seconde étape très importante est franchie à Londres dans le processus de militarisation de l'archipel des Chagos avec la signature du traité anglo-américain du 24 octobre 1972.

---

lacs naturels, les villes de Port-Saïd (sur la Méditerranée) et de Suez (sur la mer Rouge). Après avoir été obstrué pendant plus cinq mois (du 3 novembre 1956 au 10 avril 1957) à la suite de l'expédition militaire franco-britannique contre l'Égypte du Président Gamal Abdel Nasser, le canal a été fermé une seconde fois à la navigation par l'Égypte pour une durée de 8 ans (du 6 juin 1967 au 5 juin 1975). CH. ROUSSEAU, « Égypte (R.A.U.). Fermeture du canal de Suez par les autorités égyptiennes à la suite du déclenchement des hostilités avec Israël (6 juin 1967) », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1968, n° 2, p. 427-430. Réalisés récemment, des travaux d'approfondissement et d'élargissement du canal existant sur une portion de 37 kilomètres ainsi que le creusement d'un nouveau canal de 35 kilomètres dans sa partie orientale, au niveau de la ville d'Ismaïlia, permettent désormais aux navires de circuler dans les deux sens sur toute la longueur de la voie d'eau internationale, avec à la clef un gain de temps appréciable. Le 6 août 2015, le Président égyptien Abdel Fattah Al-Sissi a pu ainsi inaugurer avec faste ce qu'on appelle le « *Nouveau canal de Suez* ». H. SALLON, « M. Sissi met en scène sa *nouvelle Égypte*. M. Hollande est l'invité d'honneur de la cérémonie d'inauguration, jeudi 6 août, de l'extension du canal de Suez », *Le Monde*, mercredi 5 août 2015, p. 2.

[83] CH. ROUSSEAU, « Égypte. Réouverture du canal de Suez (5 juin 1975) », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1975, n° 4, p. 1116-1120.

B.- Le traité anglo-américain du 24 octobre 1972, portant création d'un « *centre commun de communications navales* » sur l'atoll de Diego Garcia

L'Union soviétique ne pouvait pas ne pas réagir lorsque les États-Unis ont obtenu de la Grande-Bretagne en 1966 la cession à bail stratégique des îles constitutives du BIOT pour une période initiale de 50 ans. Tout naturellement, la superpuissance a cherché à « *montrer le pavillon* » de plus en plus souvent et de manière de plus en plus ostensible dans l'océan Indien. De fait, les dirigeants du Kremlin ont renforcé la présence militaire soviétique dans cette région à partir de 1967, au lendemain du troisième conflit israélo-arabe. Mais à son tour, la démonstration de force de l'URSS dans l'océan Afro-asiatique a provoqué une politique de surenchère de la part des Américains et des Britanniques[84].

Passant outre aux objections de plus en plus vives formulées par la plupart des États riverains – notamment celles de l'Inde et du Sri Lanka – et donnant suite à une intention exprimée dans le traité de cession à bail signé à Londres le 30 décembre 1966, les puissances occidentales ont rapidement réagi à la suite d'un entretien au sommet, à Camp David, entre le Président américain républicain Richard Nixon et le Premier ministre britannique conservateur Sir Edward Heath. Dans un communiqué conjoint, daté du 15 décembre 1970, elles ont annoncé leur intention de signer dans les meilleurs délais un nouvel accord en vue d'installer, non pas une « *base militaire* » proprement dite à Diego Garcia, mais une « *station de communications par satellite* » afin de combler un vide dans le système de communications des États-Unis et de la Grande-Bretagne dans une région considérée comme hautement stratégique et où la pénétration navale soviétique – une pénétration devenue permanente à la fin de la décennie « *60* » – est de nature à préoccuper, à l'époque, les deux pays occidentaux[85]. Conclu en forme simplifiée à Londres le 24 octobre 1972 et entré en vigueur le jour même, le deuxième traité anglo-américain a vocation à rester en vigueur aussi longtemps que le traité initial du 30 décembre 1966, un traité désormais renouvelé pour une période de 20 ans jusqu'au 30 décembre 2036.

---

[84] J. N., « Sillages soviétiques sur l'océan Indien », *Revue Défense Nationale*, avril 1971, n° 299, p. 647-658.

[85] Consulter le communiqué anglo-américain du 15 décembre 1970 et son commentaire *in The New York Times*, 16 décembre 1970, p. 47.

Personne n'en disconvient : à tous égards, le choix de l'atoll de Diego Garcia pour l'établissement d'un « *centre commun de communications navales* » anglo-américain est rationnel. Ancré au sud-est du Banc des Chagos, cet îlot émerge par 07° 19' de latitude sud et 72° 27' de longitude est – coordonnées prises au niveau de la Pointe-Marianne – à proximité de quatre grandes masses continentales : l'Afrique, l'Antarctique, l'Asie et l'Australie. Portant le nom d'un capitaine portugais qui le découvrit au début du XVIe siècle, vraisemblablement en 1532, pratiquement inconnu du monde de la géopolitique et de la géostratégie avant la création du BIOT en 1965, difficile à trouver sur un atlas normal avant 1972 et qui, jusqu'à cette date, n'avait pas été jugé digne de figurer dans la célèbre *Encyclopædia Britannica* fondée en 1768, le modeste îlot de Diego Garcia a, sans aucun doute, été choisi en raison de sa position privilégiée au cœur du bassin central de l'océan Indien[86].

Diego Garcia est semblable à un « *porte-avions indestructible* » – pour reprendre l'expression de Sir Winston Churchill en parlant de Malte – à proximité duquel passent tous les navires et aéronefs qui veulent traverser l'océan Indien. Sa situation d'observatoire privilégié au carrefour des routes maritimes reliant l'Europe occidentale et l'Extrême-Asie, *via* le canal de Suez et le détroit de Malacca, a été déterminante pour les Américains lorsqu'ils ont voulu ériger ce qu'ils ont convenu d'appeler pudiquement dans un premier temps – afin de ne pas effaroucher les pays riverains – un « *centre commun de communications navales* » dans cette région. Mais ses caractéristiques physiques ont également été décisives pour les États-Unis et la Grande-Bretagne lorsque ces États ont voulu installer une station aéronavale aux Chagos. Étendue sur presque toute la couronne d'un atoll allongé et presque complètement fermé qui rappelle la forme d'un fer à cheval ou d'une empreinte de pied humain[87], l'île de Diego Garcia est la plus vaste des Chagos avec une superficie de 45 kilomètres carrés, en y incluant son lagon intérieur. Basse, sablonneuse et pratiquement sans relief, l'île s'étire sur 22 kilomètres. Dans sa partie la plus resserrée, au niveau de la Pointe de l'Est, sa largeur est de l'ordre de 5 kilomètres (lagon compris). Quant à la couronne récifale, elle a une épaisseur moyenne de quelques centaines de mètres et une largeur maximale de 3 kilomètres à la Pointe Nord-Ouest. Elle abrite enfin un

[86] A. TOUSSAINT, « L'atoll de Diego Garcia », *Revue Afrique Contemporaine*, 1971, n° 55, p. 9-11.

[87] Cette forme particulière justifie sans doute le surnom de « *Footprint of Freedom* » – « *Empreinte de pas de la Liberté* » – donné à l'atoll de Diego Garcia par les stratèges du Pentagone. Sur la partie supérieure d'un château d'eau de la base militaire anglo-américaine érigée sur ce récif, on peut d'ailleurs lire le slogan : « *Welcome to the Footprint of Freedom* ».

immense lagon interne – cas rarissime dans l'océan Indien – dont la largeur peut atteindre 10 kilomètres et la profondeur 31 mètres. Avec l'île française de Mayotte et la baie malgache de Diego Suarez, toutes deux postées en sentinelles dans la partie septentrionale du canal de Mozambique, l'atoll britannique de Diego Garcia dispose ainsi d'un des plus grands ports naturels de l'océan Indien. C'est dire son importance au plan stratégique. Capable d'accueillir une véritable armada de navires de surface – y compris des porte-avions géants – et des sous-marins nucléaires d'attaque, le lagon n'est accessible que par le nord, par la passe récifale principale qui permet aux bateaux d'y pénétrer et d'en sortir.

Au demeurant, le traité anglo-américain du 24 octobre 1972 prend soin de définir ce qu'il faut entendre par Diego Garcia : il s'agit de l'île proprement dite, de son lagon intérieur et de trois écueils madréporiques postés en sentinelles à l'entrée du lagon, dans la partie nord (article 19). Mais la construction de la station aéronavale de Diego Garcia est prévue dans la zone occidentale de l'atoll, c'est-à-dire à l'endroit où la couronne récifale est la plus large et la profondeur du lagon la plus grande. La zone occidentale est elle-même précisée et délimitée dans une annexe cartographique jointe au traité. C'est dire, *a contrario*, que le secteur oriental de Diego Garcia et les autres éléments constitutifs du groupe des Chagos ne sont pas directement visés par l'accord de 1972[88]. En outre, le traité anglo-américain du 24 octobre 1972 insiste curieusement sur le fait que les activités de la station et de son personnel ne devront pas avoir d'incidences sur la flore et la faune locales. Représenté à Diego Garcia par un officier de liaison de la *Royal Navy*, le Commissaire du BIOT est chargé, à cet égard, de prendre toutes les mesures utiles pour assurer la protection de l'environnement terrestre et marin de l'archipel des Chagos (article 7). De fait, après avoir déclaré une zone de pêche exclusive de 200 milles nautiques autour des îles Chagos, le 1er octobre 1991, les autorités britanniques ont institué une « *zone de protection et de préservation environnementale* » dans les mêmes limites, le 17 septembre 2003[89].

Mais la Grande-Bretagne est allée encore plus loin en annonçant, le 1er avril 2010, la création d'une « *aire marine protégée* » (« *marine protected area* » ou MPA) englobant les îles Chagos et leurs eaux environnantes, à l'exception toutefois de l'atoll militarisé de Diego Garcia, avec notamment une interdiction de pêcher dans le but inavouable

[88] *TIAS* 7481, *Cmnd* 5160 et *Treaty Series*, n° 126, 1972.

[89] BIOT Fishery Limits Ordinance (1er octobre 1991) et BIOT Environment (Protection and Preservation) Zone (17 septembre 2003), *British Yearbook of International Law*, respectivement 1991, tome 62, p. 648 et 2003, tome 74, p. 680.

– mais néanmoins révélé par le site Internet *WikiLeaks*[90] – de faire obstacle au retour des Chagossiens sur leurs terres natales ou la terre de leurs ancêtres. Cependant, dans une décision préalable rendue le 18 avril 2013, la Haute Cour de Justice de Londres a donné raison au Gouvernement britannique qui refusait d'admettre l'authenticité des câbles diplomatiques américains mis en ligne par *WikiLeaks* : ainsi, le Groupe Réfugiés Chagos (GRC) – animé par son leader Olivier Bancoult – n'a pas été en mesure d'utiliser les correspondances anglo-américaines affichées par le site Internet pour remettre en cause la création de l'« *aire marine protégée* » aux Chagos. Par la suite, cette création a été reconnue valide en première instance par la Haute Cour de Justice dans un jugement du 11 juin 2013 en tant que création écologique, compatible de surcroît avec les lois en vigueur au sein de l'Union européenne[91]. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Londres dans un arrêt du 23 mai 2014[92], puis par la Cour suprême du Royaume-Uni le 8 février 2018[93]. Mais comme on peut s'en douter, il a été vilipendé par les Chagossiens et les Mauriciens avant d'être remis en cause par une sentence arbitrale prononcée, dès le 18 mars 2015, par un Tribunal international qui avait été saisi par la République de Maurice le 20 décembre 2010[94].

Cette importante parenthèse étant fermée, l'accord stratégique anglo-américain du 24 octobre 1972 décide enfin que le Gouvernement de Washington s'engage à créer une station météorologique sur la plateforme de Diego Garcia et à fournir toutes les informations météorologiques disponibles qui pourraient être nécessaires aux Gouvernements de Londres et de Port-Louis pour remplir leurs obligations, tant nationales qu'internationales (article 9).

---

[90] L. BALMOND, « États-Unis/Royaume-Uni. Arrangement sur le statut de l'Archipel des Chagos », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2011, n° 1, p. 190-191.

[91] A. DRENEAU, « Droit au retour des Chagossiens. La Haute Cour de Londres refuse de reconnaître l'illégalité du Parc marin », *Témoignages*, jeudi 13 juin 2013, p. 8.

[92] Contrairement à la décision préalable du 18 avril 2013, l'arrêt du 23 mai 2014 reconnaît l'admissibilité devant une juridiction britannique de certains documents diplomatiques confidentiels et secrets, dès lors que ces documents ont déjà fait l'objet d'une révélation au public par une tierce partie, en l'espèce *WikiLeaks*. ANONYME, « Devant la Cour d'appel de Londres. Chagos : Londres obtient gain de cause sur le MPA », *Le Mauricien*, samedi 24 mai 2014, p. 7.

[93] À son tour, la Cour suprême admet, à l'unanimité, que le câble diplomatique évoqué par le GRC aurait dû être retenu comme mode de preuve devant la juridiction de première instance avant d'affirmer toutefois, à la majorité, que son exclusion ne remettait pas en cause la validité de sa décision. F. BANC et V. MOONIEN, « Chagos. Création d'un parc marin. Les Chagossiens déboutés par la justice britannique », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 9 février 2018, p. 44.

[94] Voir *infra*.

Conformément au second accord anglo-américain, les travaux entrepris à Diego Garcia ont consisté à apporter un minimum de facilités aux forces aériennes et navales des États-Unis et de la Grande-Bretagne. Ces travaux ont été réalisés sur l'emplacement d'une ancienne base militaire qui avait permis aux avions de la *Royal Air Force* de jouer un rôle non négligeable lors de la Deuxième Guerre mondiale dans le repérage et la poursuite des sous-marins allemands et japonais présents dans la région de l'océan Indien. Les travaux comportaient l'installation de dépôts de carburants, l'édification d'un centre de télécommunications et d'écoute relayé par satellites afin d'assurer le contrôle du trafic maritime et aérien dans l'océan Indien, la construction d'une station météorologique et des locaux à usage d'habitation pour loger, dans un premier temps, 450 personnes – tant civiles que militaires – ainsi que l'aménagement d'un abri portuaire permettant le séjour d'un certain nombre de navires de guerre. Les travaux portaient enfin sur la création d'une piste d'atterrissage de 2 400 mètres de long capable, à cette époque, de réceptionner les vieux mais robustes appareils de transport militaire « *C-130* » et « *C-141* »[95]. Supportés essentiellement par les États-Unis grâce à des crédits votés par le Congrès, ces travaux ont été pour l'essentiel achevés en décembre 1974.

Désormais, les drapeaux américains et britanniques flottent côte à côte sur le nouveau « *centre commun de communications navales* », pour reprendre la prudente terminologie employée à l'origine par les puissances anglo-saxonnes. Avec l'entrée en vigueur du traité anglo-américain du 24 octobre 1972, c'est la première fois – il faut ici le souligner – que l'atoll de Diego Garcia est appelé à jouer un rôle déterminant au double plan géopolitique et géostratégique dans l'histoire de l'océan Indien[96]. Encore

[95] Rapport du Comité spécial de l'océan Indien, Assemblée générale, *Documents officiels*, 29e session, supplément n° 29 (A/9629), Nations Unies, New York, 1974, p. 24.

[96] Néanmoins, les Anglais étaient convaincus – dès la seconde moitié du XVIIIe siècle – de la valeur stratégique de l'atoll de Diego Garcia en raison de sa position privilégiée au cœur du bassin central de l'océan Indien et de son vaste lagon intérieur, accessible à tous les navires de guerre et de commerce de l'époque. Les agents de l'*East India Company* à Bombay avaient envoyé une forte expédition composée de 4 vaisseaux à Diego Garcia, le 18 mars 1786, pour essayer d'y établir une base de ravitaillement, alors même que des colons français en provenance de l'archipel des Mascareignes (La Réunion et Maurice) y étaient déjà installés avec leurs esclaves. Cependant, cette opération – comme l'indique Auguste Toussaint – fut très « *mal combinée* » et finalement « *échoua* ». L'historien précise que cette expédition eut néanmoins une suite positive, ainsi présentée : « *En 1786, l'hydrographe Horsburgh, qui se trouvait alors à Bombay, envoya le lieutenant Blair, de la Bombay Marine, pour relever avec précision l'ensemble des îles Chagos. Alexander Dalrymple publia les résultats de ce relevé, en 1788, sous le titre de Remarks and observations on a survey*

convient-il de préciser qu'à la suite d'un renforcement prévisible et de plus en plus manifeste de la présence navale de l'Union soviétique dans cette partie du monde, au début de la décennie « *70* », le rôle de Diego Garcia a encore été renforcé avec la construction, sur cet atoll, d'une véritable base militaire en vertu d'un troisième traité anglo-américain, également signé à Londres le 25 février 1976.

C.- Le traité anglo-américain du 25 février 1976, portant création d'une base militaire aéronavale sur l'atoll de Diego Garcia

La signature du traité anglo-américain du 24 octobre 1972 et le déploiement de l'*US Navy* dans l'océan Indien avaient aussitôt provoqué de nouvelles protestations de la part des États riverains ainsi qu'un renforcement de la présence militaire de l'Union soviétique dans cette région. Voici à l'occasion une constante qu'il convient de rappeler : il n'existe pas de superpuissance uniquement continentale. Jusqu'à sa dissolution en 1991, l'Union soviétique n'a pas fait exception à la règle : il en a été ainsi dès la nomination, en 1956, de l'amiral Sergueï Gorchkov comme commandant en chef de la marine de guerre soviétique[97]. En outre, l'océan Indien a toujours été considéré par les dirigeants du Kremlin comme une voie de transit naturelle primordiale, au double plan économique et militaire, entre les ports ukrainiens de la mer Noire comme Odessa et Sébastopol, les ports russes de la mer Baltique comme Kaliningrad et Leningrad – rebaptisée Saint-Pétersbourg en 1991 – et ceux de l'Extrême-Asie soviétique dans le Pacifique où se trouve la « *base-mère* » russe de Vladivostok – la « *Puissance de l'Est* » – au terminus du légendaire Transsibérien, face au Japon et à proximité des frontières chinoise et nord-coréenne. On comprend dès lors pourquoi les Russes ont toujours rêvé, depuis l'époque des tsars, d'accéder aux « *mers chaudes* » sur lesquelles ils n'ont aucun débouché naturel direct.

Mais l'Union soviétique n'a jamais disposé dans l'océan Indien d'une station militaire aéronavale analogue à celle qui a été installée à Diego Garcia par les États-Unis. Il s'agit là pour elle d'un handicap majeur dans la mesure où cette région du monde est très éloignée de ses

---

in the Chagos Archipelago ». A. TOUSSAINT, *L'océan Indien au XVIIIe siècle*, Paris, Flammarion, 1974, p. 65. Consulter également W. A. SPRAY, « British surveys in the Chagos archipelago and attempts to form a settlement at Diego Garcia in the late eighteenth century », *The Mariner's Mirror*, janvier 1970, volume 56, n° 1, p. 59-76.

[97] S. GORCHKOV, *The Sea Power of the State*, Paris, Pergamon Press, 1979, 290 p.

principales bases dispersées dans l'Arctique, la mer Baltique, la mer Noire et l'Extrême-Orient sibérien. Désireux néanmoins de montrer leur pavillon dans l'océan Indien et, par-là, renforcer les liens qu'ils ont noués avec certains pays riverains, les Soviétiques ont eux aussi obtenu des facilités de mouillage pour leurs navires de guerre dans plusieurs ports de la région : ainsi, à Assab (Éthiopie) sur la mer Rouge à partir de 1978, à Dar Es-Salaam (Tanzanie), à Chittagong (Bangladesh), à Maputo (Mozambique), à Port-Louis (Maurice), à Victoria (Seychelles), dans certains ports de l'Inde comme Bombay et Madras[98], dans les îles de Perim et de Socotra ainsi qu'à Aden (Sud-Yémen), d'où ils ont pu contrôler le passage des navires de guerre et de commerce dans le détroit de Bab El-Mandeb, concurremment avec la France qui dispose dans la République de Djibouti d'une importante base militaire aéronavale[99].

Ainsi, dès le début de la décennie « *70* » et jusqu'à son implosion, le 31 décembre 1991, les mouvements de l'*US Navy* dans l'océan Indien n'ont pu échapper à la surveillance de l'Union soviétique et de son armada, composée d'une quinzaine de bâtiments de surface pourvus de systèmes d'armes de plus en plus sophistiqués, épaulée par une importante flotte de « *chalutiers électroniques* » – des navires capables de pêcher les poissons et d'intercepter les informations – et complétée par une force de sous-marins nucléaires d'attaque (SNA) à la présence occasionnelle et au nombre indéterminé[100]. La flotte de guerre soviétique avait alors la possibilité, à tout moment, de couper les routes maritimes de ravitaillement des puissances occidentales en ressources énergétiques et en matières premières stratégiques. Il faut enfin souligner qu'en dépit de ses difficultés politiques et économiques au niveau interne, l'Union soviétique a renforcé d'une manière spectaculaire sa marine de guerre au cours de la période 1988/1989, ainsi que le révèle l'Annuaire « *Flotte de Combat 1990* ». De fait, malgré ses orientations de politique intérieure, empreintes de souplesse dans le cadre de la révolution gorbatchévienne entre 1985 et 1991, l'Union soviétique a toujours été perçue – jusqu'à son effondrement létal – comme un adversaire redoutable par les Américains et les Britanniques.

---

[98] A. du CASTEL, « L'Inde et l'océan Indien », *Revue Défense Nationale*, avril 1988, n° 486, p. 99-113 ; K. JACOBSEN et S. HASAN KHAN, « Jeux dangereux en Asie du Sud. L'Inde à la recherche de la puissance », *Le Monde diplomatique*, juillet 2002, p. 21.

[99] Les avions soviétiques de reconnaissance à long rayon d'action ont pu ainsi être opérationnels à Aden, pratiquement jusqu'à la disparition de l'Union soviétique en décembre 1991.

[100] PH. LEYMARIE, « Diego Garcia et la nouvelle stratégie américaine dans l'océan Indien », *Revue Française d'Études Politiques Africaines*, 1977, n° 138-139, p. 94-107 et notamment p. 100-101.

Dans une logique de compétition croissante entre l'Est et l'Ouest et compte tenu de l'attitude prévisible des Soviétiques, hostiles à tout monopole du Monde libre dans l'océan Indien, les États-Unis ont alors été incités à accroître leur présence militaire dans cette « *zone de convoitises* ». Le Secrétaire d'État au *Foreign and Commonwealth Office* a ainsi révélé à la Chambre des Communes, dès le 5 février 1974, que le Gouvernement de Londres et celui de Washington, dirigé par le président républicain Richard Nixon, avaient conclu un nouvel accord de principe portant sur la transformation du « *centre commun de communications navales* » établi à Diego Garcia en une véritable base militaire. Pour justifier cette importante décision, Julian Amery a souligné qu'il est « *dans l'intérêt de l'Occident, de faire contrepoids aux activités soviétiques croissantes dans la zone de l'océan Indien* »[101]. L'initiative des puissances occidentales a aussitôt suscité, une nouvelle fois, des réactions défavorables de la part d'un grand nombre d'États riverains, notamment celles de l'Indonésie, de Madagascar et de Maurice. Cette initiative s'est également traduite par des notes de protestation adressées aux Gouvernements de Londres et de Washington par les Gouvernements de Colombo et de New Delhi. Ce dernier a ainsi accusé les deux États anglo-saxons d'« *intentions agressives* », de nature à compromettre la paix et la sécurité internationales dans l'océan Indien et de menacer l'indépendance de l'Inde et des autres États de la région. Dans sa déclaration du 5 février 1974, Julian Amery avait précisé qu'un accord plus complet serait conclu « *en temps utile* » par les Parties intéressées et que les troupes de la Grande-Bretagne auraient la possibilité d'utiliser les installations militaires édifiées par les États-Unis sur l'atoll de Diego Garcia. Se substituant à celui du 24 octobre 1972, un nouveau traité anglo-américain a été effectivement signé à Londres le 25 février 1976 sous forme d'un échange de notes entre les deux pays et – comme les traités précédents – il est entré en vigueur le jour même[102].

Financés une nouvelle fois, à titre principal, par les États-Unis et achevés pour l'essentiel au cours de la décennie « *80* », les travaux d'aménagement tous azimuts de la base militaire aéronavale de Diego Garcia sont très importants. Ils ont notamment porté sur l'amélioration des infrastructures portuaires et le dragage du lagon intérieur, dans sa partie occidentale, pour permettre la réception d'un plus grand nombre de

[101] *Parliamentary Debates, House of Commons*, volume 868, session 1973-1974, colonnes 276-277 ; CH. ROUSSEAU, « États-Unis et Grande-Bretagne. Annonce de la conclusion d'un accord entre les deux États pour l'aménagement de la base aérienne et navale de Diego Garcia (5 février 1974) », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1975, n° 2, p. 481-483.
[102] *TIAS* 8230, *Cmnd* 6413 et *Treaty Series*, n° 19, 1976.

navires de guerre dans un port en eau profonde. Il faut ainsi mentionner l'ouverture de nouveaux chenaux de navigation, la construction de quais ou embarcadères ainsi que la mise en place d'un bassin d'évitage, long de 1 830 mètres et large de 610 mètres, afin d'accueillir les porte-avions américains les plus grands ainsi que les sous-marins nucléaires d'attaque de l'*US Navy*[103].

Les travaux ont également concerné l'installation de citernes à grande capacité pour les carburants destinés aux avions de chasse, l'édification de nouveaux bâtiments pour le stockage des armes, munitions et pièces détachées, l'extension des casernes et locaux à usage d'habitation afin de loger – dans un premier temps – 1 700 militaires et la création de complexes sportifs[104]. Les travaux ont encore porté sur la création de nouveaux hangars pour abriter les avions au repos ou en réparation, l'agrandissement de l'aire de stationnement de l'aérodrome ainsi que la consolidation et l'allongement de la piste d'atterrissage à 3 659 mètres afin de pouvoir accueillir les avions d'observation à long rayon d'action (« *P 3C-Orion* »), les appareils de transport gros-porteurs (« *C5 Galaxy* »), les avions ravitailleurs en vol (« *KC-135* ») ainsi que les redoutables bombardiers (« *B-52* ») de l'*US Air Force*.

En dépit de nouvelles protestations véhémentes émanant autant de l'Union soviétique – jusqu'à sa disparition en 1991 – que de la plupart des pays riverains de l'océan Indien, la base aéronavale anglo-américaine de Diego Garcia – déjà opérationnelle dès la fin de la décennie « *70* » – a encore été consolidée dans un environnement perturbé et incertain, au cours des décennies « *80* » et « *90* », avant d'être utilisée par les États-Unis, chaque fois avec rapidité et efficacité (II).

II.- Les causes du renforcement et de l'utilisation de la base militaire américaine de Diego Garcia

La base militaire de Diego Garcia a été renforcée par les États-Unis à la suite d'événements graves survenus, coup sur coup, dans l'océan Indien. Mentionnons notamment la révolution islamique iranienne qui porte au

[103] Le bassin d'évitage est un plan d'eau portuaire suffisamment vaste pour permettre aux bateaux les plus imposants – en fait les porte-avions – de faire un demi-tour en tournant autour de leur ancre.

[104] Pour occuper les militaires américains et britanniques de la base de Diego Garcia en dehors des heures de service, un gymnase, un stade, une piscine, des courts de tennis et des parcours de golf ont été progressivement aménagés.

pouvoir l'ayatollah Rouhollah Khomeiny le 1er février 1979, l'invasion de l'Afghanistan par l'Union soviétique le 27 décembre 1979 et la « *guerre d'usure* » entre l'Irak et l'Iran, commencée le 22 septembre 1980. Avant le rétablissement de la paix entre ces deux pays, intervenue en 1988, le conflit s'était intensifié en 1987 avec la guerre des *tankers* dans le golfe Arabo-Persique[105]. Il était même devenu préoccupant pour les États-Unis dans la mesure où il risquait de conduire à l'obstruction du détroit d'Ormuz érigé, au fil des ans, en « *veine jugulaire* » de l'Occident pour son approvisionnement en ressources énergétiques[106]. Mais la chasse aux ressources vitales pour le Monde libre dans les décennies « *80* » et « *90* » ne se limite pas aux carburants dont sont friands les Coréens, les Japonais et l'ensemble des États industrialisés d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord.

Philippe Leymarie souligne que la déstabilisation accélérée de l'Afrique australe au cours de la décennie « *80* » a également inquiété les États-Unis car elle était de nature à les priver de certains produits miniers dont ils sont grands consommateurs, considérés comme sensibles par les experts américains et qu'on ne trouve, à l'époque, en abondance qu'en Afrique du Sud et en Union soviétique. On peut ici mentionner pêle-mêle l'antimoine, l'argent, le béryl, le chrome, le cuivre, le diamant mais aussi le manganèse, le mercure, le nickel, l'or, le platine, le titane, l'uranium et le vanadium[107]. Un rapport de l'office des ressources stratégiques du département du Commerce américain fait ainsi ressortir, en 1985, que l'interruption dans l'approvisionnement de ces matières premières pouvait engendrer de sérieuses difficultés à l'économie des États-Unis et à leur défense, dans les secteurs de pointe comme ceux de l'aéronautique et de l'aérospatiale. Il existe ainsi de multiples raisons pour que les Américains maintiennent une importante base militaire dans le bassin central de l'océan Indien, au cours des décennies « *80* » et « *90* ». À cet égard, la libération de Nelson Mandela le 11 février 1990 et son élection à la présidence de la République d'Afrique du Sud le 9 mai 1994, après le démantèlement de la politique d'*apartheid,* n'ont en rien infléchi la position des États-Unis dans cette partie du monde.

---

[105] N. RONZITTI, « La guerre du Golfe, le déminage et la circulation des navires », *AFDI,* 1987, p. 647-662.

[106] L. LIFSCHULTZ, « Washington renforce son dispositif militaire dans le Golfe et l'océan Indien. La mise en place d'un commandement militaire unifié régional », *Le Monde diplomatique,* février 1987, p. 16-17.

[107] PH. LEYMARIE, « Pérennité des atouts stratégiques de Pretoria », *Le Monde diplomatique,* février 1989, p. 10-11.

De la décennie « *60* » à aujourd'hui, tous les gouvernements qui se sont succédé à Washington, et leurs présidents respectifs – des républicains Richard Nixon à Donald Trump en passant par les démocrates Bill Clinton et Barack Obama – considèrent la base aéronavale érigée sur l'atoll de Diego Garcia comme un des principaux boucliers de l'Occident. De fait, les États-Unis ont imposé à plusieurs reprises leur volonté dans l'océan Indien par l'utilisation effective de leur base (B), après avoir acquis, dès le 1er janvier 1992, une suprématie militaire incontestée dans cette région (A).

A.- Le *leadership* américain dans l'océan Indien depuis le 1er janvier 1992

Malgré la taille modeste de Diego Garcia, la base militaire implantée sur l'île la plus australe de l'archipel des Chagos est comparable à celles qui ont été installées au Japon par les États-Unis, au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale. En raison de sa position géographique idéale, cette base aéronavale constitue le « *pivot central* » de la présence américaine sur les « *autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* » qui traversent l'océan Indien et contribue, par suite, à assurer la sécurité des pays africains et asiatiques pro-occidentaux de la région. Contrairement à certaines affirmations, il n'a jamais existé de base militaire américaine dans l'archipel des Seychelles. Située sur les hauteurs de Victoria, la *Tracking Station* n'est qu'une station de contrôle des engins porteurs de satellites créée en vertu d'un traité anglo-américain, établi sous forme d'échange de notes, signé à Londres le 30 décembre 1966 et entré en vigueur le jour même. L'accord avait été conclu à une époque où la Grande-Bretagne exerçait encore un droit de souveraineté sur le groupe des Seychelles[108]. De surcroît, la *Tracking Station* n'est plus opérationnelle depuis le 30 septembre 1996.

Sur l'atoll de Diego Garcia, les États-Unis peuvent « *prépositionner* » des troupes importantes et des matériels de plus en plus sophistiqués en vue d'une éventuelle intervention dans n'importe quel coin de la région, y compris en Asie centrale, à la Corne de l'Afrique ou au Proche-Orient. Au fil des ans, la petite plateforme de Diego Garcia – « *l'atoll miraculeux* » pour reprendre l'expression appropriée de Philippe

[108] *Recueil des Traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*, 1967, volume 603, n° 8736, New York, 1970, p. 245-271.

Leymarie, formulée dès 1981[109] – a été érigée au rang de complexe militaire aéronaval ultramoderne, permanent et polyvalent, probablement destiné à servir bien au-delà de la nouvelle date butoir du 30 décembre 2036 et pour lequel les États-Unis ont déjà dépensé des centaines de millions de dollars, d'abord pour son édification, puis pour son extension et sa modernisation et, bien sûr, pour son entretien et son utilisation. Avec la base de Diego Garcia, l'armée américaine – une armée qui est, sans conteste, la première au monde depuis 1945 – dispose d'une force de frappe pratiquement illimitée et d'une capacité exceptionnelle de déploiement dans la zone océan Indien.

Appliquée aux patrouilleurs maritimes à long rayon d'action de l'*US Navy*, la technique de ravitaillement en vol permet à partir de Diego Garcia – plaque tournante des télécommunications militaires occidentales dans l'océan Indien – de contrôler ou au minimum d'observer tout le trafic aérien et maritime sur un espace de 75 millions de kilomètres carrés. En observateur averti, Philippe Leymarie souligne également – dès 1976 – que cet îlot présente « *des avantages exceptionnels pour les stratèges américains* » dans la mesure où « *les avions n'ont à redouter, au départ de Diego Garcia, ni cyclones ni vents trop forts, fréquents dans d'autres parties de l'océan* »[110]. Un autre atout non négligeable de Diego Garcia – porte-avions immobile et insubmersible – mérite d'être connu. C'est son isolement : ses abords immédiats sont interdits et tous ses habitants – près de 1 400 personnes réparties en 426 familles – chassés par la ruse et la force de Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon (les seules îles habitées de l'archipel des Chagos) et dirigés, pour la plupart, vers Maurice entre 1967 et 1973, à la demande des Américains, alors obnubilés par le principe « *no people, no problem* »[111]. L'implantation d'une base militaire

[109] PH. LEYMARIE, *Océan Indien. Le nouveau cœur du monde*, Paris, Karthala, 1981, p. 256.

[110] PH. LEYMARIE, « Grandes manœuvres dans l'océan Indien. La base de Diego Garcia, sur la route des pétroliers et des cargos », *Le Monde diplomatique*, décembre 1976, p. 19.

[111] Rapport PROSSER (Conseiller au ministère britannique des affaires sociales pour le règlement des questions spécifiques aux territoires ultramarins) *in Mauritius-Resettlement of persons transferred from Chagos Archipelago*, september 1976, Government Printer, Port-Louis, Mauritius (7 pages). Concernant le drame des Chagossiens à la suite de leur expulsion de leurs terres natales et qui, depuis, survivent pour la plupart dans les faubourgs déshérités de Port-Louis – notamment à Baie-du-Tombeau, Cassis, Cité-La-Cure, Petite-Rivière, Pointe-aux-Sables, Poste Lafayette et Roche-Bois – après avoir été abandonnés à leur sort, le jour même de leur arrivée à Maurice, consulter P.-J. FRANCESCHINI, « La grande misère des déportés de Diego Garcia », *Le Monde*, 26 septembre 1975, p. 6 ; CH. ZORGBIBE, « L'affaire Diego Garcia », *Le Monde diplomatique*, mai 1980, p. 18 ; D. SNOXELL, « Anglo/American complicity in the removal of the inhabitants of the Chagos islands, 1964-73 », *Journal of Imperial and Commonwealth History*, 2009, tome 37, p. 127-134 ; A. ORAISON, « À propos des populations déportées des îles Chagos par les autorités britanniques : quel avenir pour les *Palestiniens de l'océan Indien* ? », *Diplomatie, Affaires Stratégiques et Relations Internationales*, mai-juin 2011, n° 50, p. 86-92.

à Diego Garcia, dans le bassin central de l'océan Indien, permet enfin au Pentagone de faire l'économie de plusieurs porte-avions dont l'immobilisation et le fonctionnement sont très coûteux pour l'*US Navy* qui n'en possède qu'une dizaine en activité[112].

Pour être exhaustif, il faut savoir que le Gouvernement de Washington a reconnu, en 2008, que des navires de guerre américains ancrés dans les eaux entourant les îles Chagos ont servi de « *prisons flottantes* » pour certaines personnes supposées appartenir au mouvement terroriste Al-Qaïda, en réponse aux attentats du 11 septembre 2001[113]. Par ailleurs, le site Internet *WikiLeaks* a dévoilé, en 2010, une note confidentielle aussitôt publiée dans le quotidien britannique *The Guardian*. La note révèle que la Grande-Bretagne a autorisé les États-Unis à stocker, à titre temporaire, des armes à sous-munitions (ASM) à Diego Garcia alors même que le Gouvernement de Londres a signé le Traité d'Oslo du 3 décembre 2008 interdisant des armes considérées comme aussi dangereuses que les mines antipersonnel (MAP), prohibées par la Convention adoptée à Oslo et ouverte à la signature à Ottawa le 3 décembre 1997[114]. En revanche, une zone d'ombre subsiste, dès lors qu'Américains et Britanniques ont toujours refusé de dire si la base aéronavale de Diego Garcia abrite ou non des armes nucléaires.

De fait, un important débat existe depuis plusieurs années pour savoir si la base militaire anglo-américaine de Diego Garcia peut juridiquement abriter de telles armes de destruction massive. L'État mauricien qui revendique les îles Chagos – y compris Diego Garcia – depuis le 7 juillet 1980 répond à cette question par la négative en se référant au traité de Pelindaba. Signé au Caire le 11 avril 1996 et entré en vigueur le 15 juillet 2009, ce traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique a en effet été ratifié par la Grande-Bretagne. De surcroît, la

---

[112] Avec dix bâtiments de guerre en activité, les États-Unis disposent du plus grand nombre de porte-avions opérationnels. Pour souligner leur suprématie en ce domaine depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, il convient de préciser qu'aucune autre puissance navale ne possède aujourd'hui plus de deux porte-avions en service. Consulter à ce sujet N. GUIBERT, « Des États-Unis à la Chine, les marines de guerre se dotent de porte-avions », *Le Monde*, 7 mars 2017, p. 4.

[113] F. LAURENT et A. GARCIA, « Chronique défense et sécurité », *A.D. MER*, 2008, tome XIII, p. 660 et F. BANC, « Mobilisation de parlementaires britanniques sur les Chagos. Pas de Guantanamo bis », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 24 décembre 2009, p. 14.

[114] F. BANC, « Archipel des Chagos. WikiLeaks dévoile un arrangement anglo-américain. Bombes interdites à Diego Garcia », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 3 décembre 2010, p. 26. Sur un plan plus général, consulter également E. DAVID, « La Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions », *RGDIP*, 2009, n° 4, p. 785-806.

carte qui constitue l'Annexe I du traité inclut dans la zone en question « *l'archipel des Chagos-Diego Garcia* ». Mais la Grande-Bretagne explique, pour sa part, que si elle est effectivement partie au traité de Pelindaba et aux protocoles I et II de cet accord de désarmement auxquels elle a spontanément adhéré, elle a bien pris soin de préciser, dans un codicille, que le fait de mentionner les diverses composantes de l'archipel des Chagos sur le document cartographique annexé au traité est « *sans conséquence sur la question de souveraineté* »[115].

Certes, les îles Chagos constituent le pivot central de la présence américaine sur les « *autoroutes des hydrocarbures* » à destination de l'Europe occidentale et de l'Extrême-Asie. Qui pourrait en douter ? Cependant, cette présence militaire ne se limite pas à la « *Forteresse du Monde libre* » édifiée sur l'atoll de Diego Garcia. Pour défendre leurs intérêts et maintenir le *statu quo* dans l'océan Indien, les États-Unis ont d'abord institutionnalisé la *Rapid Deployment Force* (RDF) ou Force d'Intervention Rapide (FIR) dans cette région, en 1979/1980. Ils ont également mis en œuvre une coopération multiforme avec plusieurs pays riverains ancrés à l'Ouest. En contrepartie, ces derniers leur ont accordé des bases ou « *facilités de mouillage* » plus ou moins étendues pour leurs navires de guerre : on peut mentionner l'Arabie Saoudite, l'Égypte, le Kenya – alors surnommé le « *golden boy* » de l'Occident – et le Sultanat d'Oman, dans l'île de Massirah. Dans cette zone instable, les États-Unis disposent également de la Ve flotte – une flotte dont le quartier général est situé à Bahreïn, sur le golfe Arabo-Persique – et de plusieurs « *bases ricochets* ». C'est le cas aux Philippines de la base aérienne de Clark jusqu'au 16 septembre 1992 et de la base navale de Subic Bay jusqu'au 16 septembre 1994[116], ainsi que des bases aéronavales installées en Australie, c'est-à-dire dans un pays traditionnellement allié des États-Unis et de la Grande-Bretagne et qui occupe une position stratégique exceptionnelle entre l'océan Indien et le Pacifique. De surcroît, la base militaire installée à Diego Garcia a fait l'objet, au moins à deux grandes occasions, d'une utilisation effective et efficace de la part des États-Unis (B).

[115] P. H. SAND, « Diego Garcia : nouveau *trou noir* dans l'océan Indien ? », *RGDIP*, 2009, n° 2, p. 372.

[116] CH. ROUSSEAU, « États-Unis et Philippines. Conclusion du traité du 17 juillet 1991 sur le nouveau statut des bases américaines aux Philippines. Rejet du traité par le Sénat philippin », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1991, n° 4, p. 939-941.

B.- L'utilisation de la base militaire de Diego Garcia par les États-Unis

Malgré l'implosion de l'Union soviétique en tant que superpuissance en 1991 et, par suite, la fin de la rivalité idéologique et politique Est-Ouest qui est probablement l'un des plus profonds changements que le monde ait connu depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale avec le phénomène planétaire de la décolonisation, la position des États-Unis à l'égard des territoires intégrés en 1965 dans le BIOT à des fins stratégiques n'a pas été modifiée : avec le soutien inconditionnel de l'actuel président américain – le républicain Donald Trump – comme au cours des cinq décennies écoulées, les stratèges du Pentagone ont toujours considéré le modeste atoll de Diego Garcia comme l'un des principaux remparts du Monde occidental dans l'océan Indien. L'objectif n'est plus de freiner l'expansion communiste dans cette région du monde mais de continuer à y garantir – aujourd'hui comme hier – la liberté de navigation et de survol ainsi que l'intégrité des États pro-occidentaux. L'objectif est également de lutter contre les multiples facettes du terrorisme international et la piraterie maritime. Après la fin de la « *guerre froide* » au début de la décennie « *90* », la base de Diego Garcia a ainsi été efficace pour atteindre des objectifs ciblés, notamment dans le cadre de la « *guerre du Golfe* » en 1991 et dans les opérations militaires engagées contre les Talibans en Afghanistan en 2001.

De fait, la base militaire de Diego Garcia a été très utile aux États-Unis durant la première « *guerre du Golfe* ». À ce sujet, le président républicain George Bush a joué, avec succès, le rôle de chef d'orchestre lors de l'opération « *Tempête du désert* » au cours de la période 1990/1991, après l'invasion du Koweït par les troupes irakiennes dans la nuit du 1er au 2 août 1990. Cette violation grossière du droit international par les dirigeants de Bagdad avait aussitôt entraîné une riposte des Nations Unies, sur la base du chapitre VII de la Charte de San Francisco. Adoptée par le Conseil de sécurité le 29 novembre 1990, à la majorité de 12 voix contre 2 (Cuba et Yémen) et une abstention (Chine), la Résolution 678 est historique dans la mesure où elle a été votée pour la première fois, depuis 1950, sans aucun veto d'un membre permanent. Elle est en outre décisive, dès lors qu'elle lance un ultimatum au président Saddam Hussein en autorisant « *les États membres qui coopèrent avec le Gouvernement du Koweït, si au 15 janvier 1991 l'Irak n'a pas pleinement appliqué les résolutions* » précédemment votées par le Conseil de sécurité, « *à user de tous les moyens nécessaires pour faire respecter et appliquer la Résolution 660 (1990) du Conseil de sécurité et toutes les résolutions*

pertinentes ultérieures, ainsi que pour rétablir la paix et la sécurité internationales dans la région »[117].

Concrètement, les hostilités se sont engagées entre l'Irak et les forces alliées des Nations Unies – principalement les forces armées américaines – dans la nuit du 17 au 18 janvier 1991. Très courte, la « *guerre du Golfe* » a duré moins de six semaines. Mais il est vrai aussi qu'elle a été presque exclusivement une guerre aérienne au cours de laquelle l'atoll de Diego Garcia a joué un rôle important, sans être pour autant exclusif. Partis notamment de sa base aéronavale, des avions bombardiers américains « *B-52* » ont pu ainsi contribuer à la destruction des installations névralgiques disséminées sur le territoire irakien tandis que des navires de guerre américains, basés à Diego Garcia et dans des ports de pays alliés du golfe Arabo-Persique, faisaient respecter le blocus maritime décrété par l'ONU à l'encontre de l'Irak en vertu des Résolutions 661 et 665, adoptées les 6 et 25 août 1990. À la fin des hostilités, ponctuée le 28 février 1991 par un cessez-le-feu provisoire, on dénombrait à peine une centaine de morts au combat et quelque 300 blessés parmi les forces coalisées onusiennes regroupant une trentaine d'États mais entre 100 000 et 150 000 victimes – tuées, blessées ou disparues – parmi les Irakiens, dont un très grand nombre de civils[118]. Le régime de Bagdad a finalement accepté les conditions posées dans une résolution 687, adoptée le 3 avril 1991 par le Conseil de sécurité pour l'entrée en vigueur d'un cessez-le-feu définitif. C'est dans ce contexte que l'indépendance du Koweït a été restaurée, grâce notamment à l'utilisation de la base anglo-américaine de Diego Garcia.

Une décennie après avoir été l'un des pivots des raids aériens dirigés contre les centres vitaux de l'Irak pendant la première « *guerre du Golfe* », la base aéronavale de Diego Garcia a été, une nouvelle fois, mise à contribution. Ses installations militaires ont été salutaires pour les États-Unis et leurs alliés lorsqu'ils sont intervenus en 2001 en Afghanistan – une autre région à haut risque de l'Asie centrale – pour combattre le terrorisme international antioccidental. Les États-Unis ont voulu y déloger le régime des talibans et leur chef – le mollah Mohammad Omar – ainsi que les groupes terroristes du fondamentaliste islamiste saoudien

[117] J. VERHOEVEN, « États alliés ou Nations Unies ? L'ONU face au conflit entre l'Irak et le Koweït », *AFDI*, 1990, p. 145-194 ; PH. WECKEL, « Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité », *AFDI*, 1991, p. 165-202 ; P.-M. DUPUY, « Après la guerre du Golfe... », *RGDIP*, 1991, n° 3, p. 621-638.

[118] CH. ROUSSEAU, « Irak. Ouverture des hostilités le 17 janvier 1991 entre l'Irak et la Force multilatérale des Nations Unies. Développement des opérations jusqu'au 28 février 1991. Fin des hostilités », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 1991, n° 2, p. 468-474.

Oussama Ben Laden, dans la mesure où les uns et les autres ont été désignés par le président Georges W. Bush et l'administration républicaine comme les responsables des attentats meurtriers perpétrés le 11 septembre 2001 contre les bâtiments les plus symboliques de la puissance américaine au plan économique (destruction intégrale des gratte-ciel jumeaux du *World Trade Center* à New York) et au plan militaire (destruction partielle du Pentagone à Washington)[119].

En s'appuyant sur les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies – notamment la Résolution 1368 adoptée à l'unanimité dès le 12 septembre 2001 – qui condamnent ces attentats-suicides en tant que « *menaces à la paix et à la sécurité internationales* » ainsi que leurs auteurs et commanditaires et reconnaissent aux États victimes un « *droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective* », conformément aux dispositions de l'article 51 de la Charte de San Francisco, les États-Unis ont aussitôt organisé la riposte. Avec le soutien logistique de leurs alliés de l'OTAN et à la suite du refus des talibans de répondre à leurs injonctions, ils ont été conduits à déclencher l'opération « *Liberté immuable* » à partir du 7 octobre 2001[120]. C'est donc dans un contexte international de crise paroxysmale que la base de Diego Garcia est devenue, une deuxième fois, l'une des « *têtes de pont* » du dispositif militaire américain de l'océan Indien dans la guerre engagée contre les autorités pro-talibanes de Kaboul – une capitale considérée en 2001 comme l'épicentre du terrorisme international – et les réseaux terroristes islamistes qui agissent à l'époque sous la bannière d'Al-Qaïda. De fait, la base de Diego Garcia a été largement utilisée par l'aviation américaine qui comprenait principalement des superbombardiers de type « *B-52* ». Cette force aérienne a pilonné, de jour comme de nuit, les centres urbains stratégiques ainsi que de vastes zones censées abriter les forteresses talibanes construites en Afghanistan, leurs dépôts d'armes, de munitions et de carburants ainsi que les repaires des combattants d'Al-Qaïda dans les grottes de la région montagneuse de Tora Bora, dans l'est du pays. Elle a ainsi contribué à chasser du pouvoir le Gouvernement pro-taliban de Kaboul le 12 novembre 2001 et à installer un régime démocratique de transition dans la capitale afghane, dès le 24 novembre suivant[121].

---

[119] L. CONDORELLI, « Les attentats du 11 septembre et leurs suites : où va le droit international ? », *RGDIP*, 2001, n° 4, p. 829-848 ; N. CETTINA, *Terrorisme : l'histoire de sa mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2001, 352 p.

[120] L. BALMOND, « Afghanistan », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2002, n° 1, p. 137-139.

[121] S. HARRISON, « Bavures américaines, famines et luttes de clans. L'Afghanistan retombe dans le chaos », *Le Monde diplomatique*, mai 2002, p. 12.

Concernant la grande fébrilité qui a régné sur l'atoll de Diego Garcia au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, on peut se reporter à un commentaire rarissime mais éloquent et digne de foi de Simon Winchester. Voyageant sur un bateau de plaisance, ce journaliste britannique chevronné du *Sunday Telegraph* de Londres – il avait déjà couvert partiellement en 1982 la « *guerre des Falkland* » dans l'Atlantique Sud – a pu débarquer illégalement aux îles Chagos, malgré la surveillance des avions « *C-130* », et séjourner pendant une dizaine de jours à Boddam, l'atoll principal des îles Salomon. Après avoir traversé le Banc des Chagos du nord au sud, il a pu – ce qui est encore plus édifiant – séjourner à Diego Garcia pendant quelques heures après avoir été repéré et recueilli à bord d'un sous-marin nucléaire américain, ancré à l'intérieur même du lagon. Au moment où les premières frappes aériennes ciblées des États-Unis dans le cadre de l'opération « *Liberté immuable* » étaient engagées contre le régime des talibans en place à Kaboul, en octobre 2001, la base de Diego Garcia abrite alors plusieurs centaines de militaires anglais de la *Royal Navy*, près de quinze mille soldats américains – au service d'une impressionnante flotte d'avions et de navires de guerre – ainsi que deux à trois mille contractuels civils, pour la plupart des Philippins et des Sri-lankais mais aussi des Mauriciens[122]. Voici son

[122] À la suite d'un accord américano-mauricien négocié en 1981 et conforme à l'article 7 du traité anglo-américain signé à Londres le 30 décembre 1966 en vue de rendre disponible à des fins de défense les diverses composantes du BIOT, des contrats à durée déterminée entre sociétés américaines et entreprises locales ont été signés pour permettre à des Mauriciens, triés sur le volet, d'être recrutés pour accomplir – au même titre que les Philippins et les Sri-lankais – des travaux de maintenance à Diego Garcia. Au nombre de quelques centaines, ces derniers (chauffeurs, cuisiniers, dockers, électriciens, gardiens, jardiniers, maçons, mécaniciens, peintres, plombiers, secrétaires ou soudeurs) ont été transportés, dans le passé, par *Air Mauritius* jusqu'à Nairobi ou Singapour, puis acheminés à Diego Garcia sur des avions militaires « *C-141* » de l'*US Air Force*. Depuis 1988, ces appareils ont même parfois effectué directement la navette entre Diego Garcia et l'aéroport international de Maurice, rebaptisé « *Sir Seewoosagur Ramgoolam International Airport* » (K. WALTER, « Portrait. Christel Venkalapati-Leste intimement liée à Diego Garcia », *l'express* (quotidien mauricien francophone), mardi 9 juillet 2013, p. 4). Que penser alors de l'État mauricien qui, d'un côté, sollicite depuis 1980 le soutien de la Communauté internationale pour obtenir la démilitarisation de l'océan Indien et qui, de l'autre, négocie des transactions avec les États-Unis pour l'entretien de la base militaire aéronavale de Diego Garcia ? À ce sujet, une réponse dénuée d'ambiguïté a été donnée par le MMM dans un document publié, dès le 30 septembre 1984, à l'issue de son Congrès de *Rose Hill* : « *La mise à disposition de main-d'œuvre pour la consolidation et l'entretien de la base de Diego Garcia ainsi que la vente de légumes et autres denrées aux marines constituent un soutien logistique accordé aux États-Unis. De telles actions vont à l'encontre des intérêts de l'île Maurice et font de nous un membre de l'Alliance militaire du bloc occidental* ».

témoignage oculaire et concis, un précieux témoignage qui se passe de tout commentaire :

« *L'intérieur de l'atoll était encombré d'une armada qui aurait fait pâlir de honte Pearl Harbor. Des dizaines de navires de ravitaillement y étaient ancrés, le pont chargé de chars, de missiles, de camions, de bulldozers et de citernes. Il y avait des frégates, des destroyers et des péniches de débarquement. Toutes sortes d'appareils allaient et venaient sur la piste d'atterrissage : des bombardiers, des ravitailleurs, des chasseurs et des tueurs de chars... Des escadrilles d'avions de combat lourdement armés décollent en ce moment même de la piste qui a encore été agrandie... La plus grande base américaine du monde se livre frénétiquement à ses activités guerrières* »[123].

Paradoxalement, la base militaire de Diego Garcia n'a pas joué un rôle de premier plan dans la deuxième « *guerre du Golfe* ». Mais il faut, dès à présent, insister sur le fait que la nouvelle guerre engagée par les États-Unis et la Grande-Bretagne contre l'Irak – un État accusé à tort de produire ou de détenir des armes de destruction massive (chimiques et nucléaires) – ne ressemble en rien à la première sur le plan de la légalité internationale. Déclenchée après un ultimatum de 48 heures lancé le 17 mars 2003 par le président républicain George W. Bush, au nom d'une prétendue théorie de la « *légitime défense préventive* », elle a, certes, permis de chasser du pouvoir le président Saddam Hussein le 9 avril suivant et contribué, par la suite, à l'arrestation et à la condamnation à mort du dictateur qui sera finalement pendu à Bagdad le 30 décembre 2006. Cependant, la seconde guerre éclair contre l'État irakien a suscité un grand émoi dans l'opinion publique internationale en raison de son illicéité au regard du droit international contemporain[124]. Elle a en effet été engagée au mépris des dispositions les plus pertinentes de la Charte de San Francisco, sans l'aval des Nations Unies et même en violation de la Résolution 1441, pourtant adoptée à l'unanimité par le Conseil de sécurité le 8 novembre 2002[125].

Sur le plan militaire, la deuxième guerre éclair engagée contre l'Irak a été conduite essentiellement à partir de bases aéronavales

[123] S. WINCHESTER, « La plus grande base américaine du monde. Diego Garcia, ses plages et ses superbombardiers », *Courrier international*, 25-30 octobre 2001, n° 573, p. 52-53 et notamment p. 53.
[124] L. BALMOND, « Irak », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2003, n° 3, p. 727-730.
[125] Consulter à ce sujet M. E. O'CONNELL, « La doctrine américaine et l'intervention en Iraq » ; M. IOVANE et F. DE VITTOR, « La doctrine européenne et l'intervention en Iraq », *AFDI*, 2003, respectivement p. 3-16 et p. 17-31.

installées par les États-Unis dans certains pays arabes du Proche-Orient – comme l'Arabie saoudite, Bahreïn, les Émirats arabes unis, le Koweït ou le sultanat d'Oman – et à partir de navires de guerre et de porte-avions américains et britanniques présents dans le golfe Arabo-Persique et la partie septentrionale de l'océan Indien. Quant aux bombardiers de type « *B-52* » qui ont pilonné pendant près de trois semaines les sites stratégiques irakiens, ils étaient stationnés, pour la plupart, en Europe de l'Ouest et notamment sur la base militaire de Fairford en Grande-Bretagne[126]. Cependant, il est encore bien trop tôt pour en tirer des conclusions définitives et pour parler, par exemple, d'un déclin même relatif de la base militaire anglo-américaine de Diego Garcia[127].

En ce début de XXIe siècle, la base militaire de Diego Garcia présente toujours un grand intérêt pour les États-Unis. Il en est ainsi au moment où se prolonge, à propos du Cachemire, une rivalité de plus en plus préoccupante entre l'Inde et le Pakistan qui sont les principales puissances régionales de l'Asie du Sud, dotées d'un arsenal nucléaire. En l'espèce, le Gouvernement de New Delhi accuse le Gouvernement d'Islamabad de soutenir les mouvements séparatistes musulmans dans la province indienne du Cachemire – le contrefort himalayen – avec l'aide de réseaux fondamentalistes islamistes. Pérenne depuis la partition du sous-continent indien intervenue en 1947 et à connotation religieuse, ce différend préoccupe les États-Unis dans la mesure où il pourrait conduire à une guerre apocalyptique entre les deux rivaux nucléaires et à de nouveaux attentats antioccidentaux. De surcroît, cette guerre pourrait mettre en danger la liberté de navigation et de survol dans la partie septentrionale de l'océan Indien et, par ricochet, l'approvisionnement des Américains en ressources énergétiques en provenance du golfe Arabo-Persique. Dans ce contexte, la présence aéronavale des États-Unis sur l'atoll de Diego Garcia peut être de nature à inciter les belligérants potentiels à modérer leurs ardeurs belliqueuses.

---

[126] P. CLAUDE, « La bataille de Bagdad », *Le Monde*, dimanche 6-lundi 7 avril 2003, p. 3.

[127] Zone hermétique de l'océan Indien où aucun civil ne peut accéder sans une autorisation des autorités américaines et britanniques, la base militaire de Diego Garcia ne doit pas devenir un nouveau Guantanamo après la signature, le 22 janvier 2009 par le Président Barack Obama, du décret de fermeture de ce camp de concentration tristement célèbre (une fermeture au demeurant inachevée). Pour sa part, le *Foreign Office* a confirmé – au lendemain des attentats-suicides du 11 septembre 2001 – les propos d'anciens militaires américains selon lesquels des actes de tortures auraient été perpétrés à Diego Garcia par des Américains sur des personnes accusées d'appartenir au groupe terroriste Al-Qaïda. V. MOONIEN, « Archipel des Chagos. Diego Garcia, Guantanamo de l'océan Indien », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 5 février 2015, p. 48.

Pour le président des États-Unis investi le 20 janvier 2017 – le républicain Donald Trump – comme pour les responsables du Pentagone, la base militaire de Diego Garcia est surtout considérée comme un élément incontournable dans la défense de leur principal allié au Proche-Orient : l'État d'Israël [128]. De fait, les États-Unis ont toujours été préoccupés par la situation qui prévaut dans cette région du monde – une « *zone sismique* » à haut risque depuis la naissance de l'État hébreu en 1948 – et notamment par la guérilla qui oppose les Israéliens aux Palestiniens, en dépit des efforts des Nations Unies pour assurer le maintien de la paix dans cette région. Ce différend est perçu non seulement comme le moyen ultime de libération des populations de la Cisjordanie, de Gaza et de Jérusalem-Est par certaines factions politiques palestiniennes radicales mais encore, par bon nombre d'extrémistes islamistes, comme un prétexte suffisant pour provoquer la recrudescence des attentats-suicides anti-américains dans la mesure ou les États-Unis sont accusés – aujourd'hui comme hier – d'être les plus fermes soutiens d'Israël et, par suite, l'ennemi déclaré des Palestiniens[129]. Ce sentiment est aujourd'hui confirmé par la déclaration provocatrice du président américain : au grand dam de la communauté arabo-musulmane et des Palestiniens, Donald Trump a en effet annoncé le 6 décembre 2017 que les États-Unis reconnaissent désormais la ville de Jérusalem comme capitale de l'État d'Israël[130].

L'île principale des Chagos a ainsi vocation à demeurer un enjeu stratégique majeur pour les États-Unis qui entendent toujours garantir, de surcroît, la sécurité des « *autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* » qui traversent l'océan Afro-asiatique. Mais le

[128] P. SMOLAR, « États-Unis-Israël : l'alliance militaire renforcée », *Le Monde*, jeudi 15 septembre 2016, p. 5.

[129] Adoptée par le Conseil de sécurité le 23 décembre 2016 par 14 voix et une abstention (celle des États-Unis), la résolution 2334 a, certes, condamné « *la création par Israël de colonies de peuplement dans le Territoire palestinien occupé depuis 1967* », au motif qu'une telle création « *constitue une violation flagrante du droit international* ». Pour la première fois depuis 1980, les États-Unis n'ont pas utilisé leur droit de veto pour bloquer un texte du Conseil de sécurité visant à sanctionner Israël. Mais ce fait mémorable apparaît comme un ultime *« baroud d'honneur »* du Président démocrate Barack Obama et un geste personnel en faveur des Palestiniens avant que ne prenne fin son second mandat. Depuis l'accession au pouvoir du président Donald Trump et pendant toute sa mandature, une résolution analogue a fort peu de chance d'être votée par le Conseil de sécurité. Consulter à ce sujet D. VIDAL, « La droite israélienne enhardie par la nouvelle administration américaine. Cisjordanie : de la colonisation à l'annexion », *Le Monde diplomatique*, février 2017, p. 22-23.

[130] H. RASPAIL, « États-Unis-Israël. Déclaration du Président américain Donald Trump à propos de Jérusalem », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2018, n° 1, p. 140-142.

maintien en service de la base militaire américaine de Diego Garcia jusqu'au 30 décembre 2036 n'est pas sans conséquences : ce maintien vise notamment à retarder la création d'une « *zone de paix* » dans l'océan Indien qui est une revendication majeure formulée, depuis 1971, par la plupart des États riverains.

III.- La problématique de la création d'une « *zone de paix* » dans l'océan Indien

En incitant la Grande-Bretagne à détacher les îles Chagos de sa colonie de Maurice en 1965 pour les intégrer à des fins stratégiques dans le *British Indian Ocean Territory* (BIOT), survivance anachronique de la colonisation britannique à l'est d'Aden, en obtenant en 1966 du Gouvernement de Londres la cession à bail à des fins de défense de toutes les composantes du BIOT, puis en créant une base militaire sur l'atoll de Diego Garcia, les États-Unis sont chronologiquement partis les premiers dans l'extension de la querelle idéologique et politique Est-Ouest dans l'océan Indien. Mais leurs initiatives ne pouvaient qu'entraîner l'arrivée de l'Union soviétique dans une région déstabilisée par la seconde fermeture du canal de Suez en 1967, puis le renforcement de sa présence au double plan politique et stratégique. Ainsi, après avoir perturbé l'Europe, l'Extrême-Asie et la Caraïbe, la « *guerre froide* » s'est fixée sur la route de l'or noir. Entre 1961 et 1991, l'océan Indien a oscillé « *entre le miel et le vinaigre* », « *entre la guerre et la paix* », en dépit des critiques de plus en plus vives des États riverains et de leurs propositions pour en faire une zone au moins partiellement démilitarisée. Néanmoins, en ce début de XXIe siècle, le *statu quo* perdure dans cette région malgré la dissolution chaotique de l'Union soviétique le 31 décembre 1991 et, par ricochet, la disparition du condominium américano-soviétique dans la gestion des affaires du monde. Il en est ainsi dans la mesure où les États-Unis redoutent notamment la recrudescence d'attentats-suicides aussi meurtriers que ceux qui ont été déclenchés le 11 septembre 2001 à New York et à Washington et qui pourraient être commandités par des mouvements politiques extrémistes très actifs dans certains pays riverains de l'océan Indien.

Sur un autre plan, le point de vue de la Grande-Bretagne est à prendre en considération. Sans doute, les Britanniques ont-ils toujours déclaré que leur souveraineté sur l'archipel des Chagos – une souveraineté qui s'exerce depuis 1810, au détriment de la France, en vertu de « *droits*

historiques » – ne saurait être contestée[131]. Mais depuis le 7 juillet 1980, date de son entretien à Londres avec le Premier ministre mauricien, Sir Seewoosagur Ramgoolam, Margaret Thatcher a affirmé que les îles Chagos – y compris Diego Garcia – pourraient être restituées à Maurice le jour où elles ne seront plus utiles à la défense des intérêts de l'Occident[132]. En vérité, Margaret Thatcher ne fait que confirmer, le 7 juillet 1980, à Sir Seewoosagur Ramgoolam le télégramme n° 313 qui avait été adressé le 19 novembre 1965 aux dirigeants mauriciens par Anthony Greenwood, en sa qualité de Secrétaire d'État britannique aux Colonies[133]. Toujours est-il que la déclaration du Premier ministre britannique n'a, par la suite, jamais été démentie. Bien que cette déclaration demeure vague quant à son application, la Grande-Bretagne reconnaît ainsi un « *droit de préférence* » sur les îles Chagos au profit de l'État mauricien à l'expiration du traité anglo-américain du 30 décembre 1966, désormais prorogé au moins jusqu'au 30 décembre 2036[134]. C'est aussi admettre que toutes les composantes de l'archipel des Chagos – y compris l'atoll de Diego Garcia – sont, à terme, des parties intégrantes du territoire national mauricien.

Cette interprétation a été récemment corroborée par une importante sentence arbitrale rendue le 18 mars 2015 par un Tribunal international après la décision prise par la Grande-Bretagne de créer, le 1er avril 2010, une « *aire marine protégée* » (« *marine protected area* ») autour des îles Chagos et de leurs eaux environnantes, à l'exception toutefois de la plateforme militarisée de Diego Garcia, avec pour objectif inavouable – mais néanmoins révélé par le site Internet *WikiLeaks*[135] – d'empêcher le

---

[131] A. ORAISON, « Radioscopie critique de la querelle franco-mauricienne sur le récif de Tromelin (La succession d'États sur l'ancienne Isle de Sable) », *RJOI*, 2012, n° 14, p. 5-118 et notamment p. 60-64.

[132] Consulter à ce sujet la Déclaration prononcée le 11 juillet 1980 par la « *Dame de Fer* » à la Chambre des Communes *in Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons*, session 1979-1980, volume 988, colonne 314.

[133] *Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago*, Mauritius Legislative Assembly, printed and published by L. Carl Achille, Government Printer, Port-Louis, Mauritius, juin 1983, p. 65.

[134] J. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 230. Ce vénérable dictionnaire définit en des termes lapidaires le droit de préférence : « *Droit accordé par un État à un autre d'obtenir la cession d'un territoire dans le cas où le premier État déciderait de le céder* ».

[135] Rédigées le 15 mai 2009 par les services de l'ambassade américaine à Londres et adressées au Gouvernement de Washington, des notes classées confidentielles ont été dévoilées par *WikiLeaks* et publiées dès le 1er décembre 2010 dans le quotidien anglais *The Guardian*. Ces documents révèlent que la création d'une « *aire marine protégée* » (AMP) aux Chagos – impliquant l'interdiction de pêcher – a pour objectif de rendre impossible le retour des exilés dans leurs îles natales (L. BALMOND, « États-Unis/Royaume-Uni. Arrangement sur le statut de l'Archipel des Chagos », Chronique

retour des Chagossiens sur leurs terres natales. Opposée à cette création unilatérale, la République de Maurice a, pour sa part, décidé le 20 décembre 2010 de porter le contentieux qui l'oppose à son ancienne puissance coloniale devant une juridiction internationale, conformément aux articles 286 à 288 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), adoptée le 10 décembre 1982 et entrée en vigueur le 16 novembre 1994. La sentence arbitrale prononcée le 18 mars 2015 présente un double intérêt. D'abord, conscient que sa compétence est limitée aux différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la CNUDM, le Tribunal arbitral a refusé de se placer sur le terrain du droit international de la décolonisation comme l'aurait souhaité l'État mauricien. Par suite, il a refusé d'examiner le litige relatif à la souveraineté territoriale exercée sur le groupe des Chagos. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal s'est abstenu de définir, dans ce cas particulier, quel pays était « *l'État côtier* », au sens de la CNUDM. Mais en prenant appui sur l'accord de *Lancaster House* conclu à Londres le 23 septembre 1965 entre le Gouvernement britannique de Sir Harold Wilson et le Gouvernement autonome mauricien de Sir Seewoosagur Ramgoolam – un accord assimilé à un engagement international – qui définit les droits que Maurice conserverait aux îles Chagos, notamment des droits pour l'exploitation de leurs ressources biologiques et minérales, et qui contient, de surcroît, la promesse de leur réintégration dans le territorial mauricien lorsqu'elles ne seront plus indispensables à la défense de la Grande-Bretagne, le Tribunal donne raison à Maurice sur un point précis[136]. Il condamne la Grande-Bretagne pour n'avoir pas pris la peine de consulter son ancienne colonie avant d'instaurer une « *aire marine protégée* » aux îles Chagos, alors même que l'État mauricien détient des droits de pêche dans leurs eaux avoisinantes en vertu de l'accord de *Lancaster House*. Par suite, le Tribunal invite les Parties en conflit à engager de franches négociations afin de parvenir à concilier, en bonne intelligence, leurs intérêts respectifs pour la protection de l'environnement marin des Chagos[137].

---

des faits internationaux, *RGDIP*, 2011, n° 1, p. 190-191). À ce sujet, le Groupe Réfugiés Chagos (GRC) a une position qui est claire : son leader, Olivier Bancoult, considère que la question du rapatriement des Chagossiens dans leur pays d'origine doit être résolue avant toute création aux Chagos d'une AMP, une création à laquelle le GRC n'est pas *a priori* hostile.

[136] A. ORAISON, préc., p. 52-65 et notamment p. 54.

[137] J. DRISCH, « L'affaire de l'aire marine protégée des Chagos ou de l'usage de la bonne foi dans la mise en place d'un *ordre juridique international des mers et des océans* », *A.D. MER*, 2014, tome 19, p. 221-252 ; L. TRIGEAUD, « Cour permanente d'arbitrage. Sentence arbitrale du 18 mars 2015, *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)* », Chronique de jurisprudence internationale, *RGDIP*, 2016, n° 1, p. 138-143 ; N. HAJJAMI, « La sentence arbitrale

Constater à l'occasion que l'accord de *Lancaster House* du 23 septembre 1965 contient une promesse formelle d'un retour de l'ensemble des îles Chagos dans le giron mauricien lorsqu'elles ne présenteront plus aucun intérêt au plan stratégique, c'est reconnaître que la décolonisation complète de Maurice ne deviendra une réalité tangible que lorsque la plateforme de Diego Garcia ne sera plus utilisée à des fins militaires par les États-Unis et la Grande-Bretagne. Notre étude permet ici de vérifier le principe du *linkage* qui consiste à subordonner le sort d'un territoire colonial au règlement d'un problème d'ordre géostratégique concernant les grandes puissances maritimes et nucléaires et relatif plus précisément, en l'espèce, à la création d'une « *zone de paix* » dans l'océan Indien.

Au plan mondial, des actions ont déjà été entreprises vers cet idéal lointain qui est celui du « *désarment général et complet* »[138]. Cet objectif peut d'abord être atteint par la réglementation ou la destruction des armes de destruction massive : dans cette première catégorie, on peut ranger, à titre d'exemple, la convention du 13 janvier 1993 signée à Paris et portant sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction [139]. On peut également citer le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires signé à Moscou, Londres et Washington le 1er juillet 1968[140] et, plus récemment, le traité sur l'interdiction des armes nucléaires adopté le 7 juillet 2017, un traité qui entrera en vigueur après le dépôt du cinquantième instrument de ratification [141]. Mais les résultats espérés par un tel engagement international seront modestes, voire symboliques : il en est ainsi dans la mesure où les États détenteurs d'armes de destruction massive n'ont pas participé à la négociation du traité portant interdiction des armes

---

du 18 mars 2015 (*Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*) », *RGDIP*, 2016, n° 2, p. 333-357.

[138] Au sujet de la réglementation internationale des armements et de la question plus ambitieuse du désarmement général et complet, consulter notamment P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2016, p. 711-733.

[139] N. RONZITTI, « La convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction », *RGDIP*, 1995, n° 4, p. 881-928.

[140] Consulter le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires signé le 1er juillet 1968 et entré en vigueur le 5 mars 1970 *in* P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, Les grands textes de droit international public, Paris, Dalloz, 2016, p. 697-701.

[141] Consulter à ce sujet la Résolution 72/37, intitulée « *Impératifs éthiques pour un monde exempt d'armes nucléaires* » et adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 4 décembre 2017, par 130 voix contre 36 et 15 abstentions.

nucléaires[142]. Cependant, le « *désarmement général et complet* » peut aussi être obtenu par la création de « *zones démilitarisées* », « *ceintures de paix* » ou « *zones de paix* » dans certaines régions du monde. Là, des progrès palpables ont été constatés, notamment dans l'Hémisphère Sud qui nous intéresse au premier chef.

Ainsi, le continent Antarctique est entièrement démilitarisé en vertu du traité de Washington du 1er décembre 1959. Entré en vigueur dès le 23 juin 1961, son article 1er dispose que « *seules les activités pacifiques sont autorisées dans l'Antarctique* »[143]. L'Amérique latine est dénucléarisée par le traité de Tlatelolco du 14 février 1967 : les Parties au traité s'engagent à ne pas tolérer la présence d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs[144]. Ce traité est complété par deux protocoles concernant respectivement les territoires latino-américains relevant de puissances extérieures à l'Amérique latine – la Guyane française est ainsi visée par le protocole I – et les garanties données par les puissances nucléaires qui s'engagent à ne pas utiliser des armes nucléaires dans la zone concernée (protocole II). La France a ratifié ces protocoles après avoir acquis l'assurance qu'ils ne remettaient pas en cause ses activités spatiales en Guyane[145]. Sur un espace allant de l'Équateur à l'Antarctique, le Pacifique Sud est également une zone exempte d'armes nucléaires. Signé le 6 août 1985 par 14 États, le traité de Rarotonga a été complété par trois protocoles qui concernent les territoires du Pacifique Sud relevant de puissances extérieures à cette région – la Polynésie française est visée à ce titre par le protocole I – et les garanties données par les puissances nucléaires (protocoles II et III). Ces protocoles ont été ratifiés

[142] Pour la plupart, les puissances nucléaires officielles soulignent que leur arsenal sert de dissuasion contre une éventuelle attaque nucléaire et précisent qu'elles sont déjà engagées par le traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

[143] R.-J. DUPUY, « Le Traité sur l'Antarctique », *AFDI,* 1960, p. 111-132 ; A. ORAISON, « La position et le rôle particulier de certains États dans le processus de protection du continent Antarctique. Le cas spécifique de la France en sa double qualité d'*État possessionné* et d'*État conservationniste* », *RJE,* 2005, n° 2, p. 147-162.

[144] Le Traité du 14 février 1967 portant sur l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine peut être consulté *in* H. THIERRY, *Droit et Relations Internationales. Traités, Résolutions, Jurisprudence,* Paris, Montchrestien, 1984, p. 387-405.

[145] Décret n° 92-1152 du 14 octobre 1992, « portant publication du protocole additionnel I au traité du 14 février 1967 visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine, dit Traité de Tlatelolco, signé par la France le 2 mars 1979 », *JORF*, 18 octobre 1992, p. 14589-14590.

par la France après sa renonciation aux essais nucléaires dans le Pacifique Sud[146].

Il faut enfin évoquer le traité sur la zone exempte d'armes nucléaires en Afrique ou traité de Pelindaba. Signé au Caire le 11 avril 1996, ce traité prévoit la création d'un espace dénucléarisé comprenant le continent africain ainsi que « *les États insulaires membres de l'OUA et toutes les îles* » que cette organisation « *considère comme faisant partie de l'Afrique* »[147]. Calqués sur ceux du traité de Rarotonga, trois protocoles au traité de Pelindaba ont également été signés par les puissances nucléaires, notamment par la France qui est présente dans l'océan Indien occidental : à La Réunion, à Mayotte et dans les îles Éparses. Ainsi, après l'Antarctique en 1959, l'Amérique latine en 1967 et le Pacifique Sud en 1985, c'est l'Afrique toute entière qui devient en 1996 la quatrième grande région de l'Hémisphère Sud à être officiellement exempte d'armes nucléaires[148]. Qu'en est-il alors de l'océan Indien ? Des efforts ont bien été entrepris par les États riverains. Mais ils n'ont pas encore abouti.

La création du BIOT par les Britanniques en 1965 et sa militarisation par les Américains ont contribué à déstabiliser l'océan Indien, devenu « *zone de convoitises* » pour les grandes puissances maritimes et nucléaires. Cependant, cette double initiative occidentale a aussitôt soulevé des objections de la part des États riverains, membres du mouvement des pays non-alignés. Prenant conscience du danger, ces États ont exigé, dès le début de la décennie « *70* » la transformation de cette région en « *zone de paix* ». Aussi, à l'initiative du Sri Lanka, l'Assemblée générale des Nations Unies a-t-elle adopté le 16 décembre 1971 à l'unanimité – par 61 voix, dont celle de la Chine, et 55 abstentions – la Résolution 2832 (XXVI) qui contient la « *Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix* ». Parmi les abstentions les plus notables, il faut relever celles des États-Unis, de la France, de la Grande-Bretagne et de l'Union soviétique, c'est-à-dire de quatre membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU qui entretiennent, à l'époque, des flottes de guerre importantes dans l'océan Indien.

---

[146] Décret n° 97-42 du 15 janvier 1997, « portant publication des protocoles 1, 2 et 3 au traité sur la zone exempte d'armes nucléaires dans le Pacifique Sud (traité de Rarotonga) du 6 août 1985, adoptés à Suva le 8 août 1986, signés par la France à Suva le 25 mars 1996 », *JORF*, 22 janvier 1997, p. 1084-1085. Pour le texte du traité, se reporter aux pages 1085-1088.

[147] L. BALMOND, « Afrique. Entrée en vigueur du Traité de Pelindaba, 15 juillet 2009 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2009, n° 4, p. 897-898.

[148] S. SZUREK, « De Rarotonga à Bangkok et Pelindaba. Note sur les traités constitutifs de nouvelles zones exemptes d'armes nucléaires », *AFDI*, 1996, p. 164-186.

On peut expliquer, sinon approuver, les réticences de ce groupe d'États : dans la mesure où elle vise les grandes puissances, en prenant bien soin toutefois de ne pas les nommer, la Résolution 2832 se prononce en faveur d'une démilitarisation partielle et ciblée de l'océan Afro-asiatique. Après avoir posé le principe selon lequel « *l'océan Indien, à l'intérieur de limites à déterminer, ainsi que l'espace aérien susjacent et le fond des mers sous-jacent, est par la présente désigné à jamais comme une zone de paix* », l'organe plénier de l'ONU « *demande* » en effet « *aux grandes puissances, conformément à la présente Déclaration, d'entrer immédiatement en consultation avec les États du littoral de l'océan Indien* » en vue « *d'éliminer de l'océan Indien toutes les bases, installations militaires et services de soutien logistique, la mise en place d'armes nucléaires et d'armes de destruction massive et toute manifestation de la présence militaire des grandes puissances dans l'océan Indien conçue dans le contexte de la rivalité des grandes puissances* ». Ainsi, la Résolution 2832 implique-t-elle le démantèlement des bases militaires étrangères installées dans l'océan Indien, comme la base anglo-américaine de Diego Garcia dans l'archipel des Chagos et la base française de Djibouti à la Corne de l'Afrique, ainsi qu'une coopération régionale effective des pays riverains en matière de sécurité[149].

[149] PH. LEYMARIE, « Djibouti entre superpuissance et superpauvreté », *Le Monde diplomatique*, février 2003, p. 21. À La Réunion, la France dispose d'une base navale au Port de la Pointe des Galets et d'une base aérienne à Sainte-Marie. Mais l'utilité de ces bases militaires, au demeurant modestes, est contestable au plan stratégique dans la mesure où elles sont éloignées des principaux théâtres d'opération que sont aujourd'hui la Corne de l'Afrique, le golfe Arabo-Persique, l'Asie du Sud et le Proche-Orient (A. DUPUIS, « Les ailes de la base aérienne 181 rognées », *Le Journal de l'île de La Réunion*, jeudi 22 mars 2012, p. 18). Paradoxalement, ce n'est ni le département de La Réunion, ni celui de Mayotte, ni les Terres Australes et Antarctiques Française (TAAF) – ni *a fortiori* les îles Éparses (Tromelin, Glorieuses, Juan de Nova, Europa et Bassas da India) – mais la République de Djibouti qui est le point d'ancrage principal de la présence militaire française dans l'océan Indien. Afin d'être davantage présente dans cette partie du monde, aux côtés des États-Unis, à un moment où la situation est toujours préoccupante pour les pays occidentaux, la France a par ailleurs signé avec les Émirats arabes unis (EAU), le 15 janvier 2008, un accord portant sur la création d'une base militaire française à Abu Dhabi. Cette base aéronavale – la première non américaine installée dans les États du golfe Arabo-Persique – est implantée dans une zone névralgique pour l'ensemble de la planète car elle est située au centre de la première région gazière et pétrolière du monde, à proximité du détroit d'Ormuz par lequel transite plus de 40 % du pétrole mondial et à moins de 250 kilomètres des côtes de l'Iran dont les ambitions régionales inquiètent le monde arabo-musulman de la rive sud. La base installée par la France à Abu Dhabi est aussi la première base interarmées de l'armée française ouverte à l'étranger depuis les indépendances africaines. E. TOURNY, « France/Émirats arabes unis. Accord créant

Depuis le vote de la Résolution 2832, la question relative à la création d'une « *zone de paix* » dans la région de l'océan Indien est régulièrement inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ainsi, la formation plénière de l'ONU a-t-elle voté, dès le 15 décembre 1972, une nouvelle résolution – la Résolution 2992 (XXVII) – qui décide, une nouvelle fois à l'unanimité, par 95 voix et 33 abstentions, la création d'un organe subsidiaire approprié – le *Comité spécial de l'océan Indien* – chargé d'envisager toutes les « *mesures pratiques qui pourraient être prises en vue de promouvoir les objectifs de la Résolution 2832 (XXVI) de l'Assemblée générale, compte dûment tenu des intérêts de la sécurité des États du littoral et de l'arrière-pays de l'océan Indien et des intérêts de tout autre État en conformité avec les buts et les principes de la Charte des Nations Unies* ».

Peu de temps après, l'Assemblée générale a encore adopté à l'unanimité, par 106 voix et 25 abstentions, le 11 décembre 1975, la Résolution 3468 (XXX). Cette résolution se révèle à la fois plus concrète et pressante que les précédentes, dès lors qu'elle recommande « *aux États du littoral et de l'arrière-pays* » de la région « *de poursuivre leurs consultations* » dans le but de provoquer le plus tôt possible « *une Conférence sur l'océan Indien* » et d'en fixer, à cette fin, les objectifs, la date et la durée ainsi que le lieu, l'ordre du jour provisoire, la participation et le niveau de participation. Dans la Résolution 44/120, votée le 15 décembre 1989 par 137 voix, y compris celle de l'Union soviétique, contre 4 – dont les voix des trois grandes puissances maritimes et nucléaires occidentales (États-Unis, France et Grande-Bretagne) – et 14 abstentions, l'organe plénier de l'ONU avait formulé le souhait que cette Conférence internationale ait lieu « *à Colombo en 1991 en consultation avec le pays hôte* ». On pouvait toutefois être sceptique sur le succès d'une telle entreprise compte tenu de l'intransigeance, dès cette époque, des trois grandes puissances occidentales. De fait, dans des « *notes verbales* » semblables adressées au Secrétaire général de l'ONU les 17 et 18 avril 1990, les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne ont annoncé leur décision de ne plus participer, jusqu'à nouvel ordre, aux travaux du Comité préparatoire à la Conférence des Nations Unies sur l'océan Indien

---

une base militaire française permanente aux Émirats, 15 janvier 2008 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2008, n° 2, p. 394-395 ; N. GUIBERT, « Le Parlement français approuve l'accord stratégique avec les Émirats arabes unis », *Le Monde*, mercredi 13 juillet 2011, p. 8.

en raison de graves divergences avec les autres participants sur les questions qui devaient y être débattues[150].

Par la suite et jusqu'à aujourd'hui, la situation n'a pas évolué d'un iota dans la région de l'océan Indien. Malgré le retrait de l'Armée rouge de l'Afghanistan en 1989 et la normalisation de l'Union soviétique avec le monde occidental après des décennies d'immobilisme, lors de la révolution gorbatchévienne de 1985 à 1991, puis son remplacement par la Russie en qualité de grande puissance au 1er janvier 1992, aucun progrès tangible n'a été réalisé pour la mise en œuvre de la Résolution 2832.

Dans sa récente résolution adoptée le 4 décembre 2017 au sujet de l'« *Application de la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix* », l'Assemblée générale des Nations Unies « *se déclare de nouveau convaincue que la participation de tous les membres permanents du Conseil de sécurité et des principaux utilisateurs maritimes de l'océan Indien aux travaux du Comité est importante et faciliterait grandement l'instauration d'un dialogue bénéfique à tous pour faire progresser la paix, la sécurité et la stabilité dans la région de l'océan Indien* ». Certes, comme les précédentes, la Résolution 72/21 a été votée à la quasi-unanimité des États participants (132 voix) et avec un grand nombre d'abstentions (46). Mais elle l'a été, une nouvelle fois, avec l'opposition des trois grandes puissances occidentales qui entretiennent des bases militaires dans l'océan Indien et s'opposent à leur éviction de cette région : les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne. En raison de cette résistance pérenne et intransigeante de l'Occident, la Résolution 72/21 du 4 décembre 2017 – une recommandation adoptée au lendemain du

[150] Dans un autre cadre, un cadre bilatéral à l'époque de la querelle idéologique et politique Est-Ouest, des négociations américano-soviétiques sur la limitation des armements dans l'océan Indien se sont déroulées à plusieurs reprises, à partir de 1977, à l'initiative du président américain Jimmy Carter. Dans une série d'entretiens qui ont eu lieu à Berne, à Moscou et à Washington, les États-Unis et l'Union soviétique avaient convenu – dans un premier temps – de ne pas accroître leur présence militaire dans cette partie du monde. Plutôt pusillanime, cette solution de compromis avait aussitôt suscité de vives critiques parmi les États non alignés qui en avaient déduit que les pourparlers américano-soviétiques étaient de portée limitée et visaient plus à « *stabiliser* » le niveau de la présence militaire des deux grandes puissances maritimes et nucléaires dans l'océan Indien qu'à « *l'éliminer* ». Hélène Mazeran souligne par ailleurs que les discussions américano-soviétiques ont été suspendues, dès 1978, « *à l'initiative des Américains qui les jugeaient incompatibles avec la politique expansionniste menée sur le terrain par les Soviétiques, notamment en Éthiopie* ». Ces entretiens bilatéraux ont donc échoué en raison de la détérioration générale des relations politiques Est-Ouest et avant même l'invasion de l'Afghanistan par l'Armée rouge en 1979. H. MAZERAN, *L'océan Indien : un enjeu pour l'Occident*, Paris, PUF, 1987, p. 207.

renouvellement pour vingt ans du bail stratégique consenti aux États-Unis par la Grande-Bretagne sur l'atoll de Diego Garcia – ne peut apporter rien de nouveau en la matière par rapport au vote historique, le 16 décembre 1971, de la Résolution 2832[151].

Dès lors, la sempiternelle question mérite d'être posée : est-il possible de transformer l'immense région de l'océan Indien en « *zone de paix* » dans un avenir plus ou moins proche ? Plus encore, compte tenu des conflits et turbulences qui existent et ont même tendance à se multiplier et à s'aggraver à sa périphérie, ne serait-il pas téméraire de répondre aujourd'hui par l'affirmative[152] ?

La situation demeure incertaine au Cachemire, la province indienne à majorité musulmane revendiquée depuis 1947 par le Pakistan[153] et plus encore en Afghanistan où le Gouvernement de Kaboul est menacé par des groupes djihadistes en dépit de l'annonce par le président Barack Obama, le 27 mai 2014, d'un calendrier pour le retrait de l'armée américaine du territoire afghan qui devait être achevé en 2016 mais ne l'est toujours pas en 2018[154]. La situation est également préoccupante au Proche-Orient où perdure le différend israélo-palestinien[155], à la Corne de l'Afrique déstabilisée par la guerre au Yémen[156] et dans le golfe d'Aden, au large des côtes somaliennes et yéménites, où les actes de piraterie compromettent la liberté de navigation dans l'océan Indien occidental, même s'ils sont aujourd'hui beaucoup moins nombreux et spectaculaires

---

[151] Consulter la Résolution 72/21 *in* : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/72/21 (et Annexe IV).

[152] A. K. GAYAN, « L'océan Indien, zone de paix : illusion ou réalité ? », *RJOI*, 2008, n° 8, p. 71-77.

[153] J. FOLLOROU, « Au Cachemire, la résurgence d'un conflit oublié. Les heurts se multiplient dans la région revendiquée par l'Inde et le Pakistan », *Le Monde*, vendredi 19 janvier 2018, p. 4.

[154] C. LESNES, « Barack Obama achèvera le retrait total de ses soldats d'Afghanistan fin 2016 », *Le Monde*, jeudi 29 mai 2014, p. 3 ; J. FOLLOROU, « L'État afghan impuissant face à la multiplication des attentats », *Le Monde*, mardi 30 janvier 2018, p. 4.

[155] O. PIRONET, « Une autorité policière à défaut d'État. En Cisjordanie, le spectre de l'Intifada », *Le Monde diplomatique*, octobre 2014, p. 4-5. Au sujet de la complexité du différend israélo-palestinien, consulter notamment A. ORAISON, « Quel statut pour la cité sanctuaire de Jérusalem ? (La reconnaissance de Jérusalem comme capitale de l'État d'Israël par les États-Unis, le 6 décembre 2017 : une faute inexcusable du président Donald Trump) », *RRJ*, 2017, n° 4, p. 1631-1669.

[156] G. PRUNIER, « Rivalités régionales et convoitises des grandes puissances. La Corne de l'Afrique dans l'orbite de la guerre au Yémen », *Le Monde diplomatique*, septembre 2016, p. 6-7 ; L. BONNEFOY, « Bombardements, famine et choléra. Enlisement saoudien au Yémen », *Le Monde diplomatique*, décembre 2017, p. 6-7.

que dans la décennie 2001/2010 [157] . Faut-il enfin rappeler que la République d'Iran est toujours perçue comme une menace pour les États de la péninsule Arabique bien qu'elle ait renoncé, dans l'accord historique de 2015, à l'arme nucléaire à la suite des mises en garde réitérées des États-Unis et des avertissements d'Israël qui n'excluait pas, à certains moments, l'hypothèse de frappes préventives contre le régime de Téhéran[158] ?

Conclu dans la capitale autrichienne, à la suite d'un marathon diplomatique d'une dizaine d'années, par la République islamique d'Iran, les 5 membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies et l'Allemagne, l'accord du 14 juillet 2015 est considéré comme un élément positif pour la plupart des États membres de la Communauté internationale. Néanmoins, pour bon nombre d'observateurs en géopolitique et en géostratégie, il est loin de résoudre tous les problèmes. Certes, cet engagement multilatéral devrait être *a priori* rassérénant pour les États arabes riverains du golfe Arabo-Persique dans la mesure où il s'inscrit dans un vaste processus de non-prolifération des armes nucléaires. Composé d'une déclaration générale et de plusieurs annexes, cet accord d'une centaine de pages se présente en effet comme un compromis qui – pour l'essentiel – « *vise à garantir que le programme nucléaire de l'Iran sera mené exclusivement à des fins pacifiques* » sur une période allant de dix à vingt-cinq ans, selon les volets concernés par le traité. En contrepartie, l'accord décide la levée de toutes les sanctions qui avaient été imposées à l'Iran par une série de résolutions votées depuis 2006 par le Conseil de sécurité. Entré en vigueur dès le 18 octobre 2015, ce traité figure à l'annexe A de la Résolution 2231, adoptée à l'unanimité le 20 juillet 2015 par le Conseil de sécurité[159].

---

[157] ANONYME, « Seychelles. Piraterie maritime. Six Somaliens transférés à Mahé », *Le Quotidien de La Réunion*, samedi 25 novembre 2017, p. 48. Au sein de la force européenne *Atalante*, des navires de guerre français patrouillent depuis 2008 dans l'océan Indien occidental pour assurer la sécurité des convois de navires commerciaux. Depuis 2009, des fusiliers marins français ont également pris place sur des thoniers sous pavillon français opérant dans les zones de pêche où sévissent les pirates somaliens. Pour une étude de fond sur cette question, consulter notamment M. MANOUVEL, « Piraterie maritime, droit international, droits internes et volonté politique », *A.D. MER*, 2009, tome 14, p. 171-200.

[158] V. FALEZ, « Israël prépare les esprits dans le cas de frappes sur les sites nucléaires iraniens », *Le Mond*e, vendredi 17 août 2012, p. 3.

[159] L. BALMOND, « Iran/Allemagne, Chine, États-Unis, France, Royaume-Uni, Russie (P5). Accord sur le nucléaire iranien, 14 juillet 2015 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2015, n° 3, p. 649-651.

Toutefois, l'accord de Vienne du 14 juillet 2015 conclu par les « *Six* » et l'Iran est désormais fortement compromis par la décision américaine du 8 mai 2018 de renoncer à l'appliquer : le président Donald Trump est en effet convaincu que ce traité n'empêchera pas l'Iran d'accéder au rang de puissance nucléaire[160]. Par ailleurs, cet accord a déjà modifié à l'avantage de cet État l'équilibre des forces au Proche-Orient. Le retour en grâce du régime de Téhéran dans le concert des nations et la fin de son isolement diplomatique et commercial ont provoqué l'inquiétude des monarchies sunnites de la rive méridionale du golfe Arabo-Persique. Ces États ont redouté que l'Iran, de religion chiite, un État aujourd'hui moins isolé et surtout enrichi par la vente de son pétrole – une vente désormais autorisée – fasse la démonstration de sa puissance et continue à menacer ses voisins par le renforcement de ses capacités militaires conventionnelles et le financement des milices chiites dans les pays de la péninsule Arabique. De fait, l'Iran aide les Houthistes, c'est-à-dire les insurgés chiites yéménites contre le pouvoir en place – lui-même soutenu par l'Arabie saoudite – après avoir joué un rôle important dans l'élimination presque totale en janvier 2018 des djihadistes sunnites de Daesh en Irak, puis en Syrie[161].

Puissance à vocation régionale, ayant de solides appuis en Irak, au Liban et en Syrie, l'Iran constitue depuis longtemps une menace pour la sécurité d'Israël et des principautés arabes situées sur la rive occidentale du golfe Arabo-Persique qui ont cherché, en retour, à endiguer son influence par la signature d'accords de défense avec les États-Unis. Faut-il rappeler, pour mémoire, qu'il y a un litige entre les Émirats arabes unis et l'Iran sur trois îlots proches du détroit d'Ormuz que ce pays occupe militairement depuis 1971 ? De même, il existe un différend frontalier larvé qui oppose le Qatar à l'Iran à propos d'un important gisement gazier commun *off shore* d'où provient la plus grande partie de la richesse de cette petite monarchie. Il y a enfin et surtout des affrontements confessionnels entre sunnites (90 % du monde musulman) et chiites du Proche-Orient, ravivés par les « *printemps arabes* » de 2011. Principale puissance chiite, l'Iran est en conflit avec Bahreïn qui est le siège de la Ve flotte américaine dans l'océan Indien et la seule pétromonarchie arabe à majorité chiite dirigée par une dynastie sunnite, placée dans l'orbite

[160] G. PARIS, « Trump saborde l'accord nucléaire avec l'Iran », *Le Monde*, vendredi 11 mai 2018, p. 2 ; I. WARDE, « Au mépris du droit international. Le diktat iranien de Donald Trump », *Le Monde diplomatique*, juin 2018, p. 1 et p. 6-7.
[161] B. HOURCADE, « Succès militaires et mutations de la société. L'Iran se réinvente en puissance régionale », *Le Monde diplomatique*, février 2018, p. 6-7.

directe de l'Arabie saoudite[162]. « *Patron* » vigilant des micro-États de la région et « *Gardien* » de l'islam sunnite, ce pays – premier exportateur mondial de pétrole – a, de son côté, accusé l'Iran d'avoir fomenté, à plusieurs reprises, des troubles grave dans la province orientale du Hassa où est concentrée la plus grande partie de la minorité chiite du royaume saoudien[163].

Pour être exhaustif, encore faut-il souligner que la situation est toujours chaotique en Irak dont le territoire a été illégalement occupé par l'armée américaine de 2003 à 2011 alors même que la sécurité et l'ordre publics n'ont toujours pas été rétablis à l'intérieur d'un pays [164], aujourd'hui menacé d'éclatement par la minorité kurde qui revendique son indépendance[165]. Ce tableau incertain vise aussi la Syrie voisine où la Russie de Vladimir Poutine est partie prenante au double plan politique et militaire, dès lors que le maître du Kremlin soutient contre vents et marées le régime dictatorial du président Bachar Al-Assad contre le mouvement djihadiste Daesh – désormais en voie de liquidation – et les opposants au pouvoir en place dans une guerre civile qui a déjà provoqué des dizaines de milliers de morts et un exode sans précédent des populations locales vers la Turquie, les pays arabes voisins (notamment le Liban et la Jordanie) et les États de l'Europe occidentale[166].

Suite à un procès-verbal qui est loin d'être rassurant, une question mérite d'être posée : les « *autoroutes des hydrocarbures et des matières premières stratégiques* » qui traversent l'océan Indien en direction de l'Afrique australe, de l'Amérique du Nord, de l'Europe occidentale et de

[162] B. BARTHE, « Bahreïn. Inamovible pouvoir sunnite », *Le Monde*, dimanche 15-lundi 16-mardi 17 mai 2016, p. 7.
[163] G. PARIS, « Les révolutions de 2011 ont ravivé les tensions entre sunnites et chiites. La guerre froide irano-saoudienne », *Le Monde*, jeudi 15 décembre 2011, p. 26.
[164] H. SALLON, « Les milices chiites, force montante de la politique irakienne », *Le Monde*, mercredi 9 mai 2018, p. 3.
[165] L. BOSO et J. VALAX, « Irak. Référendum sur l'avenir du Kurdistan irakien », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2018, n° 1, p. 155-158. Bien entendu, le Gouvernement de Bagdad a la ferme intention de défendre son intégrité territoriale et de s'opposer à toute forme de sécession de la part de ses composantes. Il conteste notamment le référendum organisé le 25 septembre 2017 par la minorité kurde. Autant dire que la paix civile est loin d'être rétablie en Irak.
[166] H. JABER, « Les conséquence de l'embrasement du Proche-Orient. Qui accueille vraiment les réfugiés ? », *Le Monde diplomatique*, octobre 2015, p. 8-9 ; J. LÉVESQUE, « Internationalisation croissante des guerres du Proche-Orient. Quitte ou double de la Russie à Alep », *Le Monde diplomatique*, novembre 2016, p. 14-15 ; N. KOZHANOV, « Succès militaires, casse-tête géopolitique. Que cherche la Russie au Proche-Orient ? », *Le Monde diplomatique*, mai 2018, p. 1 et p. 4-5.

l'Extrême-Asie ne paraissent-elles pas trop importantes pour que l'Aigle américain, conscient de son *leadership* désormais incontesté depuis la chute de l'Ours soviétique en 1991 et de ses responsabilités au niveau mondial, ne se retire spontanément de cette région en abandonnant ses bases militaires – toujours dissuasives pour la République islamique d'Iran – implantées à la Corne de l'Afrique, au Proche-Orient et sur la rive occidentale du golfe Arabo-Persique ainsi que le centre aéronaval hautement stratégique établi sur l'atoll de Diego Garcia ?

Au moment où l'opinion publique américaine maintien sa pression sur la classe politique dirigeante washingtonienne pour obtenir de nouveaux résultats concrets, décisifs et durables dans la guerre planétaire contre le terrorisme anti-américain après le renversement du régime extrémiste des talibans d'Afghanistan en 2001 et de la dictature de Saddam Hussein en Irak en 2003, les idées dominantes sur la « *crédibilité* » et la « *théorie des dominos* », patiemment forgées par le président républicain Ronald Reagan (1981-1989) et reprises à son compte par le président républicain George Bush (1989-1993), puis par leurs successeurs – le démocrate Bill Clinton (1993-2001), le républicain George W. Bush (2001-2009), le démocrate Barack Obama (2009-2017) et maintenant, dans une alternance inattendue, le républicain Donald Trump depuis le 20 janvier 2017[167] – ne vont-elles pas, en d'autres termes, continuer à paralyser la vision que la superpuissance américaine a des risques d'un changement en profondeur dans les diverses parties du monde et notamment dans l'océan Indien ?

Selon certains observateurs de la vie politique américaine, les deux grands partis des États-Unis – le parti démocrate et le parti républicain – seraient apparemment moins enclins aujourd'hui que par le passé à des interventions militaires à l'étranger, considérées comme trop coûteuses et souvent inutiles[168]. En vérité, le nouveau locataire de la Maison Blanche maintient le cap tracé par ses prédécesseurs dans les principales régions du monde, tout particulièrement dans le Pacifique qui est la zone d'influence traditionnelle des États-Unis, une zone aujourd'hui perturbée par l'expansionnisme chinois dans son « *pré carré* » qu'est la mer de Chine méridionale[169] et les menaces nucléaires tous azimuts proférées en

[167] G. PARIS, « Après l'attaque à New York, Trump attise les divisions. Le président américain s'en prend aux démocrates et veut durcir encore les règles sur l'immigration », *Le Monde*, vendredi 3 novembre 2017, p. 3.

[168] B. BRÉVILLE, « De Barak Obama à Donald Trump, l'interventionnisme ne fait plus recette. Les États-Unis sont fatigués du monde », *Le Monde diplomatique*, mai 2016, p. 6-7.

[169] Après avoir construit plusieurs îlots artificiels en mer de Chine méridionale de manière illégale (dans la mesure où ils sont notamment situés dans la zone

2017 par les dirigeants de la Corée du Nord[170]. Donald Trump maintient également le cap dans l'océan Indien, devenu depuis quelques années un centre de rivalité économique et stratégique entre les deux géants d'Asie : la Chine – un État fortement dépendant du pétrole du golfe Arabo-Persique et avide de puissance à l'échelle planétaire – et l'Inde, sa voisine aux grandes ambitions régionales[171]. À ce sujet, le journaliste Jean-Philippe Rémy observe, en novembre 2016, que le régime de Pékin a désormais fixé « *à Djibouti* » – un petit pays aujourd'hui très convoité qui occupe une position clef sur le détroit de Bab El-Mandeb et dans une zone fragilisée par les menaces terroristes et les risques de pirateries maritimes – « *sa première présence militaire lointaine* », à proximité immédiate des bases militaires françaises et américaines[172]. Autant dire qu'un retrait américain de l'océan Afro-asiatique, au plan stratégique, serait de nature à faciliter l'hégémonie régionale de la Chine et de l'Inde et un retour probable de la Russie dans cette partie du monde[173].

Dès lors, les questions relatives au démantèlement du BIOT et à la neutralisation des îles Chagos et, d'une manière plus globale encore, à la

---

économique exclusive des Philippines), la Chine les aménage en bases stratégiques. N. ALOUPI, « Arbitrage relatif à la mer de Chine méridionale (*La République des Philippines c. La République populaire de Chine*), sentence sur le fond, 12 juillet 2016 », Chronique de jurisprudence internationale, *RGDIP*, 2016, n° 4, p. 875-882.

[170] Les dirigeants de Pyongyang avaient menacé la Corée du Sud et le Japon ainsi que l'île de Guam qui abrite l'une des principales bases militaires américaines dans le Pacifique. N. GUIBERT, « L'OTAN face à la menace nord-coréenne », *Le Monde*, mardi 3 octobre 2017, p. 6 ; M. BULARD, « Une puissance nucléaire de fait. Négocier sans préalable avec Pyongyang », *Le Monde diplomatique*, octobre 2017, p. 10. Mais après le sommet de Singapour qui a permis au président américain Donald Trump de rencontrer le leader nord-coréen Kim Jong-un le 12 juin 2018, le dirigeant de la Corée du Nord a retiré ses menaces et déclaré qu'il est désormais favorable à une dénucléarisation de l'ensemble de la péninsule coréenne.

[171] O. ZAJEC, « L'armée indienne oublie Gandhi et rêve de puissance », *Le Monde diplomatique*, septembre 2009, p. 14-15 ; J. BOUISSOU, « Géopolitique. L'Inde à la reconquête de son océan », *Le Monde*, vendredi 20 mars 2015, p. 4. Selon la presse régionale, des traités auraient été conclus par Maurice et les Seychelles avec l'Inde en vue de lui accorder des « *facilités militaires* » dans certaines de leurs dépendances. Mais ces informations qui témoignent d'un engagement de l'Inde dans l'océan qui porte son nom sont sujettes à caution. F. BANC, « Seychelles. Accord diplomatique avec l'Inde. Une base militaire à Assomption ? », *Le Quotidien de La Réunion*, samedi 27 janvier 2018, p. 52 ; V. MOONIEN, « Selon la presse indienne. Agaléga future base militaire indienne », *Le Quotidien de La Réunion*, lundi 19 février 2018, p. 52.

[172] J.-PH. RÉMY, « Géopolitique. Djibouti. La cage aux fauves », *Le Monde*, dimanche 20 - lundi 21 novembre 2016, p. 14.

[173] B. PHILIP, « Un retrait américain faciliterait *l'hégémonie régionale chinoise* », *Le Monde*, samedi 19 novembre 2016, p. 2 ; I. MANDRAUD, « Les rêves de puissance de Poutine », *Le Monde*, dimanche18-lundi 19 octobre 2015, p. 2.

création d'une « *zone de paix* » dans l'océan Indien ne risquent-elles pas, pendant une période indéterminée, de défrayer la chronique dans la Communauté internationale, dans la plupart des États riverains de cette complexe région du monde toujours « *en effervescence* », parmi les instances gouvernementales de Port-Louis et dans les faubourgs déshérités de la capitale mauricienne où la plupart des Chagossiens survivent depuis des décennies dans la précarité tout en caressant – pour certains d'entre eux – l'espoir légitime de revenir vivre dans leur pays d'origine et notamment sur l'atoll de Diego Garcia, l'île principale des « *Ziles-là-haut* »[174] ?

Voici une rafale de points d'interrogations au sujet de la base militaire de Diego Garcia, une base aéronavale que les États-Unis et la Grande-Bretagne ont bien l'intention de conserver et d'utiliser pour défendre leurs intérêts communs dans l'océan Indien, au moins jusqu'à l'expiration de la prochaine échéance désormais fixée au 30 décembre 2036. Dans le cadre d'un raisonnement limité, en conséquence, aux deux prochaines décennies, une double réponse pessimiste peut être apportée.

D'abord, dans la mesure où l'océan Indien – « *le nouveau cœur du monde* » selon la formule toujours d'actualité de Philippe Leymarie[175] – est entré dans un « *temps de crise prolongée* », l'atoll stratégique de Diego Garcia, officiellement revendiqué comme les autres îles Chagos par l'État mauricien depuis le 7 juillet 1980, risque de rester pendant très longtemps encore un « *super porte-avions britannique* » ancré au cœur de l'océan Indien et puissamment armé par les Américains pour le compte des puissances occidentales. Ensuite, une chose est d'obtenir des résultats concrets sur des points bien précis comme, par exemple, la chute du régime intégriste afghan du mollah Mohammad Omar le 24 novembre 2001, le renversement de la dictature du président Saddam Hussein le 9 avril 2003 ou, plus récemment encore, l'élimination physique le 2 mai 2011 d'Oussama Ben Laden, le chef emblématique de l'organisation Al-Qaïda qui a fait volet en éclat le mythe de l'invulnérabilité des États-Unis le 11 septembre 2001[176]. Une autre est de parvenir à la démilitarisation

[174] J.-M. G. LE CLÉZIO (Écrivain, Prix Nobel de littérature), « Lavez l'injustice faite aux Chagossiens. Lettre au président Barack Obama », *Le Monde,* dimanche 18-lundi 19 octobre 2009, p. 17 ; A. ORAISON, « Plaidoyer pour le retour des Chagossiens sur leurs terres natales », *RRJ,* 2014, n° 1, p. 409-417.

[175] PH. LEYMARIE, *Océan Indien. Le nouveau cœur du monde*, Paris, Karthala, 1981, 367 p.

[176] P. CLAUDE, « La mort d'Oussama Ben Laden. La trajectoire de l'icône du djihadisme mondialisé », *Le Monde*, mardi 3 mai 2011, p. 7.

effective de l'ensemble de l'océan Indien, même si celui-ci est le plus petit des trois principaux océans du globe[177].

Entrer dans le processus complexe visant à transformer en « *zone de paix* » l'océan Indien qui est, depuis plus d'un demi-siècle, un espace conflictuel majeur et qui intéresse tous les membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies ainsi que certains États riverains émergeants, nommément l'Afrique du Sud, l'Australie, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran et le Pakistan[178], des États qui aspirent à jouer un rôle de premier plan à côté ou même à la place des États-Unis, c'est faire preuve d'un optimisme incommensurable. C'est croire au matin des magiciens. En reprenant la formule poétique et subliminale d'un participant soviétique lors d'une rencontre d'experts, réunis à Genève en 1987 sur la question du désarmement général et complet sous un contrôle international efficace, nous dirons que « *c'est passer de l'autre côté du miroir et suivre Alice au pays des merveilles* »[179].

Le renouvellement pour 20 ans du bail stratégique consenti sur Diego Garcia aux États-Unis par la Grande-Bretagne se traduit par une première grande déception, dès lors qu'il va à l'encontre des espoirs de la plupart des États riverains de l'océan Indien, favorables depuis 1971 à la création d'une « *zone de paix* » dans cette partie du monde. La prolongation du bail jusqu'au 30 décembre 2036 a aussi contrarié les attentes des Mauriciens qui souhaitaient – sans trop y croire, il est vrai – récupérer l'archipel des Chagos après l'expiration du bail initial fixé au 30 décembre 2016 et clore ainsi un litige territorial vieux de plusieurs décennies. En réaction, les dirigeants de Port-Louis ont persuadé l'Assemblée générale des Nations Unies de voter, le 22 juin 2017, la Résolution 71/292 en faveur de la saisine de la Cour internationale de Justice afin que cette juridiction puisse se prononcer, par la voie consultative, sur les conditions dans lesquelles les îles Chagos ont été détachées de la colonie britannique de Maurice en 1965, c'est-à-dire avant son accession à l'indépendance proclamée en 1968.

Le renouvellement du bail sur Diego Garcia brise enfin les rêves des Chagossiens exilés à Maurice et aux Seychelles et qui, depuis, militent

---

[177] H. LABROUSSE, « L'océan Indien, zone de paix : un objectif louable mais incertain ! », *Revue Défense Nationale*, mars 1989, p. 77-81.

[178] J.-L. RACINE, « Un pied au Proche-Orient. L'autre en Asie. Le Pakistan cherche sa place dans une région tourmentée », *Le Monde diplomatique*, mars 2016, p. 12-13.

[179] S. SUR, « Problèmes de vérification dans le traité américano-soviétique du 8 décembre 1987 sur l'élimination des missiles à portée intermédiaire et à plus courte portée », *AFDI*, 1987, p. 93.

pour leur retour dans leur pays d'origine[180]. Encore convient-il d'apporter quelques précisions sur une question qui est considérée comme primordiale par la communauté chagossienne. Dans un premier temps, la Grande-Bretagne n'avait pas exclu la possibilité de son retour, dans l'hypothèse même d'une prorogation du bail stratégique sur Diego Garcia à la date du 30 décembre 2016. Après avoir exprimé les « *regrets* » du Gouvernement de Londres au sujet du déplacement forcé des habitants de Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon entre 1967 et 1973, dans une déclaration faite le 8 juillet 2013 à la Chambre des Communes, Mark Simmonds – le sous-secrétaire d'État aux Affaires étrangères – avait en effet indiqué que la Grande-Bretagne avait envisagé de commander à un cabinet d'experts indépendants une nouvelle étude de faisabilité portant sur les implications d'une éventuelle réinstallation des Chagossiens sur leurs îles natales[181]. Avant de mettre l'accent sur l'importance stratégique de la base militaire de Diego Garcia pour les États-Unis et la Grande-Bretagne, dans une nouvelle intervention à la Chambre des Communes, le 19 novembre 2013, Mark Simmonds avait tenu à souligner que le Gouvernement britannique se prononcerait avant le 31 décembre 2014 sur la nouvelle étude de faisabilité concernant la question de la réinstallation définitive des Chagossiens sur l'île du Coin (Peros Banhos), sur l'atoll de Boddam (Salomon) et même sur la partie orientale de Diego Garcia qui échappe au processus de militarisation[182]. La décision initiale des

[180] J. C. de l'ESTRAC, *L'an prochain à Diego Garcia…*, Vacoas-Phœnix (Maurice), Éditions Le Printemps, 2011, 248 p.

[181] V. MOONIEN, « Archipel des Chagos. Les Anglais parlent de retour », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 10 juillet 2013, p. 13. Réalisée par des experts en 2002, une précédente étude avait estimé coûteuse et précaire une réinstallation des Chagossiens dans leur pays d'origine, notamment aux îles Peros Banhos et Salomon, en raison de l'élévation progressive du niveau de la mer.

[182] ANONYME, « Souveraineté territoriale. Chagos : Londres persiste et signe sur le *resettlement* », *Le Mauricien*, jeudi 21 novembre 2013, p. 4. La décision originelle de la Grande-Bretagne s'appuie vraisemblablement sur une décision prise par Barack Obama. Lancée sur le site de la Maison Blanche, à l'initiative du Groupe Réfugiés Chagos d'Olivier Bancoult, une pétition avait obtenu le 3 avril 2012 les 25 000 signatures nécessaires en droit pour permettre au président américain de se pencher sur le drame des Chagossiens. Or, la Maison Blanche a répondu le 23 décembre 2012 que les États-Unis ne peuvent pas s'impliquer dans cette affaire pour la simple raison que la Grande-Bretagne exerce seule la souveraineté sur les îles Chagos, y compris sur Diego Garcia. Autant dire que les Américains se prétendent incompétents, au plan juridique, pour régler le sort des Chagossiens, alors même qu'ils sont principalement responsables de leur déportation (ANONYME, « Obama ne viendra pas en aide aux Chagossiens », *l'express,* lundi 24 décembre 2012, p. 1). Ceci dit, il est exact que la Grande-Bretagne exerce un droit de souveraineté exclusif sur l'archipel des Chagos depuis sa conquête par les armes au détriment de la France, en 1810. Faut-il en outre rappeler que la Haute Cour de Justice de Londres a reconnu aux Chagossiens, outre le « *droit de retour définitif* » au pays natal, celui de bénéficier de la pleine citoyenneté

Britanniques était d'autant plus crédible et rationnelle que la maintenance de la base aéronavale est assurée par quelque deux mille civils : essentiellement des Philippins mais aussi des Sri-Lankais et des Mauriciens, mais jamais à ce jour par des Chagossiens[183].

Cependant, la situation devait par la suite évoluer dans un sens nettement défavorable à la communauté chagossienne. D'abord, dans un rapport préliminaire sur le repeuplement des îles Chagos mis en ligne sur le site web du *Foreign and Commonwealth Office*, le 28 novembre 2014, et dans lequel elles mettent en avant des raisons financières, les autorités britanniques ont déclaré qu'elles ne souhaitaient plus accueillir qu'un nombre restreint de Chagossiens – compris entre 150 et 500 – dans le secteur oriental de l'atoll de Diego Garcia, jugé alors prioritaire, alors même que tous les déportés et leurs descendants ont le droit de revenir dans les diverses composantes de leur terre ancestrale[184]. De plus, dans un rapport complémentaire mis en ligne le 4 août 2015, les autorités britanniques ont prétendu interdire aux bénéficiaires du droit au retour l'accession à la propriété privée ainsi que les visites de leurs proches. Elles ont aussi exigé que les Chagossiens supportent en partie leurs frais

britannique dans sa décision du 3 novembre 2000 et que ce droit leur a été effectivement accordé par le Parlement dans une loi du 22 novembre 2001 (J.-M. POCHÉ, « La Grande-Bretagne accorde la citoyenneté britannique aux habitants des Chagos », *Le Mauricien*, vendredi 23 novembre 2001, p. 3) ? Cette législation pose concrètement le principe de l'octroi de la citoyenneté britannique aux personnes nées à Diego Garcia, Peros Banhos et Salomon avant leur déportation vers Maurice et à leurs enfants nés à Maurice, de parents Chagossiens. Mais si la loi a été bien accueillie par les Chagossiens qui réclamaient depuis fort longtemps ce *full british passport*, elle a été reçue de manière mitigée par le Gouvernement de Port-Louis qui revendique la partie résiduelle du BIOT et considère, de surcroît, les Chagossiens comme des Mauriciens à part entière.

[183] Néanmoins, avec l'accord des autorités britanniques, des membres de la communauté chagossienne ont pu visiter, à deux reprises, leurs pays d'origine. Pour la première fois depuis sa *déportation*, Olivier Bancoult – né à Peros Banhos en 1964 et « *déplacé* » à Maurice avec toute sa famille en 1968 sur le « *Mauritius* » – a ainsi été autorisé, après 32 ans d'exil, à se rendre aux îles Chagos. À la tête d'une délégation de 4 personnes, membres du GRC, la visite historique du *leader* de cette association a débuté le 8 juin 2000 et a duré 4 jours (TH. CHATEAU, « Visite aux Chagos. Mission accomplie pour Olivier Bancoult », *Le Mauricien*, samedi 24 juin 2000, p. 5). Par la suite, du 30 mars au 10 avril 2006, cent Chagossiens ont pu revoir leurs terres natales au cours d'un voyage humanitaire particulièrement émouvant, baptisé « *pelrinaz dan zil* ». Le « *Mauritius Trochetia* » les a d'abord conduit à Boddam, l'atoll principal des îles Salomon, puis à l'île du Coin, dans le groupe de Peros Banhos, et enfin sur l'atoll de Diego Garcia. J.-M. POCHÉ, « Pèlerinage aux Chagos. Le témoignage du père Gérard Mongelard », *Le Mauricien*, samedi 15 avril 2006, p. 4.

[184] V. MOONIEN, « Archipel des Chagos. Entre 75 et 500 millions le repeuplement », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 3 décembre 2014, p. 56.

de déplacement par vol charter, au motif que les vols commerciaux ne sont pas autorisés à Diego Garcia[185]. Autant dire avec Olivier Bancoult – la figure emblématique du Groupe Réfugiés Chagos (GRC) – que les conditions posées par les Britanniques sont « *inacceptables dans leur ensemble* »[186].

Finalement, en raison de retards d'ordre administratif dans la mise en œuvre d'un projet qui semblait plutôt favorable aux Chagossiens en 2013, puis d'une forte révision à la baisse des intentions britanniques en 2015, avant d'arriver à un changement de Gouvernement intervenu après le référendum du 23 juin 2016 sur la sortie de la Grande-Bretagne de l'Union européenne, le projet de réinstallation des Chagossiens dans leur pays d'origine a été purement et simplement abandonné. Dans une déclaration faite au Parlement le 16 novembre 2016, Joyce Anelay – la ministre d'État britannique au Développement international – a en effet fait savoir que son Gouvernement avait finalement pris la décision d'interdire la réinstallation de la communauté chagossienne pour « *des raisons de faisabilité, d'intérêt en matière de défense et de sécurité, et de coût pour les contribuables britanniques* »[187].

Cette décision négative a été prise malgré une émouvante manifestation de protestation organisée à Port-Louis le 13 décembre 2016 par le GRC d'Olivier Bancoult devant l'ambassade de la Grande-Bretagne[188]. À titre de consolation, le Gouvernement de Londres s'engage toutefois à verser à la communauté chagossienne une assistance financière d'un montant forfaitaire de 40 millions de livres sterling, échelonnée sur une période de 10 ans et destinée à favoriser son insertion économique, sociale et culturelle à Maurice et aux Seychelles. Au premier abord, cette décision peut surprendre quand on se reporte à la décision prise par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Saisie par les Chagossiens, après épuisement des voies de recours internes devant les juridictions britanniques pour un problème d'indemnisation jugée insuffisante[189], la CEDH a en effet débouté les requérants dans un arrêt

---

[185] Consulter https://www.gov.uk/government/consultations/biot-resettlement-policy-review-consultation.

[186] F. BANC, « Archipel des Chagos. Consultations britanniques. *Pas de retour dans ces conditions* », *Le Quotidien de La Réunion*, mercredi 26 août 2015, p. 52.

[187] V. MOONIEN, « Les Britanniques brisent le rêve d'un retour », *Le Quotidien de La Réunion*, jeudi 17 novembre 2016, p. 40.

[188] G. GAUVIN et A. DRENEAU, « Manifestation chagossienne devant l'ambassade britannique à Port-Louis. Les Chagossiens ont crié leur révolte : *Nous voulons vivre aux Chagos* ! », *Témoignages*, mercredi 14 décembre 2016, p. 1-2.

[189] Dans une décision en date du 9 octobre 2003, la Haute Cour de Justice de Londres avait déjà débouté les Chagossiens à propos de leur demande d'obtention d'une

définitif rendu le 11 décembre 2012. À la suite d'une procédure étalée sur huit années, les juges de Strasbourg ont refusé d'examiner le problème au fond en déclarant irrecevable la plainte des Chagossiens déposée le 9 décembre 2004 contre la Grande-Bretagne pour violation des droits humains fondamentaux, lors de leur déportation à Maurice et aux Seychelles, au motif que des compensations financières d'un montant de 4 millions de livres sterling leur avaient été versées par le Gouvernement de Londres en 1982 « *in full and final discharge* », c'est-à-dire pour solde de tout compte[190].

C'est en tenant compte de ce précédent que l'offre faite par le Gouvernement de Londres le 16 novembre 2016 a été rejetée par le GRC : Olivier Bancoult a tenu à dénoncer en l'espèce « *le piège de l'aide financière* ». Quant à la décision britannique prise le même jour et visant à refuser aux Chagossiens le droit de revenir dans leur pays d'origine, elle est inacceptable au plan juridique car elle méconnaît les règles du droit international humanitaire et notamment la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948. En des termes péremptoires, l'article 9 de la Déclaration indique en effet que « *nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé* ». Faut-il, de surcroît, rappeler que le droit de revenir vivre dans leur pays d'origine avait été reconnu aux Chagossiens par la Haute Cour de Justice de Londres le 3 novembre 2000[191] puis confirmé à deux reprises : en première instance par cette juridiction dans un jugement du 11 mai 2006, puis par la Cour d'Appel de Londres dans un arrêt du 23 mai 2007 ?

Cependant, cette jurisprudence favorable aux Chagossiens a, par la suite, été remise en cause par les juridictions supérieures. Après saisine du Conseil privé de la Reine par le Gouvernement britannique, ce « *droit de retour* » a été rejeté dans une décision rendue le 22 octobre 2008 par les « *Law Lords* ». Dans un arrêt adopté par trois voix contre deux, cet

---

compensation pour cause de déportation au motif que le Gouvernement de Londres leur avait accordé une indemnisation en 1982, « *pour solde de tout compte* ». Consulter à ce sujet la décision du 9 octobre 2003, Chagos Islanders c. Attorney General, *in British Yearbook of International Law*, 2003, tome 74, p. 486.

[190] CEDH, *Chagos Islanders v. United Kingdom*, Application n° 35622/04, 11 décembre 2012, paragraphe 83 ; A. DRENEAU, « La Cour européenne de Strasbourg déboute les Chagossiens », *Témoignages*, samedi 22-dimanche 23 décembre 2012, p. 9.

[191] L. BALMOND, « Grande-Bretagne/Iles Chagos. Décision de la Haute Cour britannique, 3 novembre 2000 », Chronique des faits internationaux, *RGDIP*, 2001, n° 1, p. 186 ; Arrêt The Queen (*ex parte* Bancoult) c. Foreign and Commonwealth Office (3 novembre 2000), *International Law Reports*, 2003, tome 123, p. 555.

aréopage de juristes – une émanation de la Chambre des Lords – a donné raison au Gouvernement britannique qui invoquait des arguments stratégiques et sécuritaires : il s'est prononcé contre le « *droit de retour* » des Chagossiens après avoir confirmé la validité des deux décrets-lois du 10 juin 2004 qui interdisent leur réinstallation dans leur archipel[192]. Créée le 1er octobre 2009 pour se substituer aux « *Law Lords* », la Cour suprême du Royaume-Uni est ainsi devenue la plus haute instance de l'appareil judiciaire britannique. Après avoir été saisie, à ce titre, par Olivier Bancoult, la Haute juridiction a toutefois confirmé la décision prise par les « *Law Lords* », le 22 octobre 2008. Dans un arrêt définitif rendu le 29 juin 2016, une nouvelle fois par trois voix contre deux, les magistrats de la Cour suprême ont estimé que la découverte de certains éléments – des éléments non communiqués au cours de la procédure précédente et relatifs à la faisabilité d'une éventuelle réinstallation des Chagossiens dans leur pays d'origine – n'était pas de nature à remettre en cause la décision antérieure prise par les « *Law Lords* » en 2008[193].

L'arrêt de la Cour suprême laisse toutefois une porte ouverte aux Chagossiens – « *les Palestiniens de l'océan Indien* » selon la formule d'Olivier Bancoult[194] – dans la mesure où il indique que l'étude de faisabilité sur les implications de leur réinstallation dans leur pays d'origine, une étude commandée à un cabinet d'experts en mars 2014 et publiée le 10 février 2015, peut constituer le fondement d'une nouvelle action devant la juridiction britannique[195]. Les Chagossiens mettent aussi leurs espoirs dans l'avis consultatif qui sera rendu par la Cour de La Haye au sujet des circonstances dans lesquelles les îles Chagos ont été détachées de la Couronne britannique de l'île Maurice à la veille de son accession à l'indépendance. Dans l'attente du point de vue juridique qui sera donné par « *l'organe judiciaire principal des Nations Unies* », que dire en guise d'ultimes réflexions terminales ?

---

[192] Arrêt Regina (on the application of Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (n° 2), *UK House of Lords Decisions* (2008), p. 61-118.

[193] Consulter à ce sujet https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0021-judgment.pdf. Consulter également G. GIRAUDEAU, « Royaume-Uni. Cour suprême, arrêt du 29 juin 2016, R (*on the application of Bancoult (n° 2) (Appellant) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent*) 2016, UKSC 35 – Droit au retour des Chagossiens », Jurisprudence étrangère intéressant le droit international, *RGDIP*, 2016, n° 4, p. 947-948.

[194] G. GONTHIER, « Nous sommes tous les Palestiniens de l'océan Indien », *Le Quotidien de La Réunion*, vendredi 1er juin 2018, p. 18.

[195] G. GAUVIN, « La bataille continue. La question des Chagos devant la Cour suprême de Londres : un procès perdu, mais une ouverture à envisager », *Témoignages*, samedi 2 et dimanche 3 juillet 2016, p. 5.

Pendant la nouvelle période de 20 ans qui a commencé le 30 décembre 2016 avec le renouvellement du bail stratégique sur Diego Garcia, un bail qui s'achèvera en principe le 30 décembre 2036, nous devons rester à l'écoute des doléances de la communauté chagossienne qui a été et reste l'une des premières victimes collatérales de la querelle américano-soviétique[196]. Plus que jamais, nous devons venir en aide à cette petite communauté pacifique qui a été sacrifiée dans le secret, au nom de la raison d'État sur l'autel des intérêts stratégiques des autorités américaines et britanniques afin de concrétiser leurs desseins méphistophéliques au cœur du bassin central de l'océan Indien.

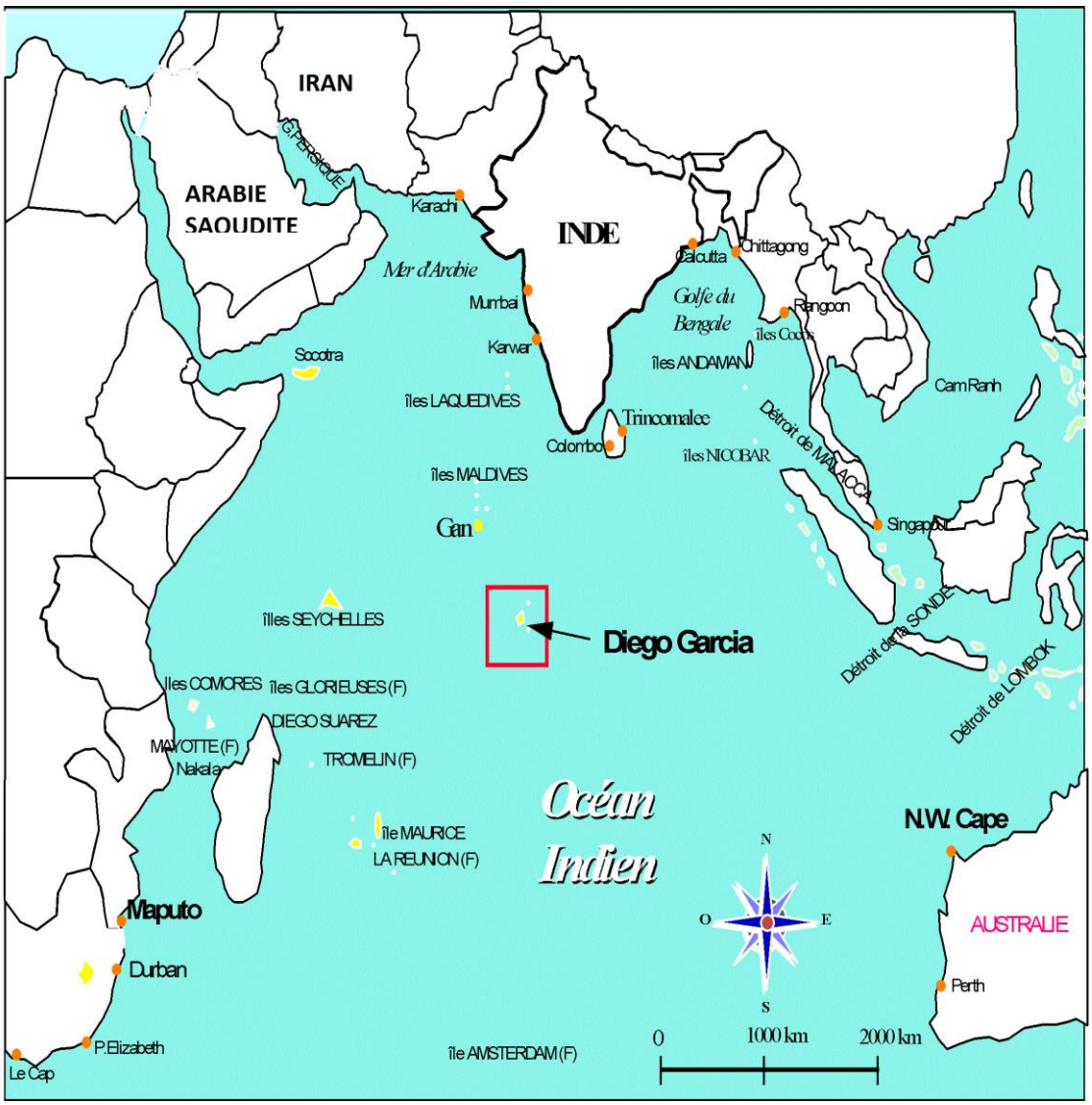
Étude achevée à Saint-Denis de La Réunion, le vendredi 21 septembre 2018.

___

[196] Dans son éditorial du 11 septembre 1975, intitulé « *The Diego Garcians* », le *Washington Post* a été le premier journal américain à révéler que les habitants des îles Chagos avaient été traités d'une manière honteuse (« *in a shameful way* »).

Annexe I

LOCALISATION DE L'ATOLL DE DIEGO GARCIA DANS L'OCÉAN INDIEN



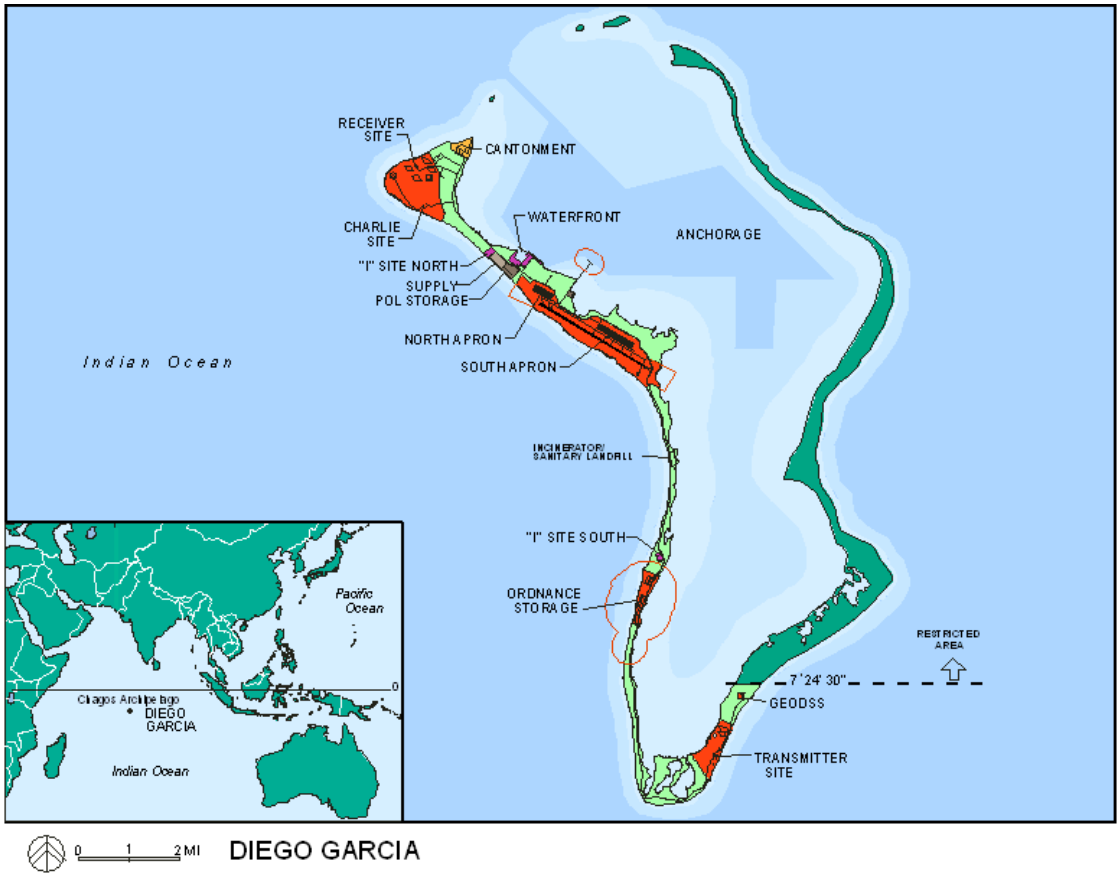
Annexe II

LOCALISATION
DES DIVERS ATOLLS DE L'ARCHIPEL DES CHAGOS



Annexe III

LOCALISATION DE LA BASE MILITAIRE SUR L'ÎLE DE DIEGO GARCIA



Annexe IV

Résolution 72/21 adoptée le 4 décembre 2017

par l'Assemblée générale des Nations Unies

[*sur la base du rapport de la Première Commission* (*A/72/401*)]

Application de la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix

L'Assemblée générale,

Rappelant la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix, qui figure dans sa résolution 2832 (XXVI) du 16 décembre 1971, et rappelant également ses résolutions 54/47 du 1er décembre 1999, 56/16 du 29 novembre 2001, 58/29 du 8 décembre 2003, 60/48 du 8 décembre 2005, 62/14 du 5 décembre 2007, 64/23 du 2 décembre 2009, 66/22 du 2 décembre 2011, 68/24 du 5 décembre 2013 et 70/22 du 7 décembre 2015, ainsi que les autres résolutions sur la question,

Rappelant également le rapport de la Réunion des États du littoral et de l'arrière-pays de l'océan Indien, tenue à New York du 2 au 13 juillet 1979[197],

Rappelant en outre le paragraphe 102 du Document final de la treizième Conférence des chefs d'État et de gouvernement des pays non alignés, tenue à Kuala Lumpur les 24 et 25 février 2003[198], où il était noté, en particulier, que le Président du Comité spécial de l'océan Indien poursuivrait ses consultations sur les travaux futurs du Comité,

[197] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 45* et rectificatif (A/34/45 et A/34/45/Corr. 1).
[198] A/57/759-S/2003/332, annexe I.

Soulignant qu'il est nécessaire de promouvoir des démarches consensuelles propices à la poursuite de tels efforts,

Notant les initiatives prises par les pays de la région pour promouvoir la coopération, en particulier sur le plan économique, dans la région de l'océan Indien et la contribution qu'elles peuvent apporter à la réalisation des objectifs globaux d'une zone de paix,

Convaincue que la participation de tous les membres permanents du Conseil de sécurité et des principaux utilisateurs maritimes de l'océan Indien aux travaux du Comité est importante et contribuerait à faire progresser un dialogue bénéfique à tous en vue d'instaurer des conditions de paix, de sécurité et de stabilité dans la région de l'océan Indien,

Considérant qu'il faut consacrer davantage d'efforts et de temps à faire émerger un débat ciblé sur des mesures concrètes propres à assurer des conditions de paix, de sécurité et de stabilité dans la région de l'océan Indien,

Ayant examiné le rapport du Comité spécial[199],

1. *Prend acte* du rapport du Comité spécial de l'océan Indien ;

2. *Se déclare de nouveau convaincue* que la participation de tous les membres permanents du Conseil de sécurité et des principaux utilisateurs maritimes de l'océan Indien aux travaux du Comité est importante et faciliterait grandement l'instauration d'un dialogue bénéfique à tous pour faire progresser la paix, la sécurité et la stabilité dans la région de l'océan Indien ;

3. *Prie* le Président du Comité de poursuivre ses consultations avec les membres du Comité et de lui en rendre compte, par

[199] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 29 (A/72/29).*

l'intermédiaire du Comité, à sa soixante-quatorzième session ;

4. *Prie* le Secrétaire général de continuer à fournir au Comité, dans les limites des ressources existantes, toute l'assistance nécessaire, y compris par l'établissement de comptes rendus analytiques ;

5. Décide d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-quatorzième session la question intitulée « *Application de la Déclaration faisant de l'océan Indien une zone de paix* »[200].

62e séance plénière

4 décembre 2017

———

[200] La Résolution 72/21 a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 4 décembre 2017 par 132 voix contre 3 et 46 abstentions. Comme les années précédentes, les trois grandes puissances occidentales – États-Unis, France et Grande-Bretagne – ont voté contre son adoption.

Actes

Journée d'étude organisée par le Centre de Recherche Juridique (EA n°14, Université de La Réunion) le 26 juin 2017

SECURITE SANITAIRE

ET RISQUES MEDICAMENTEUX

Propos introductifs

Julien VIENNE

Etudiant en Master 1 de droit public à l'Université de La Réunion, Stagiaire au sein du CRJ

« *Face aux maladies, avoir deux choses à l'esprit : faire du bien, ou au moins ne pas faire de mal*[201] » : ainsi parlait Hippocrate au temps jadis. Mais le temps n'a-t-il pas fait perdre leur bel éclat à ses antiques paroles ?

C'est ainsi que l'on peut s'interroger sur la thématique d'aujourd'hui : sécurité sanitaire et risques médicamenteux. La juxtaposition de ces deux notions peut paraître quelque peu contre-indiqué. Car si la sécurité sanitaire renvoie à la gestion des risques pour la santé, les médicaments sont quant à eux censés préserver cette santé. En toute naïveté, il peut donc sembler étrange de parler de risque à propos de médicaments.

Mais pourtant les faits, l'histoire, tendent à montrer que cela n'est pas tout à fait vrai. Des saignées médiévales à la Dépakine moderne, en passant par le Mediator, la preuve en a été donnée que parfois, les traitements peuvent s'avérer aussi dangereux que le mal qu'ils sont censés soigner. Bon gré, mal gré il est désormais indéniable que les médicaments peuvent représenter un risque pour la santé.

[201] HIPPOCRATE, *Traité des Épidémies*, I, 5

Une fois ce constat posé, encore faut-il savoir précisément ce qui entre dans le champ de cette journée d'études. Qu'est-ce qu'un médicament ?

La réponse réside dans l'article L. 5111-1 du Code de la Santé Publique lequel, en résumé, définit le médicament comme étant une substance ou composition possédant des propriétés curatives, préventives ou encore qui permet d'établir un diagnostic médical ou enfin, qui permettent de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques grâce à leur action pharmacologique, immunologique ou métabolique.

Une telle définition, un peu complexe, a donc un vaste champ d'application. Si vaste qu'il vient même empiéter sur d'autres domaines. Celui des compléments alimentaires par exemple. Pour palier un tel empiètement, le même article, en son dernier alinéa, précise qu'en cas de cumul de qualifications possibles, le produit doit être considéré comme un médicament.

Et une telle qualification n'est pas dépourvue d'enjeux. Notamment lorsque l'on sait que l'industrie médicamenteuse est strictement encadrée. Aussi bien avant qu'après la mise sur le marché du produit. C'est d'ailleurs cet encadrement si strict qui fait que le risque que représentent les médicaments n'est plus tolérable.

Ces produits ne sont plus vendus librement par des apothicaires obscurs au détour d'une rue sombre. Au contraire après avoir subi une batterie de tests, souvent pendant près d'une décennie, les médicaments doivent faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché, délivrée au nom de l'Etat, par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé.

Si cette procédure est censée garantir un risque proche du zéro, cette ambition n'est pas toujours satisfaite. Et cela n'est guère surprenant. Les tests effectués avant la mise en marché ne collent pas toujours à la réalité du terrain. Les cobayes sont sélectionnés, les effets sur le long, très long terme ne sont pas étudiés. Et il arrive donc que des scandales finissent par éclater.

Et certaines affaires font plus de bruits que les autres. C'est le cas du benfluorex, plus connu comme le Mediator, un médicament antidiabétique dont l'usage a été détourné pour en faire un coupe-faim (même s'il semblerait que l'histoire du médicament semble indiquer que ce fut l'inverse en réalité). Ce produit fut en 2009 retiré du marché, sous l'impulsion de Madame Irène FRACHON, qui nous fait aujourd'hui l'honneur de sa présence. Deux ans plus tard, un rapport du Sénat faisait

état de 500 à 2 000 morts sur les 5 millions de personnes ayant utilisé ce produit.

Si les chiffres semblent « gonflés » pour les uns, chiffres sous-évalués pour les autres, il n'en demeure pas moins que des gens ont perdu la vie ou ont vu leur vie basculer. Et de nombreuses personnes attendent toujours qu'on leur tende la main, notamment sur notre île, qui n'a pas été épargnée par ce scandale.

Au-delà du drame humain qu'elles représentent, de telles affaires soulèvent également de nombreuses interrogations. Qui est responsable ? Qui doit payer ? Et surtout comment réparer le mal causé ?

Ces questions ont déjà trouvé pour partie leurs réponses, mais le résultat n'est pas satisfaisant. Anarchiquement, des mécanismes d'indemnisation s'empilent, et s'entremêlent. Et les victimes, pour se faire entendre, doivent souvent affronter un labyrinthe procédural. Et ce labyrinthe, parfois se change en supplice de Tantale.

Comment expliquer un tel désordre dans la machine indemnisatrice ? Comment expliquer qu'au lieu de construire un mécanisme cohérent, l'on assiste à une débauche de solutions palliatives ?

À défaut de pouvoir faire toute la lumière sur cette problématique, cette journée d'études contribuera, sans nul doute, à dissiper certaines zones d'ombres.

Mediator : une tragédie pour les victimes en deux actes

Irène FRACHON

Docteur en pneumologie, CHU de Brest

La dénonciation en 2010 sur la place publique de la toxicité redoutable du Mediator, sciemment dissimulée pendant plus de dix ans, et l'annonce de son terrible bilan humain (des centaines et probablement des milliers de morts) a déclenché un séisme dans le monde médical et l'opinion publique sans épargner la sphère politique. Mais elle a d'abord été un coup de tonnerre pour les innombrables consommateurs du Mediator, craignant pour leurs vies, et une révélation insupportable pour ceux qui ont réalisé subitement que le mal dont ils souffraient était la conséquence d'un empoisonnement délibéré, ceux qui ont endossé dès lors et bien malgré eux la triste qualification de victime, les victimes du Mediator.

Lorsque l'on se penche sur le parcours de ces victimes, somme de drames intimes irréversibles se déroulant sur de nombreuses années, on peut distinguer au sein de chaque histoire individuelle deux périodes historiques essentielles : la première étape est l'histoire « naturelle » d'une pathologie cardiaque grave (appelée valvulopathie c'est-à-dire une atteinte pathologique des valves du cœur et plus rarement une hypertension artérielle pulmonaire ou HTAP) paraissant inexpliquée ou rattachée à des causes peu convaincantes ; la deuxième étape débute après la révélation en 2010 que cette pathologie cardiaque était non pas une fatalité mais la conséquence d'une intoxication par un poison dont la dangerosité avait été de plus sciemment dissimulée par son fabricant et également tue par les autorités de santé. Au choc de cette annonce va succéder le combat pour la reconnaissance et la réparation des immenses dégâts provoqués par la prise de Mediator.

Le scandale du Mediator aujourd'hui est que cette deuxième phase, alors que tout est dit et connu publiquement, représente une nouvelle épreuve pour les victimes, confrontées au déni et la violence procédurière sans relâche du laboratoire démasqué, soutenu envers et contre tout par une majorité de la communauté médicale. Tandis que la justice s'enlise, les victimes souffrent et meurent.

Il faut donc reprendre et décrire ces deux étapes-clés de l'affaire du Mediator : l'histoire de la commercialisation d'un poison puis le récit de sa révélation et du positionnement des principaux acteurs face à cette catastrophe sanitaire.

I.- 1er acte, la commercialisation du Mediator 1976-2009

Le Mediator a été commercialisé par le laboratoire Servier dans plus de cinquante pays dans le monde et principalement en France. Il a été présenté et autorisé sur le marché comme le traitement d'une anomalie du bilan sanguin appelée « hypertriglycéridémie » correspondant à un « excès de gras » dans le sang ainsi que comme adjuvant au traitement du diabète chez des personnes en surpoids et remboursé au taux maximal par la sécurité sociale jusqu'à son retrait du marché. Il a probablement rapporté près d'un milliard d'euros au laboratoire Servier.

La molécule du Mediator, appelée benfluorex, appartient à une famille de molécules dérivées de l'amphétamine, fabriquées et brevetées par Servier et appelées fenfluramines. Le principal effet des fenfluramines sur l'animal comme sur l'homme est un effet coupe-faim dit anorexigène. Deux fenfluramines sont commercialisées officiellement comme coupe-faim à partir de 1963 : la fenfluramine (sous les noms commerciaux de Pondimin, Ponderal) et la dexfenfluramine (Isoméride en France à partir de 1985 et Redux aux Etats-Unis à partir de 1996). Ces produits bénéficient d'une promotion commerciale particulièrement offensive. Servier va par ailleurs, dès l'origine, présenter le benfluorex comme une molécule radicalement différente des autres fenfluramines et sans lien avec l'amphétamine. Il lui attribue également des propriétés différentes, niant l'effet coupe-faim et prétendant un effet « métabolique » favorable pour le diabète et l'excès de gras, ce qui n'a pourtant jamais été démontré. En réalité, toutes ces molécules y compris le benfluorex, une fois ingérées, se transforment dans l'organisme en une molécule active détentrice de l'effet coupe-faim, la norfenfluramine. Dès l'origine, la norfenfluramine est identifiée par les chercheurs de Servier comme très active mais potentiellement toxique.

En pratique, le premier effet toxique grave suspecté avec les fenfluramines, dont le benfluorex, concerne une maladie rare des vaisseaux du poumon, appelée hypertension artérielle pulmonaire (HTAP), mortelle sans traitement. Cette alerte a été précédée par une épidémie d'HTAP décrite dans les années soixante-dix en Suisse avec un

autre dérivé de l'amphétamine, l'aminorex (nom commercial, Menocil commercialisé par Cilag-Geigy) aussitôt retiré du marché. A partir des années quatre-vingt et faisant le rapprochement avec l'épidémie suisse, des médecins alertent sur des observations d'HTAP survenant après exposition à une fenfluramine. Ces alertes sont d'emblée vigoureusement contestées par Servier mais conduisent cependant une équipe française de l'hôpital Antoine Béclère à Clamart à étudier de plus près cette question et confirmer le signal en 1993 en remarquant que près d'un quart des patients suivis pour une HTAP ont été exposés antérieurement à ces produit, ce qui ne peut être le fait du hasard. Il faudra pourtant attendre les résultats d'une étude épidémiologique internationale publiée en 1996 et confirmant (une nouvelle fois) un très important excès de risque d'HTAP pour que les autorités de santé françaises prennent les premières précautions, sans interdire toutefois complètement l'usage de ces produits. Servier, usant d'une stratégie d'influence occulte, parvient entretemps à licencier une fenfluramine aux Etats-Unis en 1996 sous le nom de Redux *via* la firme américaine Wyeth.

Le deuxième effet toxique grave des fenfluramines, suspecté depuis 1992 par des médecins belges, est alors également observé par les américains et publié en 1997. Il s'agit du développement d'anomalies des valves cardiaques atteintes par une fibrose pathologique. Ces valvulopathies consistent en la perte de l'étanchéité naturelle de ces valves, se mettant à fuir et entrainant une insuffisance cardiaque progressive pouvant être mortelle. Pour les patients, la maladie se manifeste par l'apparition d'un essoufflement progressif et tenace, survenant essentiellement à l'effort, avec des parfois des épisodes d'asphyxie aiguë et souvent accompagné de palpitations et douleurs thoraciques. Dans certains cas une opération chirurgicale à cœur ouvert de remplacement des valves cardiaques par des prothèses s'avère indispensable malgré les risques vitaux de cette chirurgie et les contraintes ultérieures de traitement et de surveillance. Ainsi que l'expriment souvent les victimes, la vie bascule irrémédiablement, scindée en deux à l'image des cœurs ouverts par le chirurgien lors des remplacements valvulaires.

Après la confirmation de ce grave effet toxique sur les valves cardiaques par des études épidémiologiques, réalisées après le retrait mondial des fenfluramines (à l'exception du benfluorex), les chercheurs américains identifient que c'est le métabolite principal des fenfluramines, la norfenfluramine, qui est responsable des valvulopathies par une action directe sur des récepteurs présents à la surface des valves du cœur déclenchant la fibrose. Aux Etats-Unis, parallèlement à l'approfondissement scientifique de la connaissance de la toxicité des fenfluramines, sont déclenchées des « *class-action* » ou actions collectives

en justice permettant à quelques dizaines de milliers de victimes de ces produits de toucher des indemnisations financières importantes.

En France, où la commercialisation du benfluorex (Mediator) se poursuit, deux notifications à propos du benfluorex sont transmises à l'Afssaps (Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) et à Servier en 1999. L'une concerne un cas d'HTAP très grave (la patiente est finalement décédée en décembre 2014 malgré une greffe pulmonaire de sauvetage) survenue après exposition au Mediator et l'autre un cas de valvulopathie émergente sous Mediator.

En Suisse, les questionnements sur la sécurité d'emploi du benfluorex entrainent son retrait du marché dès 1998, suivi par le retrait du marché espagnol puis italien suite à un cas de valvulopathie grave survenue sous benfluorex et publié par une équipe espagnole en 2003.

Ces évènements (retrait des fenfluramines autres que le benfluorex, découverte du rôle majeur de la norfenfluramine, notifications en pharmacovigilance avec le benfluorex, retrait du benfluorex d'autres pays européens) vont entraîner deux types de réponses de la part des responsables concernés en France : Servier fait disparaitre toute mention de la présence de norfenfluramine dans tous les documents pouvant être consultés par les médecins et fait pression sur les acteurs susceptibles de traiter et/ou d'effectuer des déclarations de pharmacovigilance. L'Afssaps met en place une enquête de pharmacovigilance sur le Mediator à propos du risque d'HTAP mais sans mention du risque de valvulopathie. De plus, aucun médecin prescripteur, aucun cardiologue, aucun consommateur de Mediator ne sera jamais averti de la mise en place de cette enquête ce qui en limite bien évidemment considérablement la portée.

Il est utile, pour mesurer concrètement le poids d'une telle désinformation (Servier) ou d'une non information (Afssaps) de lire le commentaire d'un chirurgien cardiaque, en 2007, à propos d'une valvulopathie « inexpliquée » mais lui évoquant une valvulopathie médicamenteuse chez une jeune femme qu'il vient d'opérer : « *il y a la notion d'un traitement récent par anorexigène mais il ne s'agit pas de la famille de la fenfluramine dont la commercialisation a été arrêtée en 1997* ». Il s'agit pourtant du Mediator mais dont Servier explique qu'il « *se distingue radicalement des fenfluramines tant en termes de structure chimique et de voies métaboliques que de profil d'efficacité et de tolérance* ». Le dossier est donc classé inexpliqué et ne sera pas notifié en pharmacovigilance.

Malgré cette absence quasi complète d'information pertinente sur les risques du benfluorex, quelques cas d'HTAP et de valvulopathies sont notifiées à partir de 1999 dont un cas publié en 2006, toujours sans aucune prise de décision en France. Or le chiffre de vente du Mediator a littéralement explosé après le retrait des fenfluramines coupe-faim (notamment l'Isoméride) en 1997, alors même qu'il est présenté comme sans lien avec ces produits. Aujourd'hui on sait de façon formelle que le Mediator a été détourné rapidement de son indication d'adjuvant antidiabétique pour être prescrit hors AMM (Autorisation de Mise sur le Marché) et consommé massivement pour ses effets coupe-faim, dans un contexte de pesants non-dits.

A partir de 2007, interpellée par le cas d'une patiente souffrant d'HTAP et exposée de longues années au Mediator, j'ai suspecté un lien possible car j'avais en tête une information assez floue, émanant notamment de la revue indépendante Prescrire, laissant entendre que le Mediator était possiblement proche de l'Isoméride. Servier interrogé par mes soins a formellement démenti cette proximité chimique mais j'ai pu échapper à cette tromperie éhontée en questionnant précisément la revue Prescrire ainsi qu'en obtenant des précisions grâce à une pharmacologue de l'hôpital de Brest. Spécialiste de l'HTAP, je connaissais bien les redoutables effets de l'Isoméride aussi ai-je décidé de poursuivre une enquête scientifique à propos du risque d'HTAP, enquête élargie rapidement au risque de valvulopathie grâce à la collaboration active de mes collègues cardiologues de l'hôpital de Brest. De fil en aiguille, après avoir identifié un certain nombre de patients victimes de cette intoxication, nous avons exhumé et étudié l'ensemble des dossiers hospitaliers archivés codés « valvulopathies » dans le système informatique de l'hôpital. Nous avons découvert, pour les valvulopathies restées inexpliquées, que dans près de deux tiers des cas une exposition au Mediator avait précédé les premiers troubles cardiaques. Cette démonstration scientifique a été nécessaire pour obtenir l'interdiction du Mediator, finalement décidée par l'Afssaps seulement en novembre 2009 et bien que l'agence ait sévèrement critiqué la qualité des études scientifiques brestoises. Ces critiques dévoyées et largement colportées jusqu'à aujourd'hui dans tous les milieux « autorisés » (« experts » divers, épidémiologistes, cardiologues..) avec la complicité active du réseau d'influence de Servier, ont largement nui aux procédures ultérieures d'expertise des cas individuels de patients atteints, en minimisant la portée de ces nouvelles connaissances et en alimentant la stratégie du déni appliquée par Servier et ses avocats. Pourtant, une étude à grande échelle de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie (CNAM) réalisée par le docteur Alain Weill, alerté par l'équipe brestoise, a confirmé ce lien très

fort, de même que toutes les études ultérieures réalisées depuis. En réalité nous ne faisions que vérifier avec le benfluorex ce qui avait été formellement démontré dix ans auparavant avec les autres fenfluramines, l'ensemble de ces molécules se transformant dans l'organisme en une molécule active semblable, aux mêmes concentrations et hautement toxique pour le cœur, la norfenfluramine.

Comment expliquer qu'il ait fallu attendre plus de dix ans pour ce retrait qui s'imposait à l'évidence dès 1997 par analogie avec les autres fenfluramines ?

C'est une question qui sera au cœur d'un futur procès pénal mettant en accusation le fabricant du Mediator naturellement et certains des dirigeants de Servier, mais également l'Afssaps ainsi que des professeurs de médecine et/ou de pharmacie ayant conseillé le laboratoire dans le même temps qu'ils étaient partie prenante sur des décisions de santé publique dans le domaine du médicament. Les chefs d'inculpation vont de la notion de tromperie aggravée, escroquerie, blessures et homicides involontaires par mise en danger de l'homme ou négligence jusqu'à des qualificatifs de trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, et même corruption.

Les éléments avérés du dossier d'instruction aujourd'hui clôt montrent la dissimulation constante et délibérée de la nature du benfluorex, et par là même de ses risques, de la part de Servier vis-à-vis des médecins qui auraient pu constater ces effets concrètement ainsi que la fréquence d'un statut (parfois illégal, toujours choquant) de « double casquette » pour nombre d'experts influents dans le monde de la santé, laissant suspecter qu'il ait pu y avoir une occultation volontaire par ces derniers des alertes sur le Mediator afin de ne pas contrarier les intérêts d'une firme puissante et reconnaissante à bien des égards vis à vis de ses « bons serviteurs ».

Le fait que le simple médecin hospitalier que je suis, sans compétence spécifique aussi bien en pharmacologie, pharmacovigilance qu'en cardiologie, ait pu aisément démontrer cette redoutable et fréquente toxicité, une fois la nature du benfluorex révélée, montre que seule la dissimulation d'éléments clés peut expliquer l'« aveuglement » apparent et collectif des responsables de la surveillance du médicament.

Comment se fait-il toutefois que les cardiologues, même non alertés sur le risque cardiovasculaire du Mediator ni de sa parenté avec l'Isoméride, aient pu ne pas découvrir la cause de ces valvulopathies, nombreuses pendant trente-trois ans, alors qu'il eut

suffi d'interroger avec soin les patients pour découvrir un élément commun à tous ces malades, tous exposés au Mediator ?

La réponse m'a été donnée au fil de mon enquête : lorsque les fenfluramines, dont le benfluorex, ont été mises sur le marché, à partir des années soixante, les services de cardiologie et de chirurgie cardiaque français étaient encore saturés par des patients souffrant des conséquences cardiaques et notamment valvulaires d'une maladie de l'enfance, le rhumatisme articulaire aigu ou RAA, contracté à partir d'une angine ou d'une scarlatine non traitée par des antibiotiques. Les valvulopathies dites post-rhumatismales étaient donc légion. Or les lésions valvulaires générées par l'exposition aux fenfluramines miment pour certains aspects les lésions post-rhumatismales. La prescription massive après-guerre d'antibiotiques pour traiter les angines a eu raison du RAA, disparu après 1960. Les conséquences cardiaques à long terme du RAA ont également commencé à décliner, remplacées insensiblement par des valvulopathies médicamenteuses. Les cardiologues n'y ont vu que du feu pendant des années, assimilant de façon un peu dogmatique l'étiologie de ces valvulopathies à un « équivalent » de RAA en l'absence de tout RAA identifié…et pour cause ! Cette confusion historique, dont on retrouve aisément la trace aussi bien dans les manuels de cardiologie jusqu'à récemment que dans tous les dossiers de patients souffrant d'authentiques valvulopathies causées par le Mediator (ou l'Isoméride) et qualifiées abusivement dans l'ensemble des documents médicaux de « rhumatismales », a pesé lourd dans la méconnaissance du risque médicamenteux. Pneumologue ignorante de cette cause de confusion, entretenue dans l'enseignement académique cardiologique, et convaincue avec raison que la question du RAA était résolue depuis belle lurette, je n'ai pas été sensible à ce risque d'erreur.

II.- 2ème acte, l'après-Mediator

Lorsque le Mediator a été retiré du marché, fin novembre 2009, j'étais persuadée que l'Afssaps allait se saisir de la question de façon responsable, pointer l'incroyable désinformation de Servier et aviser personnellement chaque personne ayant consommé du Mediator du risque cardiaque démontré afin d'inciter à un dépistage et une prise en charge adaptée de conséquences cardiaques jusque-là ignorées ou mal qualifiées. Il n'en a rien été, l'Afssaps se contentant de poster sur son site un introuvable lien vers un « questions/réponses » indigent et sonnant

davantage comme une autojustification qu'une véritable aide dédiée à l'intérêt du patient et laissant à Servier le soin « d'informer » les médecins ! Cet exposé partial des faits ayant conduit au retrait du Mediator, prétendant justifier scientifiquement un retrait aussi tardif, est depuis produit largement dans les opérations d'expertise opposant les victimes à Servier et sert grandement les intérêts de ce dernier. Pourquoi Servier s'avouerait-il responsable lorsque l'autorité de santé se disculpe elle-même en fournissant un argumentaire irrecevable mais portant le sceau d'une validation officielle ?

Ma décision de publier un témoignage exposant chronologiquement toute l'enquête scientifique brestoise ayant conduit au retrait du Mediator s'est imposée pour deux raisons principales : d'une part permettre aux personnes ayant souffert des conséquences du Mediator d'être informées sur ces pathologies et de pouvoir faire valoir des droits à une indemnisation de leurs préjudices et d'autre part dénoncer les pratiques délinquantes de Servier, virtuose de l'étouffement des drames sanitaires déclenchés par la commercialisation de véritables poisons, dont le modèle reste celui des fenfluramines. Servier a d'ailleurs failli réussir à étouffer encore une fois le scandale du Mediator en obtenant de la justice une censure de mon livre, soutenu pourtant par une postface de Rony Brauman, dès sa parution. Il a fallu le courage de mon éditeur, Charles Kermarec, pour rééditer un livre expurgé de la question censurée mais ô combien légitime « combien de morts ? » et gagner huit mois plus tard, en appel, le droit d'exposer sur la place publique des questions fondamentales de santé publique. Il a fallu aussi la lucidité et l'engagement du député Gérard Bapt pour contraindre l'Afssaps à estimer et dévoiler publiquement le bilan humain, le 17 novembre 2010, après quelques semaines d'un bras de fer sans concession.

De même que je croyais l'Afssaps capable d'assumer auprès des consommateurs les conséquences du retrait du Mediator pour nocivité, j'étais convaincue que ces révélations, amplifiées par l'attitude ferme du ministre de la santé Xavier Bertrand, résolu à tirer toutes les conséquences du drame d'abord au bénéfice des victimes avant même d'envisager d'indispensables réformes, puis consolidées et renforcées par un brillant et implacable rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS), permettraient un traitement rapide, humain et solidaire de la détresse des victimes.

C'était sans compter sur l'irréductible, l'impitoyable culture de déni alliant mensonges et manipulations tous azimuts, caractérisant le fonctionnement de Servier et hélas aussi sur la crispation majeure de trop de professionnels de santé directement concernés par ce drame : bon

nombre de médecins prescripteurs tétanisés par la perspective de voir leur responsabilité engagée et autant de cardiologues (à l'exception heureuse de certains), trop vite convaincus d'avoir affaire à un évènement purement « médiatique » car bousculés par les révélations d'une pneumologue forcément illégitime à s'exprimer sur des causes de valvulopathie. Beaucoup vont rester arc-boutés sur la conviction d'observer encore fréquemment les conséquences cardiaques d'une maladie de l'enfance devenue virtuelle en France depuis une cinquantaine d'années, le fameux RAA. Et puis comment (et pourquoi ?) contrer un partenaire commercial comme Servier, devenu l'incontournable dispensateur des deniers nécessaires aux organisations, tous frais inclus, de multiples et redondants congrès médicaux, ainsi qu'aux activités débordantes des sociétés savantes, collèges, et de leurs adhérents aux carrières bien soignées.

Vers qui se tourner, sur qui compter ?

D'emblée, les victimes du Mediator vont successivement affronter les réticences parfois marquées des prescripteurs, en majorité des généralistes (du reste parfaitement ignorants en toute bonne foi de la toxicité du produit présenté constamment par Servier comme bon à tout faire autant qu'anodin) à attester des prescriptions de Mediator avant de se heurter au scepticisme d'une majorité de cardiologues, peinant à modifier leur vision de la pathologie cardiaque de ces patients, à l'exception heureusement de certaines équipes amenées à jouer de ce fait un rôle crucial dans la résolution du processus.

Trois voies de recours s'offrent aux victimes du Mediator, toutes victimes, même celles qui au final s'avèreront ne souffrir ni de valvulopathie ni d'HTAP imputables au Mediator mais dont l'inquiétude n'en sera pas moins grande dans l'effroi collectif né de cette affaire. Trois voies à l'exception notable de la possibilité d'une *class action* à l'américaine, recours collectif non encore inscrit dans le droit français[202]. Tout d'abord la plainte pénale qui sera initiée par certaines victimes et conduira à l'ouverture d'une enquête préliminaire suivie d'une longue instruction judiciaire au pôle santé de Paris, après l'échec d'une tentative de « guerre éclair » par citation directe devant le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Nanterre. Bien que l'instruction soit close depuis 2014 et riche de documents et expertises accablants pour Servier, le déluge de recours et contestations de Servier, n'hésitant pas à utiliser toutes les voies procédurales possibles poussées jusqu'en cassation, a permis que soit sans

[202] La loi de santé de Marisol Touraine, votée courant 2015, a introduit la possibilité de *class actions* dans le droit français : loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (JO 27 janv. 2016).

cesse repoussée la perspective d'un procès pénal tenu dans un délai décent, permettant aux survivants du Mediator ou leurs proches de se réconcilier un peu avec la société dans laquelle ils vivent et dont les institutions ont laissé sans réagir se dérouler une tromperie criminelle aussi révoltante. Ensuite, au niveau indemnitaire, il y a la voie de recours civile, par saisie d'un TGI (en majorité mais pas nécessairement celui de Nanterre), assisté d'un avocat, afin d'entamer un long, couteux et incertain processus (plusieurs années) de reconnaissance et d'indemnisation. Ce processus comprend notamment, comme au pénal, une étape d'expertise contradictoire avec argumentaires écrits et réunions associant le plaignant, Servier, conseils et avocats, ainsi que l'expert désigné par le juge. Enfin, après avoir acquis la conviction que les revendications légitimes des victimes face à Servier se mueraient inévitablement en un combat sans merci et inégal du pot de terre contre le pot de fer, conviction constamment étayée depuis dans les faits, Xavier Bertrand, en étroite concertation avec le député PS Gérard Bapt, a fait voter à l'unanimité à l'Assemblée Générale le 30 Juillet 2011 une loi d'indemnisation consacrant le principe d'une procédure amiable ouverte gratuitement aux victimes du Mediator sous l'égide de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) créé par la loi Kouchner en 2002. Cette procédure, déterminée par la loi, comprend la mise en place d'un collège d'experts désignés par plusieurs parties : ministère de la santé, ONIAM, Ordre des médecins, spécialistes de la réparation du dommage corporel, associations de patients et Servier lui-même en tant que premier responsable et sensé procéder au règlement des procédures amiables après réception de l'avis du collège. Du vivant de Jacques Servier, relayé après sa disparition par son successeur Olivier Laureau, la firme ne cessera de proclamer son engagement à procéder à l'indemnisation de toutes les personnes ayant souffert du Mediator. La réalité est que Servier, *via* des cabinets d'avocats dévoyés, abusant de toutes les arguties mêlant l'odieux et l'absurde, conteste pied à pied l'intégralité des plaintes, faits, documents produits par les victimes, quelle que soit la procédure suivie, n'indemnisant que de mauvaise grâce lorsque l'expertise est formelle en échange de l'abandon par les victimes traumatisées de toute procédure en cours contre la firme et du silence total sur le montant et la nature des transactions, souvent misérables. Je n'ai jamais lu, sur les centaines d'expertises dont j'ai eu à connaitre précisément le contenu des débats, le moindre acquiescement de Servier sur les faits médicaux présentés par les victimes, fussent ces éléments en tout point conformes aux descriptions caractéristiques des valvulopathies médicamenteuses et établis formellement par l'ensemble des opérations d'expertise. Les contestations, déversées sans aucun égard vis-à-vis de personnes très fragilisées, comportent des centaines de pages

généralement inaccessibles à la compréhension du quidam et d'ailleurs passablement indigentes sur le fond comme sur la forme. Les experts sont volontiers récusés, bousculés, attaqués jusque devant les tribunaux par Servier au titre de leur prétendue partialité alors qu'il n'est question que d'un savoir scientifique péniblement bâti face au déni violent du laboratoire et son obstruction constante à l'approfondissement des connaissances sur ces valvulopathies. C'est ainsi que Servier va jusqu'à écrire aux sociétés savantes de cardiologie pour leur reprocher la mise en ligne d'un article pédagogique sur les valvulopathies médicamenteuses !

Alors, qui pour conseiller et accompagner dans ce dédale de démarches, pavé de chausse-trappes, les victimes déboussolées du Mediator ?

En l'absence de possibilité d'actions collectives coordonnées, ou d'un guichet unique de recours sous l'égide des pouvoirs publics (rôle que pourrait jouer à l'avenir une institution comme l'Oniam sous condition d'une évolution législative sensible) l'offre de recours est de qualité très hétérogène. Elle comprend des avocats bien entendu, souvent engagés mais eux-mêmes parfois déstabilisés par une telle démonstration de mauvaise foi, inhabituelle y compris dans le monde brut et âpre des prétoires, et des associations de victimes. Parmi ces dernières j'ai pu, par exemple, m'appuyer sur l'association Cadus basée à Angers, présidée par son infatigable présidente Jacqueline Houdayer, épaulée à l'occasion par l'avocat Antoine Béguin, et que m'avait conseillé des correspondants de la revue Prescrire alors que je cherchais désespérément une adresse où pourraient s'adresser les centaines de victimes m'ayant contactée et appelée au secours. Ces associations (comme également l'AVIM du docteur Courtois épaulée par l'avocat Jean-Christophe Coubris), souvent nées d'une expérience douloureuse de leurs fondateurs, permettent, en rassemblant les plaintes de nombreuses victimes d'éviter la dispersion complète des procédures qui laisserait chaque victime totalement isolée et sans moyen face à des cabinets d'avocats aux moyens illimités. S'agissant d'un dommage collectif, il est très important de disposer d'une vision d'ensemble afin d'évaluer la cohérence des expertises entre elles et d'en détecter les défauts majeurs, car seul l'adversaire, mis en cause dans toutes procédures, y a totalement accès. Mais quelle charge pour ces citoyens engagés mais bénévoles, comme Jacqueline, et que j'ai vus parfois littéralement submergés par la quantité de dossiers à accompagner ! Mon compagnonnage de plusieurs années à présent auprès de certains avocats et associations m'a donné l'opportunité d'étudier très précisément les procédures en cours et notamment les opérations d'expertise. C'est ainsi que je me suis aperçue de la difficulté pour de nombreux experts à compétence cardiologique, y compris le collège

d'experts placé auprès de l'ONIAM, à intégrer les nouvelles connaissances sur l'origine de ces valvulopathies et à en tirer toutes les conséquences dans la conduite de l'expertise, finalement de la même façon qu'il serait délicat de demander aux aveugles d'hier de distinguer, sans apprentissage, des nuances de couleurs. Cela nous a conduit en décembre 2012 (un an après la mise en place d'un collège d'experts à l'ONIAM) associations de victimes, députés et sénateurs (Gérard Bapt, Xavier Bertrand, François Autain), revue Prescrire, épidémiologistes jusqu'à la ministre de la santé, Marisol Touraine, à soulever publiquement ces difficultés et pointer la nécessité de renforcer la compétence de l'expertise. Actuellement, le collège d'experts à l'Oniam, renforcé par des cardiologues spécialistes de valvulopathies et bon échographistes permet d'instruire de façon satisfaisante le défi posé par l'indemnisation juste d'un drame de santé publique de grande ampleur. La politique d'éreintement des victimes menée par Servier sans relâche aura hélas porté en partie ses fruits, certaines victimes ayant abandonné des démarches psychologiquement éprouvantes et d'autres étant décédées avant d'avoir obtenu la reconnaissance de leurs préjudices.

C'est ainsi que suivant le fil de l'histoire du Mediator dès son origine (1976), on découvre une affaire meurtrière de pharmaco-délinquance mêlant la dérive criminelle sans retour d'un laboratoire pharmaceutique français et hélas, la complaisance sans relâche d'une communauté médicale plénipotentiaire, détournée de l'intérêt des malades devenues victimes, par le mirage du progrès médical continu, vanté par les commerçants du médicament avec promesses de prospérité éternelle. J'ai conscience que cela ne concerne pas tous les médecins et certains accompagnent comme ils le doivent leurs patients. Mais si aujourd'hui, de nombreux médecins déplorent amèrement la rupture de confiance des patients depuis « le scandale médiatique du Mediator », comment ne peuvent-ils voir que cette fracture s'est élargie face à l'absence de réaction collective du corps médical que l'on attendait dressé unanimement et révolté, en apprenant le décès, par mise en danger délibérée, de centaines de leurs patients ?

III.- Bientôt le 3ème acte et épilogue ?

Enfin, après six interminables années d'information judiciaire dont trois ont été « *exclusivement consacrées à la procédure à la suite de multiples demandes et recours faits par la défense des mis en cause* »,

avait déploré en janvier 2017 le procureur François Molins, le parquet de Paris a rendu un réquisitoire accablant de 597 pages en mai 2017, suivi le 5 septembre dernier par la remise de l'ordonnance des juges d'instruction (plus de 600 pages également édifiantes !) renvoyant devant le tribunal correctionnel de Paris les laboratoires Servier et l'Agence française du médicament (aujourd'hui ANSM, ex-Afssaps).

On attend (encore) que soit annoncée la date d'un procès pénal, « fleuve » autant qu'historique, qui se tiendra vraisemblablement en 2019 au nouveau palais de justice de Paris. Espérons d'abord de ce procès, parce qu'il saura établir sans conteste la vérité des faits et qualifier leur nature criminelle, qu'il procure aux victimes du Mediator, celles qui ont survécu comme aux proches de celles qui n'ont pu attendre jusque là, un sentiment de consolation, de réconfort et même de réconciliation possible avec le monde de la santé, à défaut de pouvoir redonner la vie ou la santé. C'est ensuite l'espoir que l'on mette hors d'état de nuire un industriel lourdement délinquant, récidiviste et structurellement criminel. C'est enfin l'occasion à ne pas manquer pour modifier en profondeur une posture largement partagée dans le monde médical français qui fait du conflit d'intérêt une « norme » acceptable alors qu'il est contraire à toute l'éthique médicale parce que nuisible à l'intérêt des malades. L'enjeu est fondamental pour que nos concitoyens reprennent confiance dans la capacité des autorités françaises (médicales, politiques, etc.) à protéger leur santé.

Faut-il créer un régime spécial d'indemnisation pour les victimes de médicaments défectueux ?

Jonas KNETSCH

Professeur à l'Université de Lyon - Université Jean-Monnet Saint-Etienne

L'affaire du Mediator dont le Docteur Frachon vient de nous livrer un récit aussi inquiétant que poignant n'est qu'un scandale parmi plusieurs qui ont ébranlé la confiance des Français dans leur système de santé au cours des dernières décennies. Alors que les années 1990 étaient marquées par le scandale du sang contaminé, l'époque récente est celle des révélations sur les graves dommages liés à la prise de certains médicaments. Le Mediator, la Dépakine, plus récemment le Levothyrox… les exemples ne manquent pas de produits pharmaceutiques retirés du marché en raison de leurs effets nocifs.

Les témoignages des victimes de ces médicaments défectueux et de leurs proches révèlent une souffrance qui ne touche pas uniquement leur corps, mais qui affecte également leur psychisme et leur situation sociale. C'est dans le droit et le procès que ces victimes voient bien souvent des moyens adéquats pour obtenir une reconnaissance publique de leur drame et une condamnation du laboratoire pharmaceutique. Or, contrairement à ce que pensent souvent les victimes, le traitement juridique de ces dossiers est tout sauf simple.

C'est que les dommages pharmaceutiques peuvent intervenir dans des contextes très variés. Les affaires les plus médiatisées sont celles qui ont révélé une défaillance du système de pharmacovigilance en raison d'agissements illicites du laboratoire pharmaceutique ou à cause d'un dysfonctionnement des autorités administratives. Cependant, il ne faut pas oublier que la conception de tout médicament comporte des risques et qu'il arrive que des dommages pharmaceutiques ne puissent être imputés, ni à une faute du laboratoire, ni à une négligence des autorités publiques. Il se peut notamment que, bien après la mise sur le marché, de nouvelles études scientifiques révèlent des effets graves qui n'ont pu être décelés au moment de la conception. Même si le document est immédiatement retiré du marché, il se peut que ce retrait intervienne trop tard pour certains patients qui ont été exposés à la molécule litigieuse. Ce risque que l'on

qualifie en droit civil de « risque de développement », ne doit pas être sous-estimé dans le débat juridique sur la réparation des dommages médicamenteux.

Dans le cadre de cette journée d'études consacrée à la sécurité sanitaire, l'objectif de mon intervention est d'aborder les questions de responsabilité et d'indemnisation. En raison des contraintes de temps, mon exposé ne portera ni sur la responsabilité pénale des différents acteurs du système de santé, ni sur la responsabilité de l'État. Par ailleurs, je me limiterai dans mon analyse à la responsabilité civile des laboratoires pharmaceutiques sans évoque celles des autres intervenants dans la chaîne de distribution d'un médicament (par exemple, les médecins prescripteurs ou les pharmaciens).

Après avoir souligné les insuffisances des règles de responsabilité civile (I), j'aborderai les dispositifs d'indemnisation *ad hoc*, mis en place en réaction aux lacunes du système de responsabilité (II). Mon exposé s'achèvera par une présentation des perspectives de réforme de la législation actuelle (III).

I.- Les insuffisances des règles de responsabilité civile

Afin d'obtenir réparation de ses dommages, une personne qui s'estime lésée par un médicament défectueux se tourne le plus souvent vers le laboratoire pharmaceutique et tentera d'engager la responsabilité civile de celui-ci. Rappelons que la seule preuve d'un dommage n'ouvre pas automatiquement droit à une indemnisation et qu'une personne ne peut être déclarée responsable que dans les cas où le dommage peut lui être imputé à raison de sa faute ou de l'autorité qu'elle a exercée sur la chose ou sur la personne qui a provoqué l'atteinte. Appliqués au contentieux des dommages pharmaceutiques, ces fondements de la responsabilité (faute, fait des choses ou fait d'autrui) s'avèrent cependant d'une utilité limitée pour le demandeur. En effet, il peut être extrêmement délicat pour un patient de démontrer que les conditions de la responsabilité civile sont réunies.

Le premier fondement d'une responsabilité du laboratoire pharmaceutique qui vient à l'esprit, est la responsabilité pour faute de l'article 1240 du Code civil. Véritable socle du système de responsabilité, ce texte fait peser la charge de réparer un dommage sur celui qui l'a causé

illicitement par son propre fait. Toutefois, malgré son rôle prééminent en la matière, ce fondement n'est que rarement invoqué par les plaideurs engagés dans un procès en responsabilité contre un laboratoire pharmaceutique. Très souvent, la preuve d'un comportement fautif du laboratoire est difficile, voire impossible à rapporter et, compte tenu de l'existence de régimes de responsabilité sans faute, le demandeur a tout intérêt à appuyer sa demande sur un autre fondement.

Pourtant, il ne faudrait pas en déduire que la responsabilité pour faute est totalement absente du contentieux en la matière. Il arrive assez fréquemment que les personnes exposées à un médicament défectueux initient une procédure pénale en déposant plainte avec constitution de partie civile contre le laboratoire pharmaceutique ayant commercialisé le produit. Une telle démarche n'a pas seulement pour but de déclencher des poursuites pénales et de jouir, dans le procès pénal, d'un statut procédural privilégié, mais également d'obtenir une condamnation sur le plan civil. Conformément aux principes de la procédure pénale française, le juge pénal peut statuer sur une action civile intentée aux fins d'obtenir des dommages-intérêts. En application du principe d'identité de la faute pénale et de la faute civile, la caractérisation d'une infraction pénale entraînera alors nécessairement une condamnation au titre de la responsabilité civile pour faute, dès lors que l'infraction a causé un dommage à la partie civile.

Le fondement le plus fréquemment invoqué est la responsabilité du fait des produits défectueux, régie par les articles 1245 à 1245-17 du Code civil. Issus d'une directive européenne de 1985, ces textes édictent une responsabilité du fabricant d'un produit affecté d'un défaut de sécurité. En vertu de l'article 1245 du Code civil, un « *producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* » et il n'y a aucun doute sur l'application de cette règle aux fabricants de produits pharmaceutiques pour lesquels le régime ne prévoit aucune exception.

Pour engager la responsabilité d'un laboratoire pharmaceutique sur ce fondement, il faudra que le demandeur établisse quatre éléments : l'existence d'un produit ayant été mis en circulation, le défaut de ce produit, un dommage et un lien de causalité entre le dommage et le défaut. Cette énumération fait apparaître d'emblée que ce régime de responsabilité n'exige aucune preuve d'une négligence de la part du laboratoire : il s'agit d'une responsabilité objective, sans faute. – Paradoxalement, cette caractéristique ne facilite guère l'indemnisation des victimes de dommages pharmaceutiques. Deux des quatre conditions évoquées suscitent en effet des difficultés importantes dans la pratique.

Il s'agit en premier lieu de l'existence d'un défaut de sécurité du médicament, difficile à mettre en évidence. Si l'article 1245-3 du Code civil précise la notion en exigeant du produit qu'il « *n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* », cette définition est d'une application malaisée en présence d'un médicament qui n'a causé de dommages corporels graves qu'à un nombre peu élevé de patients. Faut-il dans ce cas procéder à un bilan risques-bénéfices et refuser de retenir un défaut du médicament au motif que celui-ci a prouvé son efficacité sur l'écrasante majorité des patients ? Ou doit-on, au contraire, retenir cet élément à partir du moment où l'on peut faire état d'un effet nocif du médicament sur quelques patients seulement ? Pour l'instant, la position de la Cour de cassation sur cette question reste assez floue[203], notamment parce que la question tend à être confondue avec celle, pas moins épineuse, de la causalité entre défaut du médicament et dommage corporel.

En second lieu, c'est l'établissement du lien causal qui suscite des interrogations dans bien des cas. Il arrive souvent en effet que la preuve de la causalité se heurte à une absence de consensus scientifique sur l'origine médicamenteuse de l'affection qui s'est manifestée chez le demandeur. Conformément aux principes généraux du droit de la preuve et à l'article 1245-8 du Code civil qui les transpose à la responsabilité du fait des produits défectueux[204], le risque de la preuve pèse sur le patient de sorte qu'un laboratoire pharmaceutique peut assez facilement repousser une action en responsabilité en s'abritant derrière les doutes exprimés au sein de la communauté scientifique sur la réalité du lien de cause à effet. Si la Cour de cassation admet, depuis le début des années 2000, une preuve de la causalité par des présomptions graves, précises et concordantes[205], les juges du fond sont parfois réticents à suivre cette voie en restreignant les éléments pouvant donner lieu à une telle présomption.

Puis, si le demandeur parvient à réunir les conditions de la responsabilité, le laboratoire pharmaceutique peut encore échapper à son devoir de réparer le dommage, s'il prouve que le défaut du médicament est le résultat d'un risque de développement. En effet, selon l'article 1245-10, 4° du Code civil, le fabricant n'est pas responsable des dommages causés par un produit défectueux si « *l'état des connaissances*

---

[203] Comp. Civ. 1re, 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-17.738 (condamnant une considération générale sur le rapport risque/bénéfice) et 29 mai 2013, pourvoi n° 12-20.903 (prise en compte de considérations objectives sur le rapport risque/bénéfice).

[204] Selon ce texte, le « *demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage* ».

[205] Civ. 1re, 22 mai 2008, pourvoi n° 06-10.967 ; confirmé par CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15 à propos des vaccins contre l'hépatite B.

scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Enfin, il ne faut pas oublier qu'en vertu de l'article 1245-15 du Code civil, toute action en responsabilité du fait des produits défectueux s'éteint 10 ans après la mise en circulation du produit. Ce délai butoir est un obstacle supplémentaire à l'indemnisation de victimes de dommages pharmaceutiques, en particulier en présence de médicaments dont les effets nocifs ne se sont manifestés que très tardivement.

De ce premier panorama se dégage donc la curieuse impression d'une inadaptation des règles de responsabilité civile à la situation des victimes d'un médicament défectueux, comme si leur chemin vers une indemnisation adéquate était semé de nombreuses embuches. Aussi ne s'étonnera-t-on guère que, sous la pression de l'opinion publique, le législateur a tenté d'améliorer leur sort en instituant des régimes d'indemnisation *ad hoc*.

II.- Les limites des régimes d'indemnisation *ad hoc*

Conscient des difficultés liées à la mise en œuvre des régimes de responsabilité, le législateur a mis en place des régimes d'indemnisation spécifiques, destinés à faciliter la prise en charge des victimes. Bien qu'ils représentent sans conteste une avancée pour les personnes ayant subi un dommage médicamenteux, leur mise en place n'est pas pour autant une solution miracle.

À l'heure actuelle, il existe en droit français deux régimes d'indemnisation créés spécialement pour répondre aux besoins des victimes de dommages médicamenteux. Il s'agit des dispositifs qui s'adressent d'une part aux victimes du benfluorex, molécule commercialisée sous le nom de « Mediator », [206] et d'autre part aux personnes exposées au valproate de sodium, mieux connu sous l'appellation « Dépakine »[207]. Ces deux régimes sont nés dans un contexte politique agité, marqué par l'urgence. Il s'agissait, dans les deux cas, de gérer au plus vite les conséquences d'une affaire de santé publique et de

[206] Art. L. 1142-24-1 à L. 1142-24-8 CSP issus de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

[207] Art. L. 1142-24-9 à L. 1142-24-17 CSP issus de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017. Ces textes sont entrés en vigueur le 1er juillet 2017.

répondre aux accusations par la société civile d'une implication ou, pour le moins, d'une négligence des autorités publiques.

Il est intéressant de constater que le point de départ de ces interventions législatives a été une impulsion venant de représentants de la société civile. Sans la persévérance de personnalités telles que le Docteur Irène Frachon ou Madame Marine Martin, le sort des victimes du Mediator et de la Dépakine ne serait sans doute pas devenu un sujet de débat public. L'action de ces lanceurs d'alerte a ensuite préparé le terrain pour la constitution d'associations de victimes spécifiques [208] et le lancement de campagnes d'information auprès du grand public.

Face aux pressions de l'opinion publique et à la publication de rapports d'enquête accablants de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS)[209], les lois d'indemnisation ont été votées pour envoyer un signal fort aux victimes et afin d'apaiser les relations entre victimes et opinion publique d'un côté et laboratoires pharmaceutiques et autorités sanitaires de l'autre. Dans les deux cas, le législateur a pris le parti d'adosser les dispositifs d'indemnisation à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) qui a été créé par la loi du 4 mars 2002 et qui s'apparente de plus en plus à une structure « passe-partout » dans le domaine de l'indemnisation des victimes de dommages médicaux.

C'est à l'ONIAM que les demandeurs doivent adresser une demande d'indemnisation, accompagnée des pièces qui attestent de l'exposition au benfluorex ou au valproate de sodium. Un collège d'experts est alors chargé d'instruire le dossier comme le ferait une juridiction afin d'établir le lien entre la substance et la situation médicale du demandeur, mais il ne se prononcera pas sur la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique. Dès lors que le collège estime que le dossier répond aux critères de la loi, il rendra un avis favorable qui sera adressé au demandeur et au fabricant du médicament, lequel dispose d'un délai de trois mois pour formuler une offre d'indemnisation à l'adresse du demandeur. À défaut d'offre, le demandeur pourra réclamer à l'ONIAM de se substituer au fabricant qui n'a pas accepté la décision prise par l'office.

---

[208] Il s'agit de l'AVIM pour les victimes du Mediator (http://www.victimes-isomeride.asso.fr/) et de l'APESAC pour les familles des victimes de la Dépakine (https://www.apesac.org/).

[209] IGAS, *Enquête sur le Mediator. Rapport définitif*, 2011 (www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000028.pdf) et *Enquête relative aux spécialités pharmaceutiques contenant du valproate de sodium*, réf. 2015-094R, 2016 (www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/2015-094R.pdf).

Cette procédure a pour avantage d'accélérer considérablement la procédure d'indemnisation et de faire intervenir un organisme neutre qui peut faire office d'intermédiaire entre le fabricant du médicament et les personnes qui y ont été exposées. Ce n'est qu'une fois la victime indemnisée par l'ONIAM que les règles de responsabilité civile retrouvent application, l'office étant chargé d'exercer un recours subrogatoire contre le laboratoire pharmaceutique. Ce mécanisme en deux temps qui combine responsabilité civile et indemnisation automatique a pour objectif de laisser à la charge des laboratoires pharmaceutiques auxquels on peut imputer une certaine négligence le coût définitif de la prise en charge des victimes.

Bien que ces dispositifs témoignent d'une réelle prise de conscience par les autorités publiques, il n'est pas certain néanmoins qu'ils apportent une amélioration durable de la réglementation, et ce pour trois raisons au moins. Tout d'abord, l'ONIAM, gestionnaire de ces régimes d'indemnisation, rencontre de plus en plus de difficultés administratives. À en croire le dernier rapport annuel de la Cour des comptes [210], l'organisation actuelle de l'office ne paraît pas à même de garantir aux bénéficiaires une prise en charge rapide. Selon la Cour des comptes, il existerait des « *graves défaillances de gestion de l'ONIAM [qui] pèsent […] lourdement sur son bon fonctionnement au détriment des victimes et de l'intérêt public* ». Puis, la composition des collèges d'experts n'est pas toujours garante d'une instruction neutre, surtout lorsqu'ils ont la responsabilité de définir des modalités d'appréciation des conditions d'indemnisation. Enfin, compte tenu du contexte dans lequel ont été adoptées les lois d'indemnisation, l'existence d'un régime spécial paraît tributaire d'une mobilisation de l'opinion publique par les associations de victimes. Mieux les victimes d'un médicament sont organisées, plus il y a de chances que le législateur se saisisse de la question.

Ce dernier point soulève la question de l'égalité des victimes de dommages médicamenteux dont seulement certaines catégories bénéficient d'un tel traitement de faveur. Bien que le principe d'égalité ne puisse guère être mobilisé sur le plan juridique, on peut quand même se demander si cette politique de dispositifs *ad hoc* est vraiment opportune. Ne vaut-il pas mieux réformer en profondeur la réglementation actuelle et renoncer à la création de fonds d'indemnisation spécifiques qui peinent à remédier aux insuffisances du droit de la responsabilité ?

[210] Cour des comptes, *Le rapport public annuel 2017*, t. 1 : *Les observations*, 2017, pp. 67 et s.

IIII.- Quelles perspectives de réforme ?

Le système de pharmacovigilance mis en place par les lois du 1er juillet 1998 et du 29 décembre 2011 a incontestablement augmenté la sécurité sanitaire en France. Pour autant, il ne faut pas surestimer la portée de ces lois. Même la réglementation la plus stricte ne pourra, en la matière, éliminer tout risque médicamenteux. La quasi-totalité des médicaments comporte des effets secondaires qui peuvent entraîner, sur certains patients, de véritables dommages corporels. Ensuite, personne n'est à l'abri d'un risque médicamenteux qui se réalise des années après l'exposition à un médicament et qui n'était pas décelable au moment de la mise sur le marché. Enfin, il n'est pas exclu que certains médicaments développés à une époque où la pharmacovigilance était moins performante, révèlent leurs effets nocifs dans les années à venir. En définitive, il n'y aura jamais en matière pharmaceutique une absence totale de risque, comme il y aura toujours des accidents médicaux dans le cadre des soins hospitaliers ou des accidents de la circulation.

Compte tenu de l'existence d'un tel risque résiduel et d'une médiatisation accrue de dommages pharmaceutiques, il serait opportun d'améliorer plus généralement la réglementation de la prise en charge des victimes au lieu d'y apporter, par petites touches, des améliorations ponctuelles. En particulier, il faut s'interroger sur la possibilité de créer un dispositif général qui éviterait l'adoption de lois d'indemnisation destinées à satisfaire l'opinion publique. Plusieurs options pourraient être envisagées.

Une première piste de réflexion est la création d'un régime de responsabilité spécifique. Ce régime pourrait être calqué sur la loi Badinter relative aux accidents de la circulation et instituer une procédure d'offre d'indemnisation obligatoire. Un allégement des conditions de la responsabilité[211] pourrait rendre une indemnisation plus rapide et plus automatique.

Séduisante de prime abord, une telle solution présente cependant de sérieux inconvénients. Tout d'abord, il faut être conscient qu'un système de responsabilité quasi-automatique entraîne nécessairement des

[211] On pourrait penser par exemple à exiger seulement la preuve d'une exposition au médicament, ce qui instituerait un renversement systématique de la charge de la preuve.

conséquences économiques. Les compagnies d'assurances des entreprises pharmaceutiques seraient en effet amenées à augmenter le prix de leurs garanties, augmentation qui serait répercutée sur le prix du médicament et, partant, sur l'ensemble des assurés sociaux. Puis, un tel réaménagement des règles de responsabilité se heurterait aux textes européens. En effet, la directive européenne 85/374 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux a institué un régime de responsabilité qui se veut exclusif de tout autre réglementation nationale. L'article 13 de cette directive dispose en effet que celle-ci « *ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir […] au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive* ». Destinée à permettre au législateur allemand de conserver son régime spécial de responsabilité qui avait été adoptée peu avant l'élaboration de la directive, cette disposition doit être comprise dans le sens d'une interdiction au législateur national d'adopter un nouveau régime spécifique de responsabilité.

Cette marge de manœuvre réduite ne laisse subsister que des solutions moins ambitieuses, car portant sur les réglementations accessoires au droit de la responsabilité.

On pourrait penser notamment à l'aménagement des règles de procédure qui s'appliquent aux actions fondées sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Une mesure en ce sens a été prise par la loi du 26 janvier 2016 qui a élargi le champ d'application de la nouvelle action de groupe. Selon l'article L. 1143-1 du Code de la santé publique, une association agréée d'usagers du système de santé peut engager une telle action, afin d'obtenir réparation de préjudices « *ayant pour cause commune un manquement d'un producteur ou d'un fournisseur [d'un produit de santé] […] à leurs obligations légales ou contractuelles* ». Il n'est d'ailleurs pas anodin que la première action de groupe introduite sur le fondement porte sur l'indemnisation des victimes de la Dépakine. On peut se demander cependant si cette action de groupe aura réellement pour effet de faciliter l'indemnisation de toutes les victimes de dommages pharmaceutiques. En effet, pour que l'action puisse aboutir à une condamnation, il faut démontrer le manquement du fabricant « *à [ses] obligations légales ou contractuelles* ». L'action de groupe ne semble ainsi ouverte qu'en présence d'une violation par le laboratoire pharmaceutique de l'une des règles présidant à la conception et à la mise sur le marché du médicament, c'est-à-dire en présence d'une faute au sens de l'article 1240 du Code civil.

Pour réduire le déséquilibre structurel entre le patient et le laboratoire pharmaceutique, on pourrait encore songer à l'introduction

d'une action en demande d'information sur le modèle du droit allemand, proche du système de *disclosure* du droit américain. Une telle action pourrait être admise dès lors que le demandeur démontre que le rôle causal du médicament dans la survenance de son dommage est au moins plausible. Elle aurait pour effet de réduire l'asymétrie d'information qui est souvent à l'origine des difficultés probatoires et de la durée importante des procédures.

Enfin, il est envisageable de créer, au moins pour les dommages liés aux risques de développement, un fonds d'indemnisation des victimes de dommages pharmaceutiques. Ce fonds aurait pour avantage de bénéficier aux victimes de dommages médicamenteux imprévisibles et inévitables dans une société moderne. Son intervention ne dépendrait pas du nombre de victimes touchées, ni de leur capacité à mobiliser l'opinion publique. Plus largement, la création d'un tel fonds peut se justifier par le rattachement du risque médicamenteux à la catégorie plus large des risques sociaux. Selon cette vision, il incomberait à la collectivité toute entière de prendre en charge les victimes du risque de développement en matière pharmaceutique, à l'instar des accidents médicaments non-fautifs (« aléa thérapeutique »).

Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité introuvable ?

Romain OLLARD

Professeur à l'Université de Poitiers

La tentation du droit pénal face aux catastrophes sanitaires. La tentation du recours au droit pénal face à certaines catastrophes sanitaires liées à la prise de médicaments, dont certaines sont largement médiatisées, se fait de plus en plus prégnante chez les victimes qui n'acceptent plus désormais, comme des aléas de la vie, la réalisation de risques non maîtrisés [212]. Bien que nécessaires, les seules réponses indemnitaires ne semblent plus aujourd'hui satisfaire la quête vindicative des victimes ou associations qui se tournent désormais de manière quasi systématique, comme par effet réflexe, vers le juge répressif. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si la responsabilité pénale peut être admise lorsqu'un agent économique – un producteur, un distributeur, un laboratoire pharmaceutique – a commercialisé un médicament ou un produit de santé quelconque qui s'est révélé dommageable ou dangereux pour la santé humaine[213].

La déception du droit pénal face aux catastrophes sanitaires. Au risque de décevoir victimes et associations, les chances de succès sont bien minces au point qu'il est devenu presque banal, aujourd'hui, de décrire l'inadaptation du droit pénal face aux catastrophes sanitaires[214], comme suffit d'ailleurs à en attester le premier grand scandale sanitaire en France, celui du sang contaminé, qui accoucha finalement, après des années de combats judiciaires, d'une relaxe quasi-généralisée, si l'on occulte du moins le volet ministériel de l'affaire. La déception fut tout aussi grande dans les affaires postérieures, que ce soit celle relative à

[212] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 505.

[213] V. plus largement, sur la question de la pénétration du principe de précaution dans la sphère du droit pénal, D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, p. 251 ; J.-Ch. SAINT-PAU, « Les infractions de précaution », *RPDP* 2015, p. 265.

[214] V. notamment F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires », *DP* 2013, Etude 11 ; P. MISTRETTA, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP* 2011, 965. Sur l'ensemble de la question, *Les réponses du droit aux crises sanitaires*, dir. F. ROUSSEAU, L'Harmattan, 2016.

l'hépatite B ou dans celle relative à la vache folle qui, après 17 années de procédure, se solda par un non-lieu au stade de l'instruction, sans qu'aucun procès pénal ne se soit tenu. Plus récemment, c'est encore l'affaire de l'hormone de croissance qui donna lieu à une relaxe, les juges ayant simplement caractérisé une atteinte au monopole pharmaceutique permettant une indemnisation des victimes ; mais au plan pénal, aucune des qualifications pénales invoquées ne fut retenue avec ce sentiment frustrant que les juges ont occulté le débat sur ce point, la chambre criminelle n'ayant même pas pris le soin de répondre au pourvoi en ce qui concerne ces qualifications. Il est vrai, quelques décisions récentes pourraient permettre d'entretenir l'espoir, qu'il s'agisse d'affaires encore pendantes qui donneront lieu à procès (prothèses PIP, pilules de la troisième et quatrième génération[215], Mediator) ou d'affaires ayant abouti à des condamnations, particulièrement celle relative à l'amiante[216]. Il n'en demeure pas moins que la moisson est bien maigre au regard du nombre de scandales sanitaires soumis à l'appréciation de nos juges répressifs, ce qui invite à dresser le constat – sans appel – d'une forme d'impuissance du droit pénal en la matière.

Le paradoxe du droit pénal face aux catastrophes sanitaires. Un certain paradoxe pourrait pourtant être relevé en la matière car si très peu de condamnations sont prononcées, une réelle volonté de poursuivre les différents agents économiques ayant participé à la commercialisation ou à la distribution de produits de santé dangereux peut toutefois être constatée[217]. Le déclenchement du procès pénal fut ainsi progressivement facilité, au gré de trois techniques procédurales. Ce fut d'abord l'action des associations de victimes d'accidents collectifs qui fut admise, en leur permettant d'exercer les droits reconnus aux parties civiles[218], ce qui permet de leur offrir un soutien juridique et multiplie d'autant les chances de dénonciation des infractions. Des pôles de santé publique furent ensuite créés qui se virent attribuer des compétences particulières[219] dans

---

[215] V. VIOUJAS, « L'affaire des pilules de troisième génération : premiers enseignements avant contentieux », *D.* 2013, p. 114.

[216] Crim. 24 juin 2014, pourvoi n° 13-81.302 ; Crim. 19 avril 2017, pourvoi n°16-80.695.

[217] D. VIRIOT-BARRIAL, « Réflexions à propos du jugement des irradiés d'Epinal. Une occasion de faire le point sur les récents scandales sanitaires », *RGDM* 2013, p. 147. *Adde*, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », *RSC* 1996, p. 13 ; J.-B. THIERRY, « Les catastrophes sanitaires en matière médicale : état des lieux et perspectives », *AJ Pénal* 2014, Dossier *Droit pénal sanitaire*, p. 392.

[218] C. proc. pén., art. 2-15.

[219] Sur lesquels, v. P. GAND, « Les pôles de santé publique, une organisation adaptée aux contentieux en matière de sécurité sanitaire ? », *RDSS* 2013, p. 813. *Adde*, M.-O.

cette matière pour le moins complexe techniquement, qui met en scène des affaires hors norme avec des victimes parfois très nombreuses[220] et bien souvent un traitement médiatique important qu'il convient de gérer[221], parfois tant bien que mal. Enfin, la jurisprudence a pu admettre de considérer, au prix d'un spectaculaire revirement [222], certaines infractions applicables à la matière – notamment le délit de tromperie sur les qualités de la marchandise – comme des infractions clandestines pour lesquelles le point de départ du délai de prescription de l'action publique commence à courir, non pas du jour où l'infraction a été commise comme tel est le principe[223], mais au jour où l'infraction a pu être découverte dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique[224]. En d'autres termes, l'infraction ne saurait être considérée comme prescrite tant que les pouvoirs publics et les patients sont restés dans l'ignorance de la dangerosité du produit de santé, quand bien même le dernier acte de commercialisation remonterait à plus de trois années – six désormais – avant le déclenchement des poursuites [225]. La solution, qui consiste techniquement à reporter le point de départ du délai de prescription de l'action publique, a encore été réaffirmée récemment dans l'affaire du Mediator[226] de sorte qu'un procès pénal aura bien lieu dans cette affaire.

Mise à l'épreuve du lieu commun de l'inadaptation du droit pénal face aux catastrophes sanitaires. Face à un tel décalage entre poursuites et

---

BERTELLA-GEFFROY, « Un an de droit pénal de l'environnement », *Dr. pén.* 2008, chr. 1, mettant en exergue le manque de moyens, financiers et humains, des pôles de santé publique.

[220] V. DANDONNEAU, « Accidents collectifs : l'accompagnement associatif des victimes au procès », *AJ pénal* 2006, p. 114.

[221] J. DALLEST, « Le traitement judiciaire du procès sensible, enjeux collectifs et contraintes individuelles », *AJ pénal* 2006, p. 101.

[222] Crim. 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-81.119, *AJ pénal* 2005, p. 370, obs. J. LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2006, p. 84, obs. C. AMBROISE-CASTEROT.

[223] C. proc. pén., art. 7 (crimes) et 8 (délits)

[224] Fruit d'une création purement prétorienne, la solution a récemment reçu une assise légale avec la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale (C. proc. pén., art. 9-1, al. 3).

[225] Durée du délai prescription en matière délictuelle, allongé par la loi portant réforme de la prescription en matière pénale puisque cette durée est désormais de six années pour les délits et de vingt années pour les crimes.

[226] Crim. 2 février 2016, pourvoi n° 15-84.356, *RSC* 2016, p. 356, obs. P. MISTRETTA. Dans cette décision, les juges ont non seulement décidé de considérer le délit de tromperie comme une infraction clandestine justifiant le report du point de départ du délai de prescription au jour où l'infraction « *a pu être constatée* » mais ils ont encore pu considérer que la prescription du délit d'escroquerie ne commençait à courir que « *du jour de la dernière remise* » (v. déjà en ce sens, Crim. 6 octobre 2004, pourvoi n° 03-83.142 ; Crim. 17 décembre 2014, pourvoi n° 14-80.855, dans le domaine médical).

condamnations, il convient de se demander si notre arsenal répressif est effectivement, comme on le dit souvent, impuissant face aux catastrophes sanitaires liées aux produits de santé. Afin de mettre à l'épreuve la pertinence de ce lieu commun, deux catégories de qualifications pénales peuvent être recensées en fonction de l'attitude de la jurisprudence à leur égard : celles qui semblent irrémédiablement – définitivement ? – inapplicables, pour lesquelles la responsabilité pénale est donc introuvable (I) ; et celles dont les juges ont certes quelques scrupules à faire application mais qui n'en apparaissent pas moins techniquement envisageables (II).

I.- Les qualifications introuvables

Voies sans issue. La voie de la répression pénale semble avoir été fermée par la jurisprudence pour deux infractions intentionnelles – l'empoisonnement (A) et sa sœur jumelle, l'administration de substances nuisibles (B) – à défaut d'intention coupable des personnes poursuivies, lors même que la lettre des textes d'incrimination pourrait autoriser leur application en matière sanitaire.

A.– La voie fermée : l'empoisonnement

Exigence d'une intention de tuer. La qualification d'empoisonnement[227] semble aujourd'hui exclue en matière de scandale sanitaire depuis que la chambre criminelle de la Cour de cassation a fermement décidé, dans l'affaire du sang contaminé, que « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie* »[228]. Dans cette affaire, les médecins poursuivis pour avoir prescrits à leurs patients des lots sanguins contaminés ne furent pas condamnés sur le fondement de l'empoisonnement, précisément à défaut d'intention de tuer. Sans doute avaient-ils conscience du fait que les lots sanguins contaminés pouvaient être contaminés ; sans doute encore était-il possible de leur reprocher ne n'avoir pas pris les mesures adéquates, soit pour dépister le virus, soit pour l'éradiquer, notamment en chauffant les lots sanguins litigieux. Mais,

[227] C. pén., art. 221-5.
[228] Crim. 18 juin 2003, pourvoi n° 02-85.199 ; *D.* 2004, 1620, note D. REBUT ; D. 2005, 195, note A. PROTHAIS.

pour autant, les médecins prescripteurs n'étaient pas certains que les lots sanguins administrés à leur patients étaient effectivement contaminés, de sorte que s'il était possible de leur reprocher une imprudence consciente – une prise de risque délibérée de fournir des lots contaminés –, ils n'étaient animés d'aucune intention de tuer, ce qui justifia leur acquittement.

Une semblable analyse devrait logiquement être admise pour la plupart des scandales sanitaires liés à la prise de médicaments dans la mesure où une intention de tuer ne pourra être caractérisée si les juges ne parviennent pas à établir que les producteurs ou distributeurs de médicaments avaient une parfaite connaissance du caractère mortel du médicament commercialisé. Or, le plus souvent, il sera pour le moins délicat d'établir que les agents avaient – plus qu'un simple doute – une certitude quant à la dangerosité mortelle du produit de santé commercialisé, spécialement dans un contexte d'incertitude scientifique.

L'empoisonnement conçu comme la sanction d'un simple risque mortel. Si la voie de l'empoisonnement semble ainsi irrémédiablement fermée, une autre lecture du texte d'incrimination pourrait pourtant prévaloir. Constitutif d'une infraction formelle, l'empoisonnement sanctionne le « *fait d'attenter à la vie d'autrui* » par l'administration ou l'emploi de substances « *de nature à entraîner la mort* », « *quelles qu'en aient été les suites* »[229] dommageables pour la victime. Réprimant ainsi non une atteinte effective, mais un simple attentat à la vie d'autrui, l'empoisonnement est juridiquement indifférent à la mort de la victime. Or, si la mort au plan n'est pas exigée au plan de l'élément matériel de l'empoisonnement, l'intention de tuer ne devrait pas l'être davantage au plan de son élément moral. En toute logique, l'intention coupable constitutive de l'empoisonnement devrait être constituée par la seule volonté d'administrer une substance en sachant qu'elle peut avoir des effets mortels. En définitive, il s'agirait de considérer que l'empoisonnement peut être retenu en cas d'administration d'une substance à « *risque mortel* »[230] si bien que l'infraction reposerait moins sur une « *logique de mort* » que sur une logique de « *risque de mort* »[231]. Or, une telle analyse autoriserait sans doute la répression des producteurs ou distributeurs de médicaments qui se sont finalement révélés mortels pour l'homme dans la mesure du moins où ils savaient que le médicament

[229] Anc. C. Pén., art. 301.
[230] V. MALABAT, J.-Ch. SAINT-PAU, « Le droit pénal malade du sang contaminé », *DP* 2004, chr. 2.
[231] Y. MAYAUD, « L'empoisonnement une logique de mort - A propos de l'affaire du sang contaminé », *RSC* 1995, p. 347.

incriminé pouvait avoir un effet potentiellement mortel, quand bien même n'auraient-ils eu aucune certitude sur ce point. Quoiqu'il en soit, dès lors que cette lecture n'est pas celle retenue par les juges, la répression ne saurait aujourd'hui intervenir sur le fondement de l'empoisonnement, pas davantage qu'elle ne saurait être admise sur celui de l'administration de substances nuisibles.

B.– La voie bouchée : l'administration de substances nuisibles

Double obstacle à la répression. La qualification d'administration de substances nuisibles[232] est peut-être moins adaptée encore que celle d'empoisonnement car pas moins de deux obstacles se dressent ici face à la répression des comportements générateurs de risques de dommages pour la santé humaine, ce dont témoigne d'ailleurs l'absence de mobilisation de cette qualification dans les grands scandales sanitaires de ces dernières années.

Nature matérielle de l'infraction. Le premier de ces obstacles tient au fait que, contrairement à l'empoisonnement, l'administration de substances nuisibles constitue une infraction matérielle qui implique que l'auteur ait effectivement « *porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui* ». Bien mieux, cette qualification apparaît comme une infraction de résultat puisque les peines se trouvent proportionnées à la gravité du préjudice effectivement subi par la victime, selon que celle-ci a subi une incapacité de travail, une mutilation ou une infirmité permanente ou, enfin, selon que la mort est résultée de l'administration de la substance [233] . Aussi la répression se trouve-t-elle irrémédiablement paralysée toutes les fois que la victime n'a subi aucun préjudice et ce, d'autant que la tentative du délit n'est pas incriminée. Or, certains scandales sanitaires apparaissent parfois avant même qu'un préjudice effectif ne soit survenu[234], toutes les fois que l'existence d'un risque pour la santé humaine est scientifiquement établie sans qu'il ne se soit encore traduit pas des dommages concrètement subis par des victime. L'inaptitude de la qualification se fait plus criante encore lorsque les dommages apparaissent des années – parfois des décennies – après le fait générateur, comme dans l'affaire de la vache folle puisque, dans ces

[232] C. pén., art. 222-15.
[233] V. C. pén., art. 222-15 renvoyant aux articles 222-7 à 222-14-1, c'est-à-dire aux infractions de violences qui proportionnent ainsi la gravité de la peine à l'importance du préjudice subi par la victime.
[234] V. également F. ROUSSEAU, *op. cit.* note 14.

différentes hypothèses, la répression se trouve au moins temporairement neutralisée tant qu'aucun préjudice n'est pas effectivement apparu, quand bien même aurait-on la certitude scientifique qu'il surviendra dans le futur.

Nature intentionnelle de l'infraction. Le deuxième obstacle à la répression tient à la nature intentionnelle de l'administration de substances nuisibles qui implique, par reflet de son élément matériel, que l'auteur ait eu la volonté de porter « *atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui* » et donc de causer un préjudice aux victimes. Or, comme en matière d'empoisonnement, s'il est sans doute parfois possible de relever une prise de risque délibérée, en établissant que le producteur avait conscience que le médicament pouvait être dangereux pour la santé, il sera pour le moins difficile de démontrer qu'il avait une volonté de causer un préjudice aux victimes, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il avait une certitude quant à la dangerosité du médicament commercialisé. Il est vrai, dans des affaires où un individu avait entretenu des relations sexuelles non protégées en se sachant porteur du VIH, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu faire application de l'administration de substances nuisibles en relevant que le prévenu « *ne pouvait ignorer les risques de contamination* » ou qu'il avait « *volontairement fait courir [à la victime] un risque gravissime pour sa santé et sa vie* »[235], sanctionnant de la sorte, non point une intention, mais bien une prise de risque délibérée, c'est-à-dire une imprudence consciente. Toutefois, outre le fait qu'une telle solution n'a jamais prospéré dans le domaine des catastrophes sanitaires, les juges s'attachent à relever que l'agent avait entretenu des « *relations sexuelles régulières* », « *pendant plusieurs mois* », avec sa victime, de sorte qu'en raison d'une telle fréquence, l'auteur avait acquis une quasi-certitude de la contamination du partenaire sexuel, tenue pour équivalente à l'intention constitutive du délit par les juges[236], ce qui semble pour le moins difficile à caractériser en matière médicamenteuse.

On le pressent presque intuitivement : dès lors que c'est principalement le défaut d'intention coupable qui justifie l'impunité sur le fondement de l'empoisonnement et de l'administration de substances nuisibles, c'est vers les infractions d'imprudence qu'il convient de se

[235] Crim. 10 janvier 2006, pourvoi n° 05-80.787 ; *D.* 2006, p. 1068, chr. A. PROTHAIS ; *RSC* 2006, p. 321, obs. Y. MAYAUD ; Crim. 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-86.209, *Gaz. Pal.* 2010, p. 21, note S. DETRAZ ; *RSC* 2011, p. 101, obs. Y. MAYAUD.

[236] Sur la question, v. R. OLLARD, « De l'opportunité de la pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle. Analyse de droit comparé », *RSC* 2016, p. 37.

tourner prioritairement en matière de catastrophes sanitaires liées à la prise de médicament. Mais c'est là déjà envisager les qualifications susceptibles d'être appliquées.

II.- Les qualifications envisageables

Qualifications principales et qualification subsidiaire. Malgré la réticence de la jurisprudence en la matière, deux types de qualification semblent pouvoir être invoquées en cas de catastrophes sanitaires liés à la prise de médicaments, qu'il s'agisse à titre principal des infractions d'imprudence (A) ou, à titre subsidiaire, de la qualification de tromperie sur les qualités de la marchandise (B) que les juges ont peut-être moins de scrupules à appliquer en la matière.

A.– Les qualifications principales fondées sur une imprudence

Dommages ou risques de dommages. Dès lors qu'elles permettent de sanctionner de simples prises de risque délibérées, lors même que le producteur ou le distributeur n'aurait que de simples soupçons quant à la dangerosité du médicament commercialisé, les infractions d'imprudence semblent *a priori* plus adaptées à la répression des comportements générateurs de catastrophes sanitaires. Tandis que certaines infractions d'imprudence – homicides et blessures non intentionnels [237] – sont constitutives d'infractions matérielles en ce sens qu'elles supposent qu'une ou plusieurs victimes aient effectivement subi un préjudice dont la gravité permettra de déterminer la peine applicable, d'autres, dites infractions formelles, sont constituées en l'absence de tout préjudice et s'attachent donc à sanctionner la seule exposition d'autrui à un risque de blessures[238]. Pourtant, qu'elles s'attachent à sanctionner des dommages effectifs (1) ou de simples risques de dommages (2) liés à la prise d'un médicament, les infractions d'imprudence pourraient elles aussi venir buter sur un certain nombre d'obstacles qui en paralyseraient l'efficience.

[237] C. pén, art. 221-6 (homicide par imprudence) ; art. 222-19 et s. (blessures non intentionnelles).
[238] C. pén., art. 223-1 (délit de mise en danger d'autrui).

1 – Homicides et blessures non intentionnels

Double exigence de causalité. Une difficulté majeure peut être identifiée en la matière s'agissant de la constitution des infractions d'homicide par imprudence ou de blessures non intentionnelles, qui tient à l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage puisque, pour donner prise à ces qualifications, la causalité doit être tout à la fois certaine et directe, chacun de ces caractères pouvant constituer un obstacle à la répression.

Existence du lien de causalité : la certitude de la causalité. Commune aux responsabilités civile et pénale, l'exigence de certitude de la causalité, d'abord, implique que le juge recherche si tel fait a bien concouru, de façon certaine, à la réalisation du dommage, bref qu'il en a constitué une condition *sine qua non*. Le droit pénal se distingue en revanche du droit civil dans la mesure où il se refuse à consacrer des présomptions de causalité en la matière, là où les juges civils admettent, dans un contexte d'incertitude scientifique, de se fonder sur des « *indices graves et concordants* »[239], lorsqu'il existe une concordance de lieu et de temps entre le fait incriminé (ici la prise d'un médicament) et un dommage subi par une pluralité de victime, admettant ainsi de se fonder, non sur une certitude scientifique absolue, mais sur une probabilité suffisante. Ainsi, tout récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle pu admettre, après la jurisprudence civile nationale, que même en l'absence de consensus scientifique, des scléroses en plaque pouvaient être imputées au vaccin contre l'Hépatite B en se fondant sur un faisceau d'indices tenant à la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie, à l'absence d'antécédents médicaux de la victime ainsi qu'à l'existence d'un nombre significatif de victimes ayant développé la maladie à la suite de l'administration du vaccin[240]. Or, ce type de raisonnement a été fermement rejeté en matière pénale dans l'affaire Tchernobyl [241] où la jurisprudence a exclu la

---

[239] V. notamment Civ. 1re, 22 mai 2008, pourvoi n° 06-10.967, *JCP éd. G* 2008, II, 10131, note L. GRYNBAUM ; Civ. 1re, 25 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.556 ; *D.* 2011, p. 316, note Ph. BRUN ; Civ. 1re, 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-17738, *D.* 2012, p. 2853, note J.-S. BORGHETTI ; Civ. 3e, 18 mai 2011, pourvoi n° 10-17645.

[240] CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, *N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur MSD e.a.*

[241] Crim., 20 novembre 2012, pourvoi n° 11-87.531 ; *D.* 2013, p. 218, note C. LACROIX ; *RSC* 2013, p. 89, obs. C. AMBROISE-CASTEROT ; *RDC* 2014, 1, p. 89, note R. OLLARD.

V. toutefois, Crim. 1er avril 2008, pourvoi n° 06-88.948, *D.* 2008, 1404, obs. A. DARSONVILLE ; *RSC* 2009, p. 109, obs. C. AMBROISE-CASTEROT, admettant de faire application d'un mécanisme de présomption de causalité – par élimination – dès lors « *qu'aucun des nombreux examens effectués n'a permis d'imputer à une autre*

qualification d'homicide par imprudence à défaut de certitude du lien de causalité entre des cancers de la tyroïde et le passage du nuage radioactif, lors même que les indices pouvaient apparaître concordants (recrudescence significative des cancers chez des victimes exposées au nuage dans une même région, à une même époque). Une telle distorsion entre les jurisprudences civile et pénale pourrait s'expliquer par les enjeux propres à la matière répressive qui exigerait une certitude absolue dès lors que des peines privatives de liberté peuvent y être prononcées, là où les juges civils, qui ne prononcent que des dommages et intérêts, se contenteraient d'une probabilité suffisante. Il en résulte que la répression se trouvera paralysée toutes les fois qu'aucune certitude scientifique ne pourra être établie entre l'administration d'un produit de santé et le développement d'une pathologie[242], ce qui sera d'autant plus difficile lorsqu'il existe un temps de latence important entre l'exposition au produit de santé et la déclaration de la maladie.

Intensité de la causalité : caractère direct du lien de causalité. C'est ensuite le caractère direct du lien de causalité qui pourrait constituer un obstacle à l'imputation de la responsabilité pénale liée la commercialisation de médicaments. En effet, la loi *Fauchon* du 10 juillet 2000 a partiellement dépénalisé la faute pénale d'imprudence en opérant une distinction entre les causalités directe et indirecte : d'une part, lorsque l'auteur est la cause directe du dommage, une faute d'imprudence simple suffira à engager sa responsabilité sur le fondement de l'homicide ou des blessures non intentionnels ; en revanche, si l'auteur n'a pas causé directement le dommage, qu'il a simplement « *contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation* » ou qu'il n'a « *pas pris les mesures permettant de l'éviter* », seule une faute d'imprudence grave, dite qualifiée – faute délibérée ou caractérisée – permettra de le déclarer pénalement responsable[243]. En définitive, la répression se contentera d'une faute d'imprudence simple, même légère (*culpa levissima*), en cas de causalité resserrée et exigera au contraire une faute d'imprudence qualifiée lorsque la causalité est distendue. Or, le producteur de médicament sera presque toujours un auteur indirect puisque, entre son intervention et le dommage, viendra le plus souvent s'intercaler une cause directe, c'est-à-dire une cause plus proche du dommage d'un point de vue spatio-temporel[244], qui pourrait être par exemple la victime elle-même qui

---

substance, ni à aucun autre antécédent ou traitement médical, les pathologies qui ont entraîné la mort des victimes ».

[242] V. par exemple, Crim., 4 juin 2013, pourvoi n° 12-85.327, *RDC* 2014, 1, p. 89, note R. OLLARD (médicament Effexor).

[243] C. pén., art. 121-3, al. 4.

[244] J.-C. SAINT-PAU, *RPDP* 2009, p. 847, note sous Crim. 10 février 2009.

détournerait le médicament de sa fonction première en l'utilisant à contre-emploi comme « coupe-faim ». En leur qualité d'auteurs indirects, les producteurs de médicaments, notamment les laboratoires pharmaceutiques, ne verront dès lors leur responsabilité pénale engagée que très difficilement, soit en cas de faute délibérée[245], soit en cas de faute caractérisée[246].

Exigence d'une imprudence consciente. Sans entrer dans le détail technique de ces deux fautes, celles-ci ont pour point commun de sanctionner une imprudence consciente, c'est-à-dire une prise de risque délibérée, ce qui impliquera de démontrer que les producteurs avaient conscience d'exposer autrui à un risque et donc qu'ils avaient connaissance de la dangerosité du médicament commercialisé. Or, une telle preuve se révèlera particulièrement difficile à rapporter dans un contexte d'incertitude scientifique[247], comme suffisent à le montrer certaines relaxes, par exemple dans l'affaire de l'amiante[248] ou dans celle de l'hormone de croissance où le juges ont décidé que les médecins n'avaient pas pu avoir connaissance « *d'un risque de contamination qu'aucun professionnel évoluant dans ce secteur n'avait perçu à l'époque* »[249]. Il convient toutefois de relever que la jurisprudence a parfois pu assouplir sa position en faisant peser sur certains professionnels une présomption de connaissance des risques, précisément déduite de cette qualité de professionnel[250], avec cette idée sous-jacente que ces derniers sont tenus, *ès* qualité, de suivre l'évolution des risques émergents et « *d'accomplir les diligences normales* »[251] afin d'éviter leur réalisation. Au fond, pour engager la responsabilité des professionnels, peu importe qu'il aient effectivement eu connaissance du risque ; il suffirait d'établir

[245] Définie comme la violation « *manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » (C. pén., art. 121-3, al. 4).
[246] Définie comme celle « *qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles (les personnes physiques auteurs indirects) ne pouvaient ignorer* » (C. pén., art. 121-3, al. 4).
[247] Sur la question, à propos de l'affaire de l'amiante, v. M. GARRIGOS-KERJAN, « Amiante et droit pénal : à la recherche de la faute qualifiée », *RSC* 2006, p. 577.
[248] CA Paris, ch. instr., 17 mai 2013, *AJ pénal* 2013, 472, obs. M. THIMOTE, E. DAOUD.
[249] Crim. 7 janvier 2014, pourvoi n° 11-84.456, *JCP* 2014, 200, note P. MISTRETTA ; *Dr. pén.* 2014, comm. 57, obs. J.-H. ROBERT.
[250] Sur la question et la jurisprudence afférente, v. Ph. CONTE, « Les infractions concernant l'intégrité physique des salariés », *in Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003 ; F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires », *op. cit.* note 14.
[251] C. pén., art. 121-3, al. 3.

que, « *compte tenu (…) de leurs fonctions* »[252], ils auraient dû le connaître. En définitive, une simple *prévisibilité* du risque serait suffisante à engager la responsabilité d'un professionnel, sans que soit exigée de leur part une *prévision* effective des risques, ce qui évite qu'il ne puisse se réfugier derrière l'argument – bien pratique – de l'ignorance d'un risque qu'il ne pouvait légitimement ignorer. Toutefois, pour pertinente que soit cette solution, elle n'a toutefois jamais émergé dans les affaires concernant des catastrophes sanitaires, de sorte que l'on pourrait être animé par cette impression diffuse que les juges retiennent des conceptions variables de la faute pénale selon les affaires qui leur sont soumises et les protagonistes qui comparaissent devant eux[253].

2 – L'exposition d'autrui à un risque

Mise en danger d'autrui : Suppression des exigences de préjudice et de causalité. Sanctionnant la seule exposition d'autrui à un risque de mort ou de blessures, indépendamment de tout préjudice subi par une victime, l'infraction de mise en danger d'autrui [254] semble *a priori* particulièrement adaptée à la répression des faits générateurs de catastrophes sanitaires en ce qu'elle permet de contourner les principaux obstacles inhérents aux infractions d'homicides et blessures non intentionnels. La difficulté majeure liée à l'imputation de ces infractions réside en effet dans l'exigence de causalité, laquelle disparaît mécaniquement au sein de la mise en danger d'autrui dès lors qu'en faisant intervenir la répression avant même la survenance d'un préjudice, au stade du simple comportement dangereux, l'infraction élimine mécaniquement, par suite logique, l'exigence de causalité.

Réintroduction de l'exigence de causalité. En réalité, l'analyse n'est peut-être pas si évidente qu'il pourrait y paraître au premier abord car si le risque sanctionné n'a certes pas à s'être concrétisé en un préjudice, le texte n'en exige pas moins un lien de causalité potentiel, c'est-à-dire un comportement imprudent « *de nature à* » à causer un préjudice. L'exigence de causalité se trouve ainsi implicitement réintroduite à travers la notion même de risque qui implique, pour être caractérisé, que le comportement imprudent ait été potentiellement apte à causer un préjudice à autrui, ce qui suppose que le risque pour la santé humaine soit certain et avéré, et non simplement hypothétique. L'exigence de causalité

[252] *Ibid.*
[253] Ph. CONTE, *op. cit.* note 50.
[254] C. pén., art. 223-1.

que l'on entendait ainsi chasser par le recours à l'infraction formelle de mise en danger revient par la fenêtre du risque, qui implique la commercialisation d'un médicament potentiellement – et donc certainement – dangereux pour l'homme, ce qui pourrait là encore faire difficulté dans un contexte d'incertitude scientifique.

Caractères du risque. Ce sont encore les caractères du risque auquel doit être exposé autrui qui pourraient s'opposer à la répression dès lors qu'un tel risque doit être tout à la fois « *direct* » et « *immédiat* », ce qui implique une proximité temporelle entre le comportement imprudent et le risque. Or, une jurisprudence s'est développée en la matière qui veut que le délit ne soit pas applicable, à défaut de proximité temporelle suffisante, lorsqu'un délai trop long s'est écoulé entre la violation de l'obligation de sécurité et l'apparition du risque pour autrui[255], ce qui pourrait constituer un obstacle dirimant à la responsabilité pénale dans la mesure où la survenance d'un dommage peut parfois ne survenir que des années, voire des décennies après la commercialisation du médicament[256]. La solution apparaît pourtant contestable dès lors qu'en raisonnant sur l'apparition concrète du risque, les juges semblent en réalité exiger sa concrétisation effective alors qu'un risque abstrait semble pouvoir être caractérisé dès la commercialisation du médicament puisque, dès cet instant, la survenance d'un dommage est « *toujours possible* »[257].

Violation d'une obligation légale ou réglementaire de sécurité. Enfin, la répression de la mise en danger d'autrui se trouve subordonnée à la « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement* », ce qui imposera aux juges l'identification d'une telle norme légale ou réglementaire de sécurité imposant un « *modèle de conduite circonstancié* »[258], c'est-à-dire un comportement précis au destinataire de la norme de sécurité. Or, la tâche pourrait bien se révéler insurmontable en matière de risques médicamenteux, dès lors qu'à défaut de certitude scientifique établie concernant la dangerosité d'un produit ou d'un médicament, le législateur ne prendra pas le soin d'interdire ou d'encadrer sa commercialisation. Autrement dit, la loi ou le règlement n'édicteront des règles de sécurité qu'à partir du moment où le risque relatif à un produit est identifié, connu et scientifiquement reconnu, comme en témoigne l'affaire de l'amiante où le législateur n'est intervenu que très

[255] Crim. 6 octobre 2009, pourvoi n° 09-81.037, *Dr. pén.* 2010, comm. 15, obs. M. VERON.
[256] V. *supra* I, B.
[257] V. en ce sens, Crim. 11 février 1998, Bull. n° 57.
[258] CA Aix-en-Provence, 22 novembre 1995, *D.* 1996, p. 405.

tardivement[259], à partir du moment où un consensus scientifique a émergé, ce qui, d'expertises en contre-expertises, peut prendre beaucoup de temps, on le sait. Et lorsque le législateur se décide enfin à intervenir, il ne régit bien évidemment ce risque que pour l'avenir, de sorte que ces obligations de sécurité nouvelles ne sauraient fonder des poursuites pénales pour des faits antérieurs, en application du principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères[260].

Pénalités dérisoires. Pour finir, même à supposer que ces différents obstacles inhérents à la qualification de mise en danger d'autrui puissent être levés, comme tel a pu être récemment le cas dans l'affaire de l'amiante [261], les peines prévues par cette infraction – un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende – pourraient apparaître bien dérisoires au regard de l'ampleur de certains catastrophes sanitaires et du nombre parfois très élevé de victimes. Que reste-t-il alors à ces dernières, sinon la qualification subsidiaire de tromperie ?

B.– La qualification subsidiaire de tromperie fondée sur la qualité de la marchandise

Qualification subsidiaire de tromperie. En matière de catastrophe sanitaire, les plaideurs ont pris l'habitude, depuis l'affaire du sang contaminé, de fonder leur action non seulement sur les infractions d'atteintes à la personne humaine issues du droit commun [262] – empoisonnement, infractions d'imprudence, *etc.* – mais encore, à titre subsidiaire, sur le délit de tromperie sur les qualités substantielles d'une marchandise [263], comme tel fut le cas dans l'affaire de l'hormone de croissance, dans celle des prothèses PIP ou, plus récemment, dans l'affaire du *Mediatior*[264]. C'est qu'en effet, à défaut d'application des infractions d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, notamment en l'absence de certitude du lien de causalité, la tentation est grande de recourir à titre subsidiaire au délit de tromperie qui, ainsi ravalé au rang

[259] En 1977 pour réglementer le produit et en 1996 pour l'interdire (v. M. GARRIGOS-KERJAN, préc. note 47).
[260] F. ROUSSEAU, *op. cit.* note 14.
[261] Crim. 24 juin 2014, pourvoi n° 13-81.302, *Gaz. Pal.* 2014, n° 294, p. 35, obs. S. DETRAZ ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 200, p. 19, note R. MESA ; Crim. 19 avril 2017, pourvoi n° 16-80.695.
[262] C. pén., Livre II, Titre II.
[263] C. consom., art. L. 213-2 et s.
[264] Dans cette affaire, les poursuites sont également fondées sur une autre infraction sanctionnant une tromperie, celle d'escroquerie (C. pén., art. 313-1).

de « *voiture-balai* » des atteintes à la personne humaine[265], fait partie de ces infractions que l'on invoque en dernier recours, un peu en désespoir de cause, comme si les qualifications pénales étaient interchangeables à l'envi.

Inadaptation symbolique de la qualification de tromperie. Si l'infraction de tromperie a pu parfois rencontrer quelques succès jurisprudentiels en la matière, que ce soit dans l'affaire du sang contaminé[266] ou dans celle de l'hormone de croissance – mais dans sa seule phase d'instruction [267] –, le choix de cette qualification n'est toutefois pas neutre au plan symbolique. Le délit de tromperie constitue en effet une infraction issue du droit de la consommation qui, « *écrite pour les boîtes de conserve* », est ici sollicitée dans des affaires « *dominée par l'image de la mort* »[268]. L'on perçoit là toute l'instrumentalisation de ce délit consumériste, confinant à la déformation de la *ratio legis* de l'incrimination, qui se trouve ainsi appliquée à contre-emploi. Lors même que certaines victimes sont décédées, les qualifications d'atteintes à la vie (empoisonnement, homicide par imprudence) sont rejetées au profit d'une qualification issue du droit de la consommation, largement inconnue du grand public, évidemment dotée d'une charge symbolique moins importante. L'incompréhension des victimes et du grand public pourrait être d'autant plus grande que les peines encourues[269] peuvent apparaître là encore bien dérisoires au regard des conséquences parfois dramatiques de certaines catastrophes.

Inadaptation technique de la qualification de tromperie. Symboliquement inadaptée, la qualification de tromperie l'est-elle également au plan technique ? Certes, le cadre contractuel du délit – qui incrimine le fait de tromper « *le contractant* » « *sur la nature, l'espèce l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises* » – est assurément caractérisé s'agissant des catastrophes sanitaires liées à la prise de médicaments dès lors que ceux-ci constituent bien des marchandises vendus à des clients en vertu d'un contrat conclu à titre onéreux et ce, d'autant que la jurisprudence retient une conception particulièrement compréhensive tant

---

[265] C. AMBROISE-CASTEROT, *RSC* 2013, p. 89.
[266] Crim. 22 juin 1994, pourvoi n° 93-83.900 ; *D.* 1995, p. 85, note A. PROTHAIS.
[267] Crim. 7 juillet 2005, pourvoi n° 05-81.119, *JCP* 2005, II, 10143, note J. LEBLOIS-HAPPE. V. toutefois, devant les juridictions de jugement, CA Paris, 5 mai 2011, n° 09-03.331, *JCP* 2011, 965, note P. MISTRETTA.
[268] J.-H. ROBERT, *DP* 1994, comm. 12, obs. sous TGI Paris, 23 octobre 1992.
[269] Deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende (C. consom., art. L. 213-1), ces peines étant doublées en cas de tromperie aggravée, lorsque la marchandise est « *dangereuse pour la santé de l'homme* » (C. consom., art. L. 213-2).

de la notion de marchandise[270] que de l'exigence d'un lien contractuel[271]. Pour autant, la tromperie constitue une infraction intentionnelle qui implique que soit démontrée une volonté de tromper le cocontractant sur les qualités de la marchandise et même, pour la tromperie « *dangereuse pour la santé de l'homme* »[272], que l'agent ait eu conscience de la dangerosité du produit litigieux, ce qui justifia précisément la relaxe dans l'affaire de l'hormone de croissance[273]. Il est vrai, les juges répressifs ont parfois pu assouplir cette position de principe en décidant que le seul fait pour un professionnel de ne pas vérifier la sécurité des marchandises commercialisées constituait l'élément moral du délit[274]. Toutefois, hormis dans l'affaire du sang contaminé[275], les juges éprouvent quelques réticences à faire application d'une telle solution – qui semble en réalité sanctionner moins une intention qu'une imprudence du professionnel qui ne s'assure pas de la sécurité de ses produits[276] – en matière de catastrophes sanitaires, comme si l'élément moral de la tromperie était utilisé par les juges comme une variable d'ajustement leur permettant de retenir ou au contraire d'exclure le délit de tromperie, au seul gré des espèces.

Conclusion en forme de propositions. Aux termes de ce tableau – sans doute un peu sombre – le droit pénal apparaît mal armé, sinon au plan procédural, du moins au plan de ses qualifications pour réprimer les comportements générateurs de catastrophes sanitaires. Aussi quelques

[270] Ainsi, dans l'affaire du sang contaminé, les juges ont-ils pu considérer le sang comme une marchandise dès lors que les médecins poursuivis avaient commercialisé les lots sanguins contaminés, ce qui permettait de retenir tant la qualification de marchandise que l'existence d'un acte juridique à titre onéreux (Crim. 22 juin 1994, préc. *supra* note 66).

[271] V. à cet égard l'affaire de l'hormone de croissance, particulièrement nette sur ce point, CA Paris, 5 mai 2011, *JCP* 2011, 965, note P. MISTRETTA.

[272] Forme de tromperie aggravée justifiant des pénalités plus importantes (C. consom., art. L. 213-2).

[273] CA Paris, 5 mai 2011, préc. *supra* note 71.

[274] V. notamment Crim. 29 juin 1999, pourvoi n° 98-84.503 ; Crim. 17 septembre 2002, pourvoi n° 01-87.536 ; Crim. 20 septembre 2011, pourvoi n° 11-81326, *RDC* 2012, p. 946, obs. V. MALABAT.

[275] CA Paris, 13 juillet 1993, *D.* 1994, p. 118, note A. PROTHAIS ; *RSC* 1995, p. 347, obs. Y. MAYAUD.

[276] Il est toutefois possible de considérer que le professionnel qui ne fait pas procéder aux vérifications nécessaires avant de mettre le produit sur le marché trompe le contractant, sinon sur la nature ou la composition de la marchandise, du moins sur la réalité du contrôle qui lui incombait et ce, conformément à la lettre de l'article L. 213-1, 3° qui vise le fait de tromper le contractant sur « les contrôles effectués » (V. MALABAT, préc. *supra* note 74).

propositions pourraient-elles être formulées en guise de conclusion afin d'améliorer l'efficacité du droit pénal en la matière pour que les scandales sanitaires ne se transforment pas en autant de fiascos judiciaires…

* Une première proposition pourrait consister à créer une circonstance aggravante tenant à la pluralité de victimes ayant subi un dommage. Aussi surprenant que cela puisse paraître, le droit pénal ne prend pas en considération la pluralité de victime, de sorte qu'il constitue aujourd'hui un instrument mal adapté au dommage de masse où un acte unique va concourir au dommage de nombreuses victimes[277]. Aussi s'agirait-il d'aggraver les peines afférentes aux différentes infractions d'atteintes à l'intégrité physique et au délit de tromperie lorsque l'activité dangereuse est dirigée vers un large public et – selon une seconde cause d'aggravation – qu'elle a causé des dommages multiples[278]. Si une telle prévision semble adaptée au plan répressif dès lors qu'il n'est pas équivalent au plan criminologique d'exposer à un risque une victime unique ou des centaines de victimes, encore faut-il, pour ces causes d'aggravation puissent s'appliquer, que les qualifications de base soient elles-mêmes applicables, ce qui est loin d'être toujours évident.

* Une deuxième proposition pourrait dès lors consister à étendre le domaine du délit de mise en danger d'autrui à la faute caractérisée. Tel qu'il est aujourd'hui conçu, le délit de mise en danger d'autrui ne peut être constitué que par une faute délibérée impliquant la violation d'une obligation de sécurité légale ou règlementaire dont l'identification est largement illusoire en matière sanitaire, du moins dans un contexte d'incertitude scientifique[279]. Aussi, afin de libérer le délit du carcan de l'obligation de sécurité dans lequel il est aujourd'hui enfermé, pourrait-il être proposé d'étendre le champ du délit à la faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité que l'agent ne pouvait ignorer, plus facile à démontrer en la matière[280]. Toutefois, sauf à augmenter corrélativement les peines afférentes au délit, celles-ci pourraient apparaître en l'état bien faibles en matière de catastrophes sanitaires.

* Aussi une dernière proposition pourrait consister à repenser la

[277] Sur la question, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit à la protection de la santé et droit pénal en France », *op. cit* préc. *supra* note 17.
[278] J.-B. THIERRY, « Les catastrophes sanitaires en matière médicale : état des lieux et perspectives », *op. cit* préc. *supra* note 17.
[279] V. *supra* II, A, 2.
[280] C'est d'ailleurs précisément en ce sens qu'une proposition de loi fut déposée par certains parlementaires au Sénat le 13 janvier 2011 (Rapp. Sénat n° 246, par F. ZOCCHETTO, v. *Dr. pén.* 2011, Alerte 10).

qualification d'empoisonnement pour en faire une infraction fondée sur une logique de risque. Rompant avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui exige aujourd'hui une intention de tuer au titre du crime d'empoisonnement, une telle proposition – qui ferait officiellement de cette qualification une infraction de mise en danger fondée sur une logique de risque [281] – permettrait de sanctionner la seule volonté d'administrer une substance en sachant qu'elle peut avoir des effets mortels, quand bien même l'agent n'aurait aucune certitude sur ce point. Une telle conception, qui détacherait complètement l'empoisonnement du meurtre, permettrait ainsi d'atteindre le producteur qui prendrait le risque délibéré d'exposer les consommateurs de produits de santé à un risque mortel. Une telle reconfiguration impliquerait sans doute toutefois de diminuer le *quantum* de la peine afférente à l'empoisonnement pour en faire une qualification délictuelle, plus adaptée à la répression d'une mise en danger d'autrui.

[281] F. ROUSSEAU, « Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des scandales sanitaires », *op. cit.*, note 14.

Juger l'implication étatique dans les scandales sanitaires

Olivier DESAULNAY

Professeur de droit public, Université de La Réunion

« Malheur à l'homme par qui le scandale arrive ! »[282]

C'est en ces termes forts, rapportés par l'apôtre Mathieu, que Jésus s'adresse à ses disciples pour les avertir de ne pas placer la *petra scandali* – la pierre d'achoppement – sur le chemin d'un autre ou sur leur propre chemin. Autrement dit, ils doivent ne pas succomber aux pêchés qui provoque leur chute.

N'est-il pas tentant de lire cet avertissement moral entre les lignes des considérants de l'arrêt du 9 novembre 2016[283] relatif à l'affaire du Mediator dans lequel le Conseil d'Etat ne dit en substance pas autre chose : malheur à l'administration par qui le scandale sanitaire arrive ! Elle sera condamnée non par Dieu mais par le juge à réparer les victimes de ses négligences, défaillances et incompétences qui auront émaillées tout le processus de contrôle sanitaire qui lui incombe. Quel triste constat que la succession des scandales sanitaires nous invitent à poser : celui d'une administration qui faillit, qui trébuche sur sa pierre d'achoppement et, d'une manière ou d'une autre, provoque des dommages particulièrement graves à l'égard des patients dont elle a pourtant la charge de préserver la santé.

Sans sombrer dans l'illusion du « risque zéro », il ne faut pas être dupe. Chaque scandale sanitaire apporte son lot de suspicions quant à la bonne administration du risque sanitaire en France. Doutes plus ou moins fondées qui se voient par la suite plus ou moins confirmées par les

[282] Evangile de Saint Mathieu, chapitre 18, verset 7.

[283] Au total, ce sont quatre arrêts du même jour qui fonde la responsabilité de l'Etat dans l'affaire du Mediator : CE, 9 novembre 2016, *Mme G* (1ère espèce), req. n° 393904 suivi par trois autres espèces : *Mme A* (1ère espèce), req. n° 393108 ; *Mme B* (2e espèce) req. n° 390902 ; et *Mme K* (3ème espèce), req. n° 393926. V. les observations de J. PEIGNE, in *RDSS* 2016, p. 1160 et s.

nombreux rapports parlementaires ou de l'inspection générale (IGAS), lesquels forment alors un cortège de révélations sur les carences et défauts endémiques de la pratique administrative du secteur de santé que les nombreuses réformes réactionnelles de ces trente dernières années ne parviennent pas à pleinement endiguer. Le pouvoir politique a pourtant entendu confier, à partir des années 90, à des administrations spécialisée et censées être hautement qualifiée, selon le modèle anglo-saxon des agences (*quasi-autonomous non-gouvernemental organisms*), la charge d'évaluer les risques sanitaires liés à la prise de médicaments et, dans certains cas, il revient même à ces entités à la personnalité morale de droit public de gérer ce risque. En des termes juridiques mieux connus, il revient à ces agences d'exercer au nom de l'Etat une activité de police sanitaire qui n'est autre qu'une police administrative spéciale. A ainsi vu le jour, frénésie législative aidant, pas moins d'une cinquantaine d'organismes aux compétences les plus diverses dans le champ de la santé publique, baptisées tour à tour Autorités, Commissariats, Etablissements, Conseils, Comités, Fondations, Instituts, Observatoires ou Ateliers. En dessous, se noue tout un mécano incompréhensible de structures internes aux compétences verticales et transversale fait de directions, commissions, comités, départements, services, unités, missions, conseils, cellules, groupes de travail… Sans compter que s'ajoute à ce maquis administratif de plusieurs milliers d'agents les organismes de niveau européen dont le rôle est aujourd'hui devenu primordial, notamment l'importante Agence européenne du médicament et son Comité des médicaments à usage humain (CHMP) qui a pratiquement vidé de son contenu la mission de la Commission d'autorisation de mise sur le marché (CAMM) puisque désormais le marché pertinent des produits de santé se situe à l'échelle de l'Europe et, seulement de manière résiduelle, au niveau du territoire national.

Ces organismes participent de près ou de loin à une chaîne complexe du médicament qui débute par la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché (AMM), pour se poursuivre par l'inscription sur la liste des médicaments remboursables, la fixation du prix des spécialités ainsi que l'émission tout au long de la commercialisation et de l'usage du produit de décisions et informations de pharmacovigilance, de recommandations de bonnes pratiques, *etc*. Une chaîne rythmée par conséquent par une multitude de procédures administratives internes et européennes qui n'ont pas toujours pour finalité la sécurité sanitaire.

Dans cet environnement juridique et technique devenu excessivement complexe et dépassant les frontières nationales, où

l'objectif constitutionnel de protection de la santé publique[284] assigné à l'Etat côtoie évidement les enjeux économiques et financiers des laboratoires pharmaceutiques, quel peut être le rôle d'une juridiction interne telle que la juridiction administrative ?

Organismes de droit public, police administrative, décisions administratives individuelles ou réglementaires, autant de critères classiques qui fondent la compétence du juge administratif et lui offrent la possibilité d'embrasser les problématiques de sécurité sanitaire. Ce juge est alors en charge de contrôler l'activité administrative de ces entités diverses et variées qui peuvent se trouver impliquer de près ou de loin dans la survenance d'un scandale sanitaire.

Pourtant, le juge administratif n'a pas joué de rôle particulier pour prévenir la réalisation des dommages en amont des principaux scandales sanitaires qu'a connu la France[285]. Il n'a pas été actionné par un cercle d'intéressés pour tenter d'enrayer la crise sanitaire ou, du moins, pour rappeler en amont des dommages à l'administration défaillante ses obligations de sécurité en la matière. Cela ne signifie pas que le juge administratif est totalement incapable d'agir pour prévenir la survenance du scandale, préférant se situer sur le plan de la réparation des conséquences dommageables des carences fautives de l'Etat et du système de régulation et de contrôle du risque sanitaire. Un volet préventif se développe ou du moins est en mesure de se développer dans le sens d'une meilleure appréhension des dysfonctionnements et pratiques défaillantes au sein du processus qui mène à la décision publique de maintenir, suspendre ou retirer une AMM au regard des connaissances acquises de la science. Toutefois, il demeure encore largement entravé et bien en deçà de la mission traditionnelle de réparation qui a connu un affermissement certain avec le scandale du Mediator.

---

[284] Le Conseil constitutionnel se réfère de manière constante, dans le cadre de son contrôle *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie par le 11ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 pour laquelle il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre.

[285] Sang contaminé, amiante, Mediator, prothèse PIP, Dépakine, vaccin de l'hépatite B, *etc*.

I.- Prévenir les scandales sanitaires par un office juridictionnel adapté

Pour parvenir à remplir correctement une mission de prévention des risques sanitaires dans le cadre général d'un office juridictionnel qui se veut essentiellement garant de la légalité objective à l'égard des décisions administratives, le juge administratif doit être en mesure de mener son contrôle de légalité sur l'exercice proprement dit de la mission de prévention des risques sanitaires assignée par la loi aux autorités publiques. Pour ce faire, son office doit embrasser tout le spectre procédural et décisionnel qui se manifeste dans cette activité particulière de police du médicament et de pharmacovigilance.

Au-delà et plus spécifiquement, le juge doit être également en capacité d'atteindre les comportements, les pratiques et les actes des administrations qui constituent autant de dérives et d'écarts avec les exigences législatives de transparence, d'impartialité et de probité qui pèsent sur l'action administrative dans le secteur sanitaire sous l'effet de crises successives [286]. En effet, les administrations prennent dans ce secteur de nombreuses décisions caractérisées par une forte dimension technique et scientifique qui nécessitent, de ce fait, le recours à des experts dont l'opinion technique conditionne largement le sens de celles-ci. Comment faire en sorte, dès lors, pour que leurs analyses soient bien dictées par des considérations purement techniques et scientifiques et non par des intérêts pécuniaires, professionnels ou personnels étrangers à leur mission ? L'enjeu de la régularité de la décision administrative invite ainsi parfois la problématique des conflits d'intérêts à se développer dans le débat juridictionnel devant le Conseil d'Etat. Ce qui contribue non seulement à la sauvegarde de la santé publique, directement engagée par

[286] Les premiers pas en direction d'une plus grande indépendance et transparence de la décision en matière de santé sont franchis à la suite de l'affaire du sang contaminé par la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité sanitaire en matière de transfusion sanguine et de médicament et la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social (loi dite *« anti-cadeaux »*). Ce mouvement se poursuit et s'intensifie d'abord en réaction au scandale du Mediator avec, sur le modèle américain du *« Physician Payments Sunshine Act »*, la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Puis, la récente affaire « Cahuzac » se traduira par l'adoption d'un arsenal législatif plus ample avec deux lois relatives à la transparence de la vie publique en date du 11 octobre 2013. Cet important travail législatif s'appuie sur les recommandations formulées par la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, présidée par M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat (janvier 2011) et la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par M. Lionel Jospin (novembre 2012).

certaines de ces décisions administratives, mais encore à l'accroissement de la confiance que les citoyens peuvent placer dans l'impartialité de l'Etat dans ce secteur sensible.

A.– Embrasser tout le spectre décisionnel

Un constat alarmant s'impose à celui qui observe la jurisprudence administrative : la gestion (ou le déficit de gestion) de la dangerosité potentielle ou avérée d'un médicament pour la santé par les autorités publiques compétentes n'est pratiquement jamais débattue devant le prétoire du juge administratif. Aussi surprenant qu'il puisse paraître, dans une période caractérisée par l'extension de l'office du juge administratif, le contrôle de ce dernier n'est pas ou peu mobilisé dans le domaine de la prévention des risques liés à l'usage des médicaments. Le référencement des arrêts et jugements est d'ailleurs sur ce point éloquent. Au total, sur plus de vingt ans, il ne ressort de la jurisprudence administrative qu'une poignée de décisions dont la majorité demeure totalement étrangères au volet préventif des risques sanitaires[287], le reste y étant lié de manière elliptique ou en creux.

Ce premier constat brut doit être affiné afin de parvenir à saisir les causes profondes de cette quasi absence du juge au stade de la prévention des risques sanitaires. S'il serait tentant de jeter la pierre au juge, forcer de constater, sans être un thuriféraire de la juridiction administrative, que son office juridictionnel révèle certaines potentialités développées essentiellement dans la période immédiatement postérieure à l'affaire du Mediator.

1 – Les potentialités préventives de l'office du juge administratif

Le juge administratif possède les instruments juridictionnels adéquats permettant d'opérer son contrôle de légalité sur les actes entrant dans la gestion du risque sanitaire. Il a même su les faire évoluer pour permettre à son prétoire d'être plus ouvert. Quelques exemples récents permettent de s'en convaincre.

Fort classiquement d'abord, le Conseil d'Etat est en mesure d'apprécier la légalité de la réglementation qui offre un cadre général à l'exercice des missions de police sanitaire. Ainsi, il a pu se pencher

[287] Cas des recours de laboratoires contre des AMM, suspension ou retrait d'AMM sans lien, compte tenu du requérant, avec les impératifs de santé publique.

récemment sur la légalité du décret du 30 décembre 2014 modifiant les dispositions réglementaires relatives à l'élaboration des recommandations temporaires d'utilisation (RTU). Ce nouveau dispositif, créé par la loi du 29 décembre 2011, est l'une des réactions au scandale du Mediator, dont les prescriptions hors AMM représentant entre 15 et 20% des prescriptions ont mis en lumière les risques de cette pratique. Aux risques d'une inexacte appréciation du rapport bénéfice / risque du médicament dans un champ que souvent les études pré-AMM n'ont pas investigué viennent s'ajouter ceux liés à l'insuffisant suivi des patients faisant l'objet de telles prescriptions.

L'objet des RTU, élaborées par l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), est d'offrir un cadre sécurisé aux prescriptions hors AMM. Les RTU ne sont ni nécessaires à la prescription hors AMM – laquelle reste possible malgré l'absence de RTU – ni suffisantes, le médecin devant toujours apprécier au cas par cas ce que l'état de son patient exige. Il s'agit de mettre à la disposition des médecins un état à jour des données acquises de la science permettant de présumer de manière plus fiable du rapport bénéfice / risques favorable d'une utilisation hors AMM. Toutefois, il ne peut s'agir que d'une présomption car, par définition, tout le processus d'études pré-AMM n'a pas été conduit. L'effort de sécurisation se prolonge ensuite, en aval, par l'organisation d'un suivi des patients faisant l'objet de telles prescriptions.

Par son arrêt du 29 juin 2016[288], la Haute juridiction valide la dernière génération de RTU en ne manquant pas d'analyser précisément la compatibilité du dispositif avec les exigences européennes et même constitutionnelles au regard de l'objectif constitutionnel de protection de la santé publique. C'est l'occasion pour le juge de contrôler que le pouvoir réglementaire n'a pas trahi la volonté du législateur d'encadrer plus strictement la pratique des prescriptions hors AMM.

La seconde illustration, qui se situe dans le prolongement direct de la précédente, a conduit, fort logiquement, le Conseil d'Etat à examiner la légalité de la première RTU (nouvelle génération) relative à la prescription d'Avastin 25 mg/mL pour le traitement de la dégénérescence maculaire liée à l'âge. C'est une RTU emblématique tant elle a fait débat au cours des travaux préparatoires des lois qui ont successivement encadrées les prescriptions hors AMM. Le laboratoire Roche s'est

[288] CE, 29 juin 2016, *Le Syndicat des Entreprises du Médicament (LEEM)*, req. n° 387890, *Leb.*, mentionné aux tables.

fermement opposé à plusieurs reprises[289] à l'utilisation de sa médication dans le traitement de la DMLA. *« Avastin a été développé et approuvé pour traiter certains types de cancer par voie intraveineuse. Il n'est autorisé dans aucun pays au monde pour un usage ophtalmique »*, alertait le laboratoire en 2015. Cet arrêt[290] présente un double intérêt quant au contrôle du juge administratif en matière de pharmacovigilance.

Premièrement, il confirme que le juge administratif poursuit une conception réaliste de la notion d'acte faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours en excès pouvoir, dépassant ainsi la terminologie de « recommandation » aux apparences trompeuses. Le Conseil d'Etat confirme qu'une RTU entre dans le champ de sa compétence de premier et dernier ressort en vertu de l'article R. 311-1, 2° du Code de justice administrative qui aiguille vers lui les recours contre les *« actes réglementaires (…) des (…) autorités à compétence nationale et (…) leurs circulaires et instructions de portée générale »*. Il ne fait en effet aucun doute qu'une RTU est un acte décisoire susceptible de recours car le premier effet de cette recommandation est de déclencher l'application de l'un des deux régimes de prescription hors AMM prévus à l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique. Prise à l'initiative des pouvoirs publics et dans l'intérêt premier des tiers afin de sécuriser la mise à disposition d'une spécialité pharmaceutique, la RTU ne se limite pas à énoncer des normes médico-scientifiques. Elle est opposable aux tiers en définissant des obligations précises qui s'adressent principalement aux prescripteurs ainsi qu'aux pharmacies à usage intérieur des hôpitaux amenées à réaliser les opérations de reconditionnement et aux hospices civils de Lyon, désignés pour assurer la centralisation du suivi de vigilance *ad hoc*. Dans cette mesure, c'est un acte réglementaire en dépit de sa ressemblance avec une sorte d'*addendum* à une AMM existante, qualifiée par le Conseil d'Etat de décision individuelle[291].

Deuxièmement, l'arrêt permet de prendre la mesure du contrôle qu'opère le Conseil d'Etat sur les appréciations menées par l'ANSM quant au rapport bénéfice / risque intégré à la RTU. Il s'agit bien d'un contrôle restreint des motifs, relativement classique dans un domaine dont la technicité échappe au juge. Ce contrôle, réduit à l'erreur manifeste

[289] Le laboratoire Roche avait tenté d'obtenir devant le juge administratif du référé la suspension de la RTU, sans succès (CE, ord., 21 septembre 2015, *Société Roche SAS*, req. n° 392809).
[290] CE, 24 février 2017, *Sociétés Novartis Pharma et Roche*, req. n° 392459, inédit au *Lebon*.
[291] CE, 11 juin 1958, *Caisse générale de sécurité sociale des Alpes-Maritimes*, *Leb.* p. 342 (l'AMM, acte pris à la demande d'un laboratoire, produisant ses effets principaux à son endroit, et par ricochet sur les prescripteurs ou dispensateurs).

d'appréciation, interdit au juge de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité publique qualifiée.

Enfin, toujours au titre de l'ouverture réaliste de son prétoire, le JA a admis des recours contre des actes de droit souple tels que certaines recommandations émanant de commissions d'experts et recensant les données acquises de la science sur un sujet donné. Deux sillons sont perceptibles dans la jurisprudence administrative.

Le premier, inauguré par la décision « *Formindep* »[292], illustré à plusieurs reprises par la suite[293], admet la recevabilité du recours dirigé contre des recommandations, en raison de leur effet d'orientation des comportements, c'est-à-dire de leur autorité de fait, mais aussi de la perspective d'une éventuelle sanction ultérieure qui pourrait être prononcé à la lumière du contenu de ces recommandations. C'est par excellence le cas des recommandations de la HAS (aff. *Formindep*) ou de l'information de pharmacovigilance de l'ANSM (aff. *Laboratoires Servier*), actes sans effet juridique direct, mais qui synthétisent les données acquises de la science que les professionnels de santé doivent respecter sous peine de sanctions, notamment disciplinaires.

Le second sillon, ouvert par la décision d'Assemblée du 21 mars 2016[294], admet la recevabilité du recours en excès de pouvoir contre des actes de droit souple des autorités de régulation lorsqu'ils sont *« de nature à produire des effets notables ou ayant pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »*. L'innovation, proposée par le rapporteur public Von Coester dans ses conclusions, consiste à ouvrir le prétoire *« sans qu'il y ait à caractériser de continuité avec une éventuelle sanction antérieure et ultérieure »*. L'idée est que, dans la sphère de la régulation, le bouclage avec une éventuelle sanction n'est jamais nécessaire, car toujours implicite et latent[295].

Le Conseil d'Etat apparaît donc sensible à l'importance prises par ces recommandations qui ont en pratique une portée considérable pour les

---

[292] CE, 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, req. n° 334396, *AJDA* 2011, p. 1326, concl. LANDAIS ; *RDSS* 2011, p. 483, note J. PEIGNE.

[293] CE, 4 octobre 2013, *Société Les laboratoires Servier*, req. n° 356700, aux Tables ; CE, 23 décembre 2014, *Association lacanienne internationale*, req. n° 362053.

[294] CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, req. n° 368082, n° 368083, n° 368084, *Leb.*, p.76.

[295] CE, 10 novembre 2016, *Mme M… et autres*, req. n° 384691, s'agissant du CSA ; CE, 20 juin 2016, *Fédération française des sociétés d'assurances*, req. n° 384297, s'agissant de l'ACPR.

professionnels de santé. Cela lui permet, en outre, d'élargir son contrôle de légalité sur des éléments essentiels qui participent au processus décisionnel en matière de prévention des risques sanitaires.

Ainsi, ces quelques exemples prouvent que le contentieux administratif n'est pas hermétique aux problématiques relatives à la prévention des risques médicamenteux. L'ouverture du prétoire du juge administratif aux authentiques décisions administratives individuelles ou réglementaires émanant des autorités publiques ainsi qu'à une nébuleuse d'actes de droit souple, volontiers requalifié en acte faisant grief, ne pose pas en définitive de sérieuses difficultés au juge.

Encore faut-il qu'il soit saisi afin que s'épanouisse son office. Il l'est par les laboratoires, encore trop peu par les usagers, professionnels de santé ou associations, lesquels mobilisent peu les voies de droit ouvertes devant la juridiction administrative. Un constat préoccupant qui ne trouve apparemment pas sa source dans l'insuffisante ouverture du prétoire du juge.

L'obstacle est ailleurs, non dans l'office du juge, mais dans des causes plus existentielles propres à ce dernier.

2 – L'inadéquation des conditions d'existence du contrôle de légalité avec le processus de pharmacovigilance

Le processus long et complexe de pharmacovigilance en France ne laisse guère de place à une intervention prophylactique du contrôle de légalité qui aurait pour but de s'assurer que les autorités publiques, spécialement l'ANSM, remplissent effectivement et correctement leurs missions de prévention et de gestion des risques que la loi leur assigne.

Tout d'abord, le temps contentieux n'est pas en phase avec le temps qui est nécessaire à l'émergence du risque scientifique avéré ou suffisamment probant. Le juge administratif ne peut pas être saisi en tout temps, sans condition de délai. Or, on le sait, les délais de recours sont brefs en comparaison de la durée qu'il faudra pour parvenir à un minimum de certitude scientifique quant à l'inversion du rapport bénéfice / risque d'un médicament disposant d'une AMM. L'affaire du Mediator témoigne cruellement de cette incapacité presque congénitale qui caractérise le déclenchement du contrôle de légalité. Ce dernier ne peut pas porter sur de simples soupçons, études ou bien alertes des autorités de pharmacovigilance quand bien même l'écoulement du temps donnerait raison à ceux-ci.

Ensuite, l'office du juge de la légalité ne peut s'appuyer que sur des décisions administratives qui vont lier le contentieux. Si, comme il a été dit, le Conseil d'Etat a su ouvrir son prétoire à des actes de droit souple, il n'est pas en mesure aujourd'hui comme hier de faire porter son contrôle sur toutes les phases de recueil et d'analyse scientifiques et techniques des effets d'un médicament.

Tout au plus, au stade du recueil des données permettant le suivi de pharmacovigilance auprès des laboratoires, prescripteurs et médecins, soumis à des obligations d'ailleurs non sanctionnées, il pourrait être envisagé que les organismes publics en charge de la pharmacovigilance actionnent le juge administratif par la voie du référé mesures utiles[296] afin de contraindre les assujettis, les laboratoires principalement, à se conformer à leurs obligations.

Le traitement des informations recueillies ainsi que leur diffusion, interne aux commissions de l'ANSM, est susceptible d'ouvrir un contentieux indirect devant le juge *via* la contestation du refus ou du retard de communication des documents administratifs. Le juge pourrait avoir un rôle à jouer pour garantir une meilleure diffusion et mise à disposition régulière d'informations détaillées concernant les risques des médicaments (signaux, effets indésirables avérés, erreurs suspectées ou avérées), et notamment le suivi des médicaments identifiés comme préoccupants ainsi que les nouvelles alertes. Une contrainte juridictionnelle qui aurait la vertu de servir de guide à la mise en place de bonne pratique dans le cadre d'une politique de transparence des activités de l'ANSM.

Enfin, au stade ultime et crucial de la suspension / retrait d'un médicament, l'inexistence de voies procédurales adéquates permettant aux tiers prescripteurs et patients de demander, sur le fondement d'un faisceau d'indices fiables et concordants révélant une probable inversion du rapport bénéfices / risques, un réexamen approfondi de la dangerosité d'un produit de santé en vue d'une possible modification, suspension ou retrait de son AMM conduit mécaniquement à paralyser le contrôle préventif du juge. En effet, l'opportunité d'une telle décision n'appartient qu'au secrétaire général de l'ANSM ou à la Commission européenne, intervenant notamment lorsqu'il apparaît que la spécialité pharmaceutique est nocive dans les conditions normales d'emploi ou que l'effet thérapeutique fait défaut ou que la spécialité n'a pas la composition quantitative et qualitative déclarée. Il est impossible au juge d'être saisi, à titre préventif, du refus, explicite ou implicite, de l'ANSM d'engager

[296] CJA, art. L. 521-3.

l'une des procédures de modification, suspension ou retrait prévues par les textes. Ce n'est donc qu'*a posteriori*, et dans la mesure où il serait saisi par le (les) laboratoire(s) concerné(s), que la juridiction administrative est en mesure de se prononcer sur la légalité de la mesure de modification, suspension / retrait. En l'absence de voie de droit *ad hoc* ouverte aux tiers sous le contrôle du juge, il convient donc de s'en remettre à la sagesse des experts agissant au sein des organismes administratifs de pharmacovigilance. Le scandale du Mediator a amplement prouvé qu'il était légitime d'en douter et que cette organisation du traitement des alertes et données de pharmacovigilance était loin d'être satisfaisante.

Le juge administratif apparaît donc bien démuni face une temporalité du risque sanitaire qui le dépasse et largement incapable d'agir à temps de manière curative pour contrecarrer l'inertie des organes de contrôle en matière de pharmacovigilance, rejetant son action au stade ultérieur de la réparation des dommages. Ce n'est pas faute pour lui de concevoir son office de manière compréhensive et adaptée en ce domaine.

B.– Garantir une décision éclairée

Dans le domaine du médicament, les procédures revêtent une importance significative dans la mesure où elles se présentent elles-mêmes comme des garanties d'une décision éclairée, juste et efficace, seule capable de prémunir contre les risques sanitaires. L'autorité publique investie du pouvoir de décision s'entoure ainsi de toute l'expertise scientifique nécessaire en recueillant l'avis de commissions composées de personnes en principe particulièrement qualifiées dans ce domaine sur lesquelles porte un mouvement législatif et réglementaire d'intensification des obligations d'impartialité et de transparence.

La juridiction administrative a les moyens d'accompagner ce mouvement en faisant porter son contrôle sur le respect des procédures préalables à l'adoption des actes administratifs. Ces consultations préalables prévues par les textes doivent avoir été réalisées dans des conditions propres à exclure tous suspicion légitime quant à l'impartialité et l'indépendance des membres ayant contribué à la production de l'avis. En d'autres termes, le juge peut être conduit à se prononcer sur la question essentielle des conflits d'intérêts[297] que peuvent révéler les liens d'intérêts

[297] Pour une définition du conflit d'intérêts, voir l'art. 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique : *« constitue un conflit d'intérêts toute*

que détiennent les personnes intervenant dans le champ sanitaire au sein des commissions et groupes d'experts.

Lorsque l'on interroge les bases de données jurisprudentielles, on trouve à ce jour une poignée de décision rendues par le Conseil d'Etat, lesquelles permettent néanmoins de dégager une méthodologie du juge pour accomplir son office juridictionnel lorsqu'il se trouve saisi de moyens tirés du défaut d'impartialité de membres d'organes participant au processus décisionnel. Il est possible de décomposer en deux temps l'appréciation du juge quant à l'existence supposée de conflits d'intérêts pouvant attacher d'illégalité la décision administrative.

1 – L'appréhension par le juge du défaut de déclaration de liens d'intérêt

Cette hypothèse se rencontre dans chaque affaire recensée. Les requérants invoquent systématiquement le défaut de déclaration des liens d'intérêts ainsi que l'absence de leur publication pour fonder une atteinte au principe d'impartialité. Le Conseil d'Etat a initié sa réponse dans l'arrêt précité *FORMIDEP* du 27 avril 2011.

Dans cette affaire, la HAS n'avait pas été en mesure de produire devant le juge l'intégralité des déclarations d'intérêts dont l'accomplissement était pourtant rendu obligatoire pour tous les participants internes et externes à ses groupes de travail. Le Conseil d'Etat avait conclu que la recommandation avait été élaborée dans des conditions irrégulières car il n'avait pas été mis en mesure de s'assurer de l'absence de liens prohibés et de vérifier s'ils étaient de nature à révéler des conflits d'intérêts. L'année d'après, par son arrêt du 17 février 2012, le Conseil d'Etat réitère cette position en lui apportant cette fois une formulation de principe largement reprise par toutes les décisions ultérieures en ces termes : *« que si l'absence de souscription et de publication des déclarations d'intérêts prévues à l'article R. 161-85 [du Code de la sécurité sociale] ne révèle pas, par elle-même, malgré le caractère impératif de ces formalités, une méconnaissance du principe d'impartialité, il appartient, en revanche, à la Haute autorité de santé, pour celles des personnes dont la déclaration obligatoire d'intérêts échapperait ainsi au débat contradictoire, de verser au dossier l'ensemble*

---

situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à compromettre l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». V. également M. TREPEAU, « La prévention des conflits d'intérêts dans le domaine de la santé » ; *RDSS* 2016, p. 1116.

des éléments permettant au juge de s'assurer, après transmission aux parties, de l'absence ou de l'existence de liens d'intérêts et d'apprécier, le cas échéant, si ces liens sont de nature à révéler des conflits d'intérêts ».

La première proposition de ce considérant de principe évite la confusion entre l'existence de liens d'intérêt et la révélation du conflit d'intérêts susceptible de porter atteinte à l'impartialité de l'auteur de l'acte. Entre ces deux éléments, le juge rappelle qu'il ne peut pas y avoir de rapport d'automaticité. N'oublions pas que le législateur n'a jamais entendu exclure les liens d'intérêts des membres participant de près ou de loin à la décision publique. Seule leur déclaration et leur publicité est obligatoire ainsi que les conséquences à en tirer en termes de déport du membre participant lorsqu'un risque objectif de partialité est observé. Par cette formule, le Conseil d'Etat paraît donc s'inscrire dans la philosophie générale du dispositif législatif.

Toutefois, il est permis de regretter que le Conseil d'Etat, par cette formule, n'accompagne pas avec plus de fermeté les exigences de transparence et de probité qui pèsent désormais sur les membres des organes investis de mission de gestion et de contrôle sanitaire. Notamment, il aurait été sans doute plus pertinent d'établir avec clarté (c'est-à-dire explicitement) à ce stade du raisonnement une présomption simple d'illégalité pour doute légitime quant à l'impartialité.

La suite de la formulation du considérant semble accréditer cette thèse. En effet, le Conseil d'Etat poursuit immédiatement en précisant en substance qu'il appartient à l'administration de verser au débat contradictoire les déclarations d'intérêts manquantes, incomplète ou non publiées des membres dont l'impartialité est contestée ou, à défaut, tous éléments permettant au juge de s'assurer de l'absence ou de l'existence de liens d'intérêts avec des acteurs du secteur.

Il est à cet égard intéressant de remarquer ici le détour par les pouvoirs d'instruction du juge administratif. Le juge rappelle, en effet, que l'administration doit se conformer aux injonctions de procédures émanant de lui dans le cadre d'une instruction que l'on sait largement inquisitoire devant la juridiction administrative. Cette position fait directement écho à celle, plus ancienne et symbolique, qu'il avait tenu dans la célèbre affaire *Barel*[298] relative aux candidats prétendument communistes injustement écartés du concours de l'ENA en raison de leurs opinions politiques. Dans cette espèce, le Conseil d'État, considérant que les requérants se prévalaient à l'appui de leur allégation de circonstances

[298] CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, *Leb.*, p. 308.

et de faits précis constituant de sérieuses présomptions de discriminations politiques devant l'accès au concours de l'ENA, avait fait usage de son pouvoir d'exiger de l'administration la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge pour demander la production des dossiers constitués sur la candidature de chacun des requérants. Il avait ensuite déduit du refus de l'administration de déférer à cette demande et de l'ensemble des circonstances de l'affaire que l'allégation des requérants, quant au motif du refus qui leur avait été opposé, devait être regardée comme établie. La décision de refus de concourir avait donc été annulée.

C'est précisément ce raisonnement qui est transposé en matière de conflit d'intérêts au sein des organes administratifs de contrôle sanitaire. Ceux-ci prennent le risque de voir leurs décisions annulées s'ils ne produisent devant le juge ni les déclarations d'intérêts ni d'autres éléments pertinents permettant au juge d'apprécier la régularité de la procédure et la réalité du défaut d'impartialité de celle-ci. C'est le constat que fait précisément le Conseil d'Etat dans son arrêt *FORMINDEP*[299].

Ainsi, l'association des deux propositions revient pour le juge à formuler implicitement la présomption suivante : le défaut de déclaration d'intérêts, non rectifié par l'administration à la demande du juge, emporte une suspicion légitime quant au non-respect du principe d'impartialité pourvu que les requérants aient su rapporter un commencement de preuve de conflit apparent.

Mais, le Conseil d'Etat ne le dit pas, se cachant derrière des considérations plus techniques propres à son office juridictionnel et au déroulement d'une instruction inquisitoire. C'est le regret que l'on

[299] Arrêt préc. : *« (...) que, ni dans le cadre des échanges contradictoires entre les parties, ni au terme d'une mesure d'instruction ordonnée à cette fin par la 1ère sous-section de la Section du Contentieux en vertu du pouvoir qui appartient au Conseil d'Etat d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des parties, la Haute Autorité de santé n'a été en mesure de verser au dossier l'intégralité des déclarations d'intérêts dont l'accomplissement était pourtant obligatoire de la part des membres de ce groupe de travail ; que les déclarations d'intérêts fournies par la Haute Autorité de santé ne portent ainsi, au total, que sur vingt-trois des vingt-sept membres du groupe ; que la Haute Autorité de santé n'a pas davantage versé au dossier, pour ceux des membres dont la déclaration obligatoire de liens d'intérêts échappe ainsi au débat contradictoire, les éléments permettant au juge de s'assurer de l'absence ou de l'existence de tels liens et d'apprécier, le cas échéant, s'ils sont de nature à révéler des conflits d'intérêt ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la recommandation de bonnes pratiques litigieuse a été élaborée dans des conditions irrégulières ne peut qu'être accueilli ; (...) »*

pourrait avoir. Cette manière du juge d'appréhender le défaut de dépôt et de publicité des déclarations d'intérêts tend à diluer l'intensité de l'obligation pesant sur les administrations du secteur sanitaire. De la sorte, en effet, le juge autorise en pratique l'administration pourtant défaillante à se racheter devant lui dans l'hypothèse d'un litige, en lui offrant la possibilité (devrait-on dire une seconde chance) de se conformer *a posteriori* à ses obligations de probité et de transparence.

Cette marge de manœuvre laissée aux divers assujettis à l'obligation de déclaration des liens d'intérêts n'incline pas à une prise de conscience de ceux-ci de l'importance capitale que recouvre cette exigence voulue et largement imposée par le législateur après le scandale du Mediator. Elle participe, d'abord, à l'objectivité générale de la décision confectionnée de manière « néo-corporative ». Elle renforcer, ensuite, la confiance des citoyens dans les décisions intervenant dans le champ de la qualité et de la sécurité des produits de santé. Elle tend, enfin, à une certaine réflexivité des acteurs du processus décisionnel, prenant alors conscience en retour des liens qu'ils entretiennent avec les entreprises de santé. En d'autres termes, la transparence et l'impartialité tendent à une meilleure gouvernance du secteur de la santé publique et du risque médicamenteux.

Il est regrettable que le juge administratif reste ainsi au milieu du gais, ménageant les administrations en proie à de sérieuses difficultés pour respecter les prescriptions législatives, là où l'on sait que l'absence ou l'omission de déclarations d'intérêts est une pratique assez endémique du secteur. Mais, le juge pouvait-il en faire autrement compte tenu de la méthodologie qui s'applique en matière d'impartialité objective ?

2 – L'appréciation du conflit d'intérêts : l'impartialité objective

Le juge administratif vérifie que les membres, y compris les membres externes, de certaines commissions appelées à intervenir dans le processus décisionnel, ne présentent pas avec les entreprises intéressées ou leurs concurrents, des liens d'intérêt tels qu'ils seraient, par leur consistance, leur actualité et leur intensité, de nature à affecter objectivement leur impartialité.

Cette méthodologie empreinte ou fait écho à celle que le juge met en œuvre dans d'autres domaines où des conflits d'intérêts sont susceptibles de surgir : commande publique au stade de la passation[300],

[300] V. notamment CE, 14 octobre 2015, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 390968.

fonction publique, organisation juridictionnelle de l'ordre administratif. Le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts dans le champ sanitaire n'est rien d'autre pour le juge qu'une déclinaison particulière du principe général d'impartialité qui s'impose à tout organe administratif ou juridictionnel et dont il revient au juge administratif d'en sanctionner le respect. Ce principe, dont s'inspire les diverses dispositions législatives et réglementaire ayant introduit des mesures de transparence dans le fonctionnement des autorités sanitaires, est moins conçu par la jurisprudence comme une obligation déontologique imposée aux agents ou collaborateurs agissant au sein de ces autorités que comme une condition de légalité des décisions administratives prises par ces autorités.

C'est donc sans surprise que l'on assiste, dans les arrêts répertoriés, à un détour par le concept d'impartialité objective. Ce concept, cher à la Cour européenne des droits de l'homme qui en est à l'origine et qui est fondé sur la théorie des apparences, impose que les tiers concernés puissent raisonnablement avoir la conviction que la prise de décision ou l'élaboration de celle-ci n'a pas été influencée par des intérêts autres que l'intérêts public, *a fortiori* par des suggestions venues de l'extérieur du processus décisionnel. De même que la composition d'un tribunal ne doit pas faire naître de doute légitime sur le degré d'indépendance et d'impartialité de ses juges, l'élaboration d'une norme technico-réglementaire par une instance experte ne doit pas être en mesure de laisser prise aux doutes d'un esprit raisonnable, tant au regard d'une situation effective de conflits d'intérêts qu'au nom d'une apparence de conflits d'intérêts.

Les liens d'intérêts ne sont donc pas, par eux-mêmes, révélateurs d'un conflit d'intérêts, le juge s'attachant, par une analyse *in concreto,* à en apprécier la teneur et l'effet sur l'avis, la recommandation et au final sur la décision prise. Les caractéristiques du lien d'intérêts doivent être propres à créer un doute légitime quant à l'impartialité de la procédure. Tout est affaire de circonstances et le juge administratif fait preuve d'une certaine souplesse dans son appréciation. La nature directe ou indirecte des liens est évidemment essentielle. Les liens doivent être suffisamment actuels, une trop importante ancienneté des liens par rapport à la date de la réunion de la commission ou, à l'inverse, l'existence de liens établis postérieurement à la réunion n'étant pas susceptibles de révéler l'existence de conflits d'intérêts. Les liens doivent être suffisamment étroit et révéler une forte intensité de sorte que le rapport jugé trop distendu entre les liens d'intérêts et l'affaire dont il est question de traiter permet également d'exclure une atteinte à l'impartialité.

Au total, il ne paraît pas évident d'obtenir du juge une annulation ou une suspension sur le fondement d'une atteinte au principe d'impartialité, encore faut-il avancer des preuves concrètes non seulement de l'existence de liens d'intérêts, mais surtout que ces liens ont eu une réelle influence sur l'avis ou la décision litigieuse. Un simple doute ou une ambiance de suspicion ne suffisent pas à révéler le conflit d'intérêt. Rares sont donc les sanctions prononcées par le juge administratif.

C'est une nouvelle expression de cette sorte de distanciation avec les réalités préoccupantes du secteur de la santé publique à laquelle est contraint le juge moins par les conditions d'exercice de son office, qui révèle des potentialités curatives, que par la volonté des législations et réglementations de maintenir le juge à distance raisonnable des processus de gestion du risque sanitaire. Le bilan ne peut dès lors qu'être contrasté et, *a fortiori,* décevant en comparaison des attentes légitimes des citoyens quant à la gestion du risque médicamenteux pour leur santé à la suite des révélations des scandales sanitaires. Le terrain de la responsabilité pour faute de l'Etat paraît, en contre point, bien plus favorable.

II.- Réparer les conséquences dommageables du scandale sanitaire

Avec le volet de la réparation, le juge administratif retrouve sans doute son terrain de prédilection, ses habitudes, sa méthodologie éprouvée ainsi que la figure paroxystique d'une justice bienveillante et restauratrice. Le régime juridique de la responsabilité administrative, qu'il a su forger patiemment, lui offre une latitude plus grande pour imposer sa conception de la bonne gouvernance du système de santé, du bon comportement des autorités publiques face à un risque avéré ou potentiel pour la santé publique.

Cette fonction réparatrice teintée de moralisation de l'action publique a sans nul doute atteint son apogée avec l'affaire du Mediator qui, à elle seule, concentre près de vingt ans d'évolution jurisprudentielle en matière de responsabilité médicale. Ce scandale a offert au juge l'occasion de construire et d'éprouver un modèle jurisprudentiel adéquat

de réparation des dommages qu'il sera en mesure d'appliquer si d'autres litiges de cette nature se présentent[301].

A.– La reconnaissance attendue d'une carence fautive imputée à l'Etat dans l'exercice des missions de pharmacovigilance

Pour le dire simplement et de manière synthétique, il résulte tant des jugements et arrêts des juges du fond que des arrêts du Conseil d'Etat que l'Etat se voit imputer une faute simple caractérisée par d'importants dysfonctionnements et carences dans l'exercice d'une mission de police administrative spéciale consistant dans la prévention des risques médicamenteux (pharmacovigilance), étant entendu que cette mission a été confiée par la loi à l'AFSSAPS (devenue entre-temps ANSM).

Ainsi, ce n'est pas la responsabilité de l'Agence qui est reconnue mais bien celle de l'Etat qui se voit imputer les carences de celle-ci. En outre, l'inaction reprochée à l'Agence constitue bien pour le juge administratif une faute *« de nature à »* engager la responsabilité de l'Etat. Autrement dit, une faute simple et non plus une faute lourde.

Cette caractérisation du fait dommageable dans le volet administratif de l'affaire du Mediator ne doit pas surprendre dans la mesure où cette solution s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle déjà bien balisée en matière de responsabilité pour faute en général et, plus particulièrement, dans les affaires précédentes du sang contaminé ou de l'amiante.

1 – L'imputabilité à l'Etat des carences de l'Agence

L'Etat peut-il voir sa responsabilité engagée et devoir indemniser des victimes qui ont subi des préjudices du fait non pas de son activité proprement dit mais en raison de celle d'une autorité indépendante chargée de la police sanitaire relative aux médicaments ?

La réponse du juge est sans appel. La circonstance que l'Etat français ait fait le choix, sur le modèle des agences américaines ou européennes, d'externaliser la mission de pharmacovigilance de son

[301] La Dépakine (valproate de sodium) va constituer un nouvel épisode judiciaire. Outre l'action de groupe intentée devant le TGI de Paris à l'encontre du laboratoire Sanofi, des victimes ont déposé un recours devant le tribunal administratif de Paris conte l'ANSM et l'Etat.

ministère de la santé vers une agence bénéficiant de la personnalité morale[302] n'enlève rien au fait que cette mission, qui s'analyse en une mission de police administrative spéciale, demeure sous sa propre responsabilité, c'est-à-dire *in fine* sous son contrôle quant à l'organisation et au fonctionnement[303]. L'Etat ne peut pas se départir de ses missions de sécurité, *a fortiori* de sécurité sanitaire. Il lui est loisible d'en organiser les modalités d'exercice toujours au sein de la sphère publique, sans jamais pouvoir en déléguer la responsabilité à une personne privée.

C'est le sens des dispositions de l'article L. 5322-2 du Code de la santé publique que rappelle les juges : la loi prévoit explicitement que les décisions du directeur général de l'Agence en matière de police sanitaire sont prises *« au nom de l'Etat »*. Ainsi, les juges du TA de Paris concluent, sans être démentis en appel ni cassation, que *« les décisions de retrait ou de suspension d'autorisation de mise sur le marché, si elles ressortent de la compétence de l'Agence, sont prises au nom de l'Etat dont la responsabilité peut seule être engagée à raison d'un exercice fautif par l'agence de son pouvoir de police sanitaire »*.

Cette imputabilité à l'Etat vient opportunément rappeler aux gestionnaires des administrations centrales qu'ils demeurent, *in fine*, les seuls responsable juridique et politique des décisions de police sanitaire, quelle que soit l'entité, indépendante ou non, à laquelle ils ont confié cette compétence. Le transfert de compétence à une autre entité publique ne doit pas conduire à la dilution de la responsabilité des décideurs publics[304].

2 – Le caractère fautif des carences de l'Agence

Du point de vue du fondement de la responsabilité, il est remarquable que les différents degrés de juridiction, qui ont eu à traiter de la question, n'ont manifesté aucun désaccord quant la qualification de l'inaction de l'Agence en faute simple.

Il faut dire que le terrain est ici également bien balisé tant sur la matérialité des faits que sur la qualification juridique de la faute.

---

[302] L'AFSSAPS était un établissement public administratif.

[303] Il avait été déjà jugé que seule la responsabilité de l'Etat pouvait être recherchée à raison de l'illégalité fautive d'une décision de l'AFSSAPS : CE, 27 octobre 2008, *Société Almirall*, req. n° 300389 ; CE, 2 mars 2011, *Société laboraoires Fénioux Pharm*, req. n° 335321.

[304] Sur ce point, le rapprochement avec l'affaire du sang contaminé jugée par le Conseil d'Etat en 1993 est manifeste.

Tout d'abord, l'établissement de la matérialité des faits constitutifs de la faute ne posait guère de difficulté au juge puisqu'ils avaient été amplement relatés, de manière particulièrement circonstanciée, par les divers rapports d'information parlementaire ainsi que, plus particulièrement, celui de l'IGAS[305]. Le tribunal administratif, puis dans son prolongement, le Conseil d'Etat y font implicitement référence ou reprennent même des formules de ce dernier. On y retrouve donc, de manière synthétique, la chaîne des principaux faits qui progressivement auraient dû alerter l'AFSSAPS de la dangerosité de la molécule Benfluorex contenue dans le Mediator et la conduire à agir en 1999 par une suspension de son AMM. Les juges n'ont donc eu aucun mal à déterminer l'inaction de l'Agence dès lors qu'elle a été en possession des informations médicales et scientifiques suffisantes pour caractériser l'inversion du rapport bénéfices / risques.

Cette analyse rétrospective conduit les juges à reconstruire la manière dont l'Agence était tenue d'agir. L'emploi du conditionnel passé est, de ce point de vue, révélateur de l'intention implicite de la juridiction administrative d'insister sur l'existence d'une obligation générale pesant sur l'autorité de contrôle de réévaluer périodiquement les effets de certains médicaments lorsqu'aux grés des signalements reçus, des doutes surgissent quant à la pertinence de leur AMM. Ainsi, il est remarquable que le tribunal administratif de Paris ait déplacé l'analyse de la faute sur le terrain de la violation d'une obligation préexistante de prévention des risques sanitaires alors que la requérante avait choisi de se placer sur celui de l'atteinte au principe de précaution. En effet, à compter de 1999, l'Agence n'est pas confronté à un doute scientifique sur les effets indésirables du Mediator mais, au contraire, dispose d'éléments d'information tangibles, précis et documentés qui exclue le doute scientifique et justifie une mesure de suspension immédiate. Ce qui exclue l'application du principe de précaution au profit du principe de prévention.

Sur le plan de la qualification juridique de l'inaction de l'Agence, la jurisprudence administrative offrait également un cadre largement propice à l'admission d'une faute simple, à rebours de la position ancienne adoptée par le Conseil d'Etat dans l'affaire du *Stalinon*. En effet, la Haute juridiction exigeait le principe d'une faute lourde pour condamner l'Etat à réparer l'éventuel préjudice causé aux victimes d'un médicament[306].

---

[305] IGAS, *Enquête sur le Mediator*, rapport RM 2011-001P, 15 janvier 2011.

[306] CE, Ass., 28 juin 1968, *Soc. Mutuelle d'assurances contre les accidents en pharmacie et Etablissements Février-Decoisy-Champion, Leb.,* p. 411 ; *RDP* 1969,

Toutefois, une série de précédents jurisprudentiels inclinaient à penser que la responsabilité de l'Etat à raison d'une défaillance dans la police et le contrôle des médicaments basculerait dans un régime de faute simple. Les considérations tenant à la difficulté et la technicité de l'activité de police en cause, jadis justifiant la faute lourde, ne paraissaient plus vraiment convaincantes.

D'une part, les missions de prévention et de contrôle sanitaire avaient été confiées depuis la loi du 4 janvier 1993 à une administration spécialisée (Agence du médicament puis AFSSAPS et aujourd'hui ANSM), précisément dans le but de répondre à la technicité de la matière. En rapport avec ses missions, elle disposait des prérogatives juridiques et matérielles lui permettant de surmonter les difficultés particulières de ce domaine et ainsi prévenir la réalisation de dommages médicamenteux. Autant il aurait été difficile de reprocher au ministre de la santé d'avoir autorisé la mise sur le marché du Mediator en 1974, autant il était devenu impossible de passer outre l'impéritie d'une administration spécialement pensée pour la gestion du risque pharmaceutique depuis 1993.

D'autre part, les activités de tutelle ou de contrôle, et surtout les activités de police administrative générale, avaient déjà connu d'importants assouplissements, laissant place à un régime de faute simple. La carence fautive dans l'exercice de l'activité de police était d'ailleurs réprimée par le juge qu'il s'agisse de l'abstention illégale à prendre une mesure de police[307] ou de la carence dans une activité matérielle de police[308].

Au surplus, l'opinion publique aurait été réticente à ce genre de limitations de responsabilité, particulièrement lors d'un scandale sanitaire.

Dans le domaine de la santé publique, les scandales du sang contaminé et de l'air contaminé (amiante) étaient emblématiques de cette évolution vers une plus grande responsabilité de l'Etat. La première affaire avait permis au Conseil d'Etat de trancher pour une faute simple dans l'organisation, le contrôle et la réglementation de la transfusion sanguine[309]. Dans la seconde affaire, la Haute assemblée avait confirmé

---

note M. WALINE. Initialement, le Conseil d'Etat exigeait une faute manifeste et d'une particulière gravité dans CE, 10 mai 1957, *Marbais*, *Leb.*, p. 307.

[307] CE, 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, *Leb.*, p.454 ; *AJDA* 2004, p. 988, note C. DEFFINGER.

[308] CE, Sect., 13 mars 1998, *Améon*, Leb., p.82 ; *D.* 2000, obs. P. BON et D. DE BECHILLON.

[309] CE, Ass., 9 avril 1993, B., G. et D., *Leb.*, p. 110, concl. H. LEGAL ; *AJDA* 1993, chron. C. MAUGÜE et L. TOUVET ; *D.* 1994, p. 63, obs. P. TERNEYRE et P. BON.

les arrêts ayant retenu que la carence de l'administration à prendre les mesures de prévention des risques liées à l'exposition aux poussières d'amiante était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat[310]. C'est dire que le chemin vers l'admission d'une carence fautive de l'Etat était donc largement tracé et la position adoptée dans l'affaire du Mediator s'inscrit parfaitement dans celui-ci.

Restait à apprécier la charge indemnitaire. Sur ce point, la solution du Conseil d'Etat laisse perplexe.

B.– L'ampleur réduite de la charge indemnitaire

Si les juges concluent au principe de la responsabilité de l'Etat dans l'affaire du Mediator, la question de la détermination exacte de la charge indemnitaire reste néanmoins à résoudre et révèle de sérieuses difficultés comme c'est souvent le cas dans de tels litiges. La raison est simple : ce n'est pas la carence de l'administration qui a causé directement les dommages mais l'absorption du Mediator par les victimes. Pour parvenir donc à engager la responsabilité de l'Etat du fait de la carence de son Agence, il est nécessaire de postuler deux liens de causalité. Le juge doit s'attacher à révéler, d'une part, un lien de causalité entre la carence et l'absorption du Mediator et, d'autre part, un lien de causalité entre l'absorption du Mediator et les préjudices invoqués. Chacune de ces deux causalités soulève des difficultés juridiques et techniques.

1 – La causalité entre les carences de l'Agence et l'absorption du Mediator

La particularité de ce contentieux indemnitaire, comme a pu le souligner le professeur Petit[311], tient à la relation tripartite qui existe entre les victimes (en tant que tiers), l'ANSM et plus largement l'État (en tant que contrôleur) et enfin les laboratoires Servier (en tant que fabricant contrôlé). Dès lors, il est difficile d'occulter la part de responsabilité des laboratoires Servier. Certes, sans l'action (délivrance de l'AMM) puis l'inaction (non suspension dans les temps de l'AMM) de l'AFSSAPS, la victime n'aurait pas ingéré du Benfluorex. Mais, préalablement, sans les

[310] CE, Ass., 3 mars 2004, *Xueref, Thomas et Botella*, *Leb.*, p.125 ; *D.* 2004, p. 973, note H. ARBOUSSET ; *ibid.* 2005, p. 26, obs. P.-L. FRIER ; *DS* 2004, p. 569, obs. X. PRÉTOT ; *RFDA* 2004, p. 612, concl. E. PRADA-BORDENAVE.
[311] J. PETIT, note sous TA Paris, 3 juillet 2014, *Mme A*, *RFDA* 2014, p. 1193.

laboratoires Servier, la victime n'aurait pas non plus ingéré du Benfluorex. A ce stade, les juges se trouvent nécessairement confrontés à une situation de coaction du laboratoire Servier et de l'Agence dans la réalisation du fait dommageable. On pourrait même dire qu'il s'agit en réalité d'une pluri-action des médecins prescripteurs, des pharmaciens distributeurs, des usages hors AMM de certains requérants sans prescription, *etc*.

Il est évident que les laboratoires Servier, par leurs agissements ont largement conduit à négliger et cacher les effets néfastes et dangereux liés à la prise du médicament qui étaient pourtant déjà connus. Ils ont de fait contribué de manière certaine à entretenir le doute quant à la nécessité de retirer ou de suspendre l'autorisation de mise sur le marché. Si les agissements du fabricant du médicament ont clairement contribué à la réalisation du dommage, ils ne sauraient cependant en être la cause exclusive.

Dès lors, la question se pose au juge implicitement ou explicitement de savoir si les fautes de Servier sont une cause d'exonération partielle ou totale de la responsabilité de l'Etat. Et c'est bien sur ce terrain que se sont placés l'Agence et le ministre, la responsabilité résultant des préjudices liés à l'absorption du Mediator incombant *« au premier chef au titulaire de l'AMM »*.

Sur ce point, le Conseil d'Etat n'a pas suivi les juges du fond[312]. Ces derniers, principalement le tribunal administratif de Paris, a en quelque sorte nié la part de responsabilité des Laboratoires Servier par un raisonnement en deux temps. Premièrement, le jugement adopte la théorie de la causalité dite de l'équivalence des conditions préférée à celle de la causalité adéquate. Il assimile la cause du dommage et les conditions nécessaires à sa réalisation, à savoir la carence fautive de l'Agence. La carence devient la cause exclusive et directe du dommage. Deuxièmement, le tribunal poursuit, assez logiquement, en refusant explicitement d'admettre l'exonération du fait du tiers en considérant que *« pour importantes que soient les fautes et les manœuvres imputables aux laboratoires, il n'y a pas lieu d'exonérer l'Etat pour tout ou partie de la responsabilité qu'il encourt »*. Autrement dit, pour les premiers juges l'Agence disposait des moyens matériels et juridiques propres à éviter la réalisation du dommage et de contourner les tentatives de désinformations et la stratégie commerciale de Servier. Le fait que le producteur du

[312] TA Paris, 3 juillet 2004, *Mme A*, *RDSS* 2014, p. 926, obs J. PEIGNE ; Puis, CAA Paris, 31 juillet 2015, *Mme A*, *AJDA* 2015, p. 1986, concl. F. ROUSSEL ; *RDSS* 2015, p. 927, obs. J. PEIGNE.

médicament ait tenté de tromper l'Agence demeure, pour le tribunal, sans incidence en termes de responsabilité. En somme, le jugement assigne à l'Agence une obligation de prévention des risques médicamenteux d'une particulière intensité.

Cette position des premiers juges a nécessairement des conséquences sur la répartition de la charge indemnitaire. En l'espèce, c'est une obligation de réparation *in solidum* qui est imposée à l'Etat. A charge pour lui, s'il s'y croit fondé, d'exercer éventuellement et à l'avenir *« une action récursoire à l'encontre des laboratoires Servier sur la base des fautes imputables à ceux-ci et ayant concouru à la réalisation des dommages »*.

Ainsi, on perçoit la volonté des juges de parvenir à une réparation adéquate, rapide et intégrale des victimes. René Chapus remarquait, à ce titre, que lorsqu'il n'est pas possible en fait de déterminer avec précision la part qui revient à chaque coauteur dans la réalisation du dommage et qu'ainsi l'analyse exacte de la causalité est tenue en échec, le juge administratif admet que la faute de l'administration coauteur est la cause de tout le dommage. L'application du principe de l'obligation *in solidum* est ainsi liée, selon l'auteur, à celle de l'équivalence des conditions[313].

Cette solution, qui prévaut en droit civil de la responsabilité, pouvait se justifier au regard de certains arrêts du Conseil d'Etat. Notamment, dans le volet administratif de l'affaire du sang contaminé, l'Assemblée du contentieux a jugé que l'Etat devait répondre pleinement de sa carence fautive dans l'organisation et le contrôle du service public de transfusion, sans pouvoir s'exonérer par les fautes imputables aux centres de transfusions sanguine, établissement public ou privé[314]. La solution est transposée dans le cas d'un dommage sur un patient lors de son transfert d'un établissement de santé à un autre, impliquant le SMUR, le SAMU et le SATU[315] ou pour l'articulation de responsabilité entre un CHU et une Université[316].

Le grand avantage de la reconnaissance d'une responsabilité *in solidum* est qu'elle favorise le sort des victimes face à une pluralité de fautes commises par une pluralité d'auteurs publics et privés. En effet, elle dispense les demandeurs de multiplier les actions juridictionnelles et

---

[313] R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, éd. La Mémoire du droit, réimp. 2010, p. 489.
[314] CE, Ass., 9 avril 1993, *D., G., B., précit.* et CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*.
[315] CE, 18 février 2010, *Aujollet*.
[316] CE, 02 juillet 2010, *Madranges.*

elle les prémunit contre le risque d'insolvabilité du coauteur des dommages. Ce dernier argument est toutefois peu pertinent dans le dossier du Mediator. En revanche, le premier a sa raison d'être en l'espèce, les actions civiles, pénales et l'indemnisation *via* l'ONIAM restant sujettes à caution[317].

Le Conseil d'Etat, dans l'un des trois arrêts de 2016 relatifs à l'affaire du Mediator, n'a pas suivi ce raisonnement. Il n'a pas accueilli d'exception à la règle traditionnelle en matière de responsabilité administrative délictuelle selon laquelle le fait fautif du tiers possède un effet exonératoire partiel ou total[318]. Le juge de cassation a considéré que si l'Etat ne peut s'exonérer de l'obligation de réparer intégralement les préjudices trouvant directement leur cause dans une faute de ses services, en invoquant les fautes commises par des personnes, publiques ou privées, avec lesquelles il collabore étroitement dans le cadre d'une activité de service public, il n'en va pas de même lorsqu'il invoque la faute d'une personne privée (tel un laboratoire pharmaceutique) qui est seulement soumise à son contrôle ou à celui exercé par une autorité qui agit en son nom (l'AFSSAPS en l'occurrence, devenue l'ANSM).

En effet, dans toutes les affaires citées plus haut, il existe une collaboration étroite entre les personnes publique et privée qui concourent à la réalisation du dommage et ce dans le cadre d'une activité de service public. Or, tel n'est pas le cas des rapports entre l'Agence et les laboratoires Servier. Ces derniers ne collaborent pas à une activité de service public de mise sur le marché des médicaments et le lien unissant Servier et l'autorité en charge de la police du médicament doit être regardé comme une relation qui existe entre un contrôleur et un contrôlé.

Dès lors, les victimes devront rechercher la responsabilité de l'Etat devant le juge administratif et tenter d'obtenir réparation pour les fautes des laboratoires soit devant la juridiction judiciaire, soit dans le cadre de la voie non contentieuse ouverte devant l'ONIAM (art. L. 1142-24-2 CSP).

Si une telle solution se comprend sur le plan juridique, elle n'apparaît pas très favorable à la réparation des victimes. Elle accroit leur parcours du combattant devant les juridictions ou l'ONIAM, pire elle rejette à plus tard leur réparation intégrale. En effet, comment les juges du fond pourront-ils apprécier la part des torts respectifs de l'administration et de Servier ? Il ne faut pas négliger qu'à ce jour les seules

[317] Voir dans ce numéro spécial, les contributions des professeurs M. Romain OLLARD et M. Jonas KNETSCH (*supra*).
[318] CE, 23 juin 1916, *Thévenet* ; CE, Sect., 16 mai 1951, *Veuve Pintal.*

condamnations civiles obtenues l'ont été sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait des produits défectueux, ce qui n'implique par définition pas de faute. Du côté du volet correctionnel, susceptible d'apporter d'importants éclaircissements sur les agissements des laboratoires Servier, il est en cours devant le TGI de Paris et ne se profile pas avant l'année 2018. De ce point de vue, la solution du tribunal administratif de Paris consistant à imposer une responsabilité *in solidum* n'était pas totalement absurde.

2 – La causalité entre l'absorption du Mediator et les préjudices invoqués

Tout comme devant l'ONIAM ou devant le juge pénal, les conséquences médicales liées à la prise de ce produit sont encore scientifiquement en débat. Le juge administratif se trouve donc contraint de renvoyer à une expertise le soin de déterminer si le Benfluorex a pu causer les pathologies de chaque demandeur quand bien même le juge conclut à la dangerosité avérée pour la santé du produit. Cela peut paraître paradoxale en apparence. Toutefois, l'examen global de la dangerosité soutient la démonstration de l'inaction fautive de l'Agence. Elle n'a pas vocation à déterminer si, pour le cas du demandeur, le Benfluorex a pu causer ses propres dommages.

Il convient de remarquer que face à une indétermination scientifique persistante, le juge administratif n'est pas totalement démuni pour réparer les victimes. C'est le cas pour certaines victimes du vaccin de l'hépatite B dont il demeure encore incertain qu'il puisse être directement la cause du développement de sclérose en plaque (SEP) chez certains individus vaccinés. Le juge administratif, sans dépasser sa mission juridictionnelle pour sombrer dans le domaine scientifique qu'il ne connaît pas, opte néanmoins pour une appréciation plus compréhensive de la causalité en tenant compte de conditions particulières propres à l'état de santé du demandeur, notamment ses antécédents, et de la temporalité étroite entre l'inoculation du vaccin et l'apparition des premiers symptômes d'une SEP ou l'évolution de la SEP post-vaccination[319]. La solution est d'autant plus libérale qu'une telle conception du juge tend à gommer les effets des évolutions constatées dans les connaissances scientifiques sur le sens de l'expertise. La justice suit l'avis de l'expert jusqu'au terme de la procédure et des voies de recours ouvertes aux

[319] Solution inaugurée en 2007 par CE, 9 mars 2007, *Mme Nadine A*, puis confirmée par CE, 10 avril 2009, *Mme Christine A*, req. n° 296630. Le Conseil d'Etat semble être allé plus loin dans un arrêt du 27 mai 2015.

requérants. Manière de neutraliser en définitive la longueur parfois excessive des procédures juridictionnelles en ce domaine, laquelle pourrait rejaillir sur les conclusions de l'expertise et nuire à la réparation de la victime des dommages.

Le scandale du Mediator est donc loin d'avoir encore trouvé devant le juge administratif une issue pleinement favorable aux victimes en dépit de la reconnaissance désormais officielle de la responsabilité de l'Etat dans la réalisation de leurs dommages.

Certes, la juridiction administrative a su mettre en lumière les déficiences du contrôle étatique des effets nocifs d'un médicament pour la santé publique. Mais, c'est aussi le constat de sa propre incapacité à offrir en amont aux patients les garanties juridictionnelles adéquates contre les errements et pratiques défaillantes des administrations censées être spécialisées et particulièrement expertes pour se charger d'exercer la police sanitaire.

Certes, les exigences d'une bonne administration du risque sanitaire, censée garantir sur le plan administratif et procédural la survenance de dommages graves, ont *in fine* été rappelées par le juge avec force. Mais, c'est avec un temps de retard considérable et seulement au stade ultérieur de la réparation.

Sur le chemin de son contrôle de légalité, le juge bute, à son tour, sur la *pietra scandali* (pierre d'achoppement) laissée par les gouvernants et législateurs successifs qui ont cru bon depuis près de trente ans d'externaliser le recueil, l'analyse, le traitement et la gestion des risques sanitaires à une nébuleuse d'administrations spécialisée, indépendantes et expertes sans en organiser étroitement le contrôle juridictionnel, les laissant ainsi pratiquement à l'abri de toute contradiction en provenance du principal bénéficiaire de la protection de la santé publique : le patient citoyen. A l'heure où la restauration de la confiance des citoyens dans le système de santé est au cœur des préoccupations des législations qui se succèdent et imposent plus de transparence, de probité et d'impartialité dans l'action publique, en somme une bonne gouvernance, il ne serait sans doute pas inutile de faire un retour en matière de protection de la santé publique à l'un des éléments fondamentaux d'un Etat de droit fondé sur un contrôle démocratique de toute action publique : le juge, spécialement le juge administratif.

Les médias : héros ou coupables ?

Catherine FRUTEAU

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de La Réunion

« *Les empoisonneurs de l'opinion publique* ». Voilà comment en 1792, un arrêté de la Commune de Paris évoque ceux qu'on nommera plus tard les journalistes[320].

Cette assimilation des journalistes à des empoisonneurs offre une belle opportunité de s'interroger pour savoir quel rôle ont joué les médias dans les divers scandales sanitaires qui ont ébranlé la France ces dernières années.

Les médias, héros ou coupables ? Cet intitulé, un peu provocateur, laisse entendre que les médias auraient soit sur-joué leur rôle pour devenir alors des héros des temps modernes, soit « sous joué » leur rôle et seraient ainsi en partie responsables des conséquences néfastes desdits scandales.

Pour répondre à cette question, il convient de cerner le rôle du journaliste en France.

Effectivement, le journalisme à la française est d'évolution relativement récente, car ce n'est qu'avec la promulgation de la loi relative à la liberté de la presse[321], le 29 juillet 1881 que la pratique de l'enquête et du reportage s'est affirmée favorisant un véritable journalisme d'information.

Le journaliste a ainsi pour mission de fournir des nouvelles fiables, sérieuses et compatibles avec l'intérêt du public. Comme le rappelle inlassablement la Cour européenne des droits de l'homme, la presse joue en cela un rôle éminent dans toute société démocratique dont elle est « le chien de garde »[322].

---

[320] *In* H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales,* 1re éd., Armand Colin, 2003, n° 286.

[321] Loi 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, *JO* du 30 juillet 1881.

[322] CEDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, série A, n° 216, pp. 29-30, § 59.

En matière sanitaire, ce rôle est d'autant plus sensible, car les médias ont une responsabilité accrue envers les personnes dont ils influencent le comportement.

Face un risque sanitaire, le rôle du journaliste est soit de lancer l'alerte pour mettre en garde le public, soit de relayer cette alerte afin de l'amplifier.

Le prérequis de la définition étant posé, que penser des médias en France : héros ou coupable ?

Par définition, le héros, nous dit-on, est une personne qui accomplit des exploits avec un courage exceptionnel.

L'analyse des différentes affaires sanitaires en France révèle que les médias n'ont pas accompli d'exploits.

Alors même qu'ils ont un rôle de lanceur d'alerte en vertu du travail d'enquête qu'ils ont à accomplir sur les informations susceptibles d'intéresser le public, la révélation des différents scandales n'a jamais eu pour point de départ la presse ou les médias. En effet, excepté le cas du Mediator où l'alerte a été lancée par le Dr Frachon, dans toutes les autres affaires - le sang contaminé, les prothèses PIP, la Dépakine avec Marine Martin – ce sont les victimes qui ont dû saisir la justice pour faire reconnaître leur droit et informer les autres patients.

Néanmoins, si les médias ne sont pas à l'origine du scandale, ils participent incontestablement à la divulgation de l'information, il joue ce rôle d'amplificateur qui contraint à une réaction des autorités publiques. Pourtant, même dans cette seconde hypothèse, il est impossible de glorifier le travail médiatique tant les délais anormalement longs de divulgation des scandales obligent à s'interroger sur la volonté des médias de traiter de telles informations.

Dès lors, loin d'être héroïques, loin de sur-jouer leur rôle, les médias apparaissent, en matière sanitaire, défaillants à remplir leur mission de chien de garde. Oui, il crie au loup, mais un peu tard !

Les journalistes sont-ils pour autant coupables ?

L'analyse du rôle des médias en période de crise est toujours un exercice périlleux, car il faut éviter de tirer sur le messager.

Shakespeare le faisait dire à Antoine en 1607: « *Les mauvaises nouvelles sont fatales à celui qui les apporte* »[323].

Pourtant en focalisant sur le bouc émissaire ainsi désigné - l'indice de confiance des français a chuté en 2016 à 24%[324] - on évite de chercher les vraies responsabilités !

Avant de prononcer, ou non, la culpabilité, des médias dans le traitement des scandales sanitaires, il convient de comprendre les raisons qui ont menées à une sous information du public, à une information retardée.

La première raison avancée serait la difficulté à apprécier la fiabilité de l'information. Le premier problème en la matière serait alors un problème de compétence. Certes, il faut avoir des connaissances médicales suffisantes pour comprendre ces informations et les analyser. Or, il est vrai que les journalistes spécialisés en la matière sont peu nombreux.

Pour autant, une telle justification ne saurait être suffisante pour expliquer le silence longtemps gardé par les médias sur des risques sanitaires connus, car à chaque fois que des informations ont fini par être divulguées, elles l'ont été par des journalistes non spécialisés, par la presse généraliste.

S'il est incontestable que la matière médicale exige du journaliste un niveau de compétence certain, le reproche qui est fait à la presse n'est pas tant de ne pas avoir découvert le risque que de ne pas l'avoir divulgué. La critique porte moins sur l'absence d'investigation que sur l'absence de divulgation.

Pourquoi cette réticence, et même disons le franchement, cette peur des médias à diffuser des informations issues de sources fiables?

Deux hypothèses peuvent être formulées.

La première est que les médias seraient réticents à publier des informations sur des sujets sanitaires par crainte d'une action en justice. Le risque judiciaire viendrait alors expliquer le choix de ne pas diffuser l'information pour éviter d'être juridiquement

[323] W. SHAKESPEARE, *Antoine et Cléopâtre*, 1607, acte I, scène 2.
[324] *Rapport de l'Observatoire de la Déontologie de l'Information pour l'année 2016.*

sanctionné. Nous verrons, dans un premier temps, que cette crainte du risque judiciaire est injustifiée (I).

La deuxième hypothèse qui peut alors être proposée pour expliquer l'attitude des médias face aux scandales sanitaires est la crainte toujours, mais cette fois, d'une sanction économique. La divulgation d'informations compromettantes, pour un laboratoire notamment, pourrait avoir des conséquences financières sur le journaliste, lui-même, ou, plus sûrement, sur l'entreprise de presse. Face aux risques d'une perte financière, face à ce risque économique, le choix du journaliste serait alors de ne pas diffuser l'information. Nous verrons, dans un second temps, que cette crainte du risque économique est tout à fait légitime (II).

I.- Le risque judiciaire : une crainte injustifiée

Face à une information médicale dont ils ont du mal à saisir les tenants et les aboutissants, la crainte du journaliste de publier des éléments erronés est louable.

La Charte d'éthique professionnelle précise qu' « *un journaliste digne de ce nom : Tient l'esprit critique, la véracité, l'exactitude (...) pour les piliers de l'action journalistique* »[325].

Cependant, si cette prudence doit être inhérente à la pratique journalistique, elle ne peut justifier la frilosité à diffuser des informations.

En effet, la crainte du risque judiciaire est infondée, car, d'une part, le journaliste est davantage protégé lorsqu'il diffuse des informations qui relèvent d'un débat d'intérêt général (A). Et, d'autre part, les juges français se montrent particulièrement bienveillants à l'égard des journalistes lorsque ce débat a trait à la santé publique (B).

[325] *Charte d'éthique professionnelle*, SNJ, 1918/38/2011.

A.– Un débat d'intérêt général

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme appréhende la liberté d'expression, non pas comme un droit sacré, tel qu'exprimé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, mais comme un droit démocratique, c'est-à-dire relatif, car soumis à certaines restrictions.

Les exceptions à la liberté d'expression appellent cependant une interprétation étroite. Le besoin de restreindre la liberté d'expression ne sera établi de manière convaincante, selon les critères classiques énoncés par la Cour européenne que s'il est prévu par la loi, s'il poursuit un but légitime et qu'il est nécessaire dans une société démocratique.

Les textes permettant de restreindre la liberté d'expression en France ne posent pas de difficultés quant à la caractérisation du critère de prévisibilité de la loi et de la légitimité du but poursuivi. L'appréciation du caractère litigieux de la publication se focalise donc sur la nécessité de la mesure dans une société démocratique et c'est dans l'application de ce critère que la Cour européenne des droits de l'homme exige un contrôle de proportionnalité entre l'ingérence étatique et le but poursuivi. Or, la Cour a depuis longtemps indiqué que lorsque nous sommes dans le cadre d'un débat d'intérêt général, il faut faire preuve de davantage de tolérance.

Incontestablement, les questions de santé publique et de sécurité sanitaire relèvent d'un tel débat. C'est d'ailleurs dans un arrêt Hertel contre Suisse du 25 août 1998[326] à propos de la publication d'un article de presse sur les effets nocifs de la cuisson au micro-ondes et donc à partir d'une question de santé publique, que la Cour européenne a énoncé, pour la première fois, cette notion de débat touchant l'intérêt général.

Dès lors, les journalistes bénéficient d'une plus grande tolérance lorsqu'ils diffusent des informations relatives à un risque médicamenteux ou un scandale sanitaire.

Le risque judiciaire s'amenuise.

Mais il faut bien comprendre que l'existence d'un débat d'intérêt général est un critère d'appréciation et non une condition de licéité de la publication : un journaliste pourra évidemment être condamnée même en

[326] CEDH, 25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, req. n° 25181/94.

présence d'un débat intérêt général s'il s'avère que ces propos sont particulièrement attentatoires à d'autres droits, la vie privée par exemple[327].

Pourtant, cette notion d'intérêt général « *n'en finit pas d'irradier notre droit de la presse* »[328] et l'étude de notre jurisprudence révèle qu'au-delà de la tolérance exigée par le droit européen, les juges français, dans un contexte de santé publique, se montrent particulièrement bienveillants à l'égard de la liberté d'expression (B).

B.– La bienveillance des juridictions françaises

Les décisions rendues suite à la divulgation par les médias et, notamment la presse, des scandales sanitaires attestent effectivement d'une souplesse des magistrats dans l'appréciation des publications litigieuses, et ce, non seulement lorsque l'action est fondée sur le droit commun, mais également lorsque l'action relève du droit spécial de la presse.

En ce qui concerne le droit commun, les publications révélant des risques médicamenteux ont souvent fait l'objet d'action en justice sur le fondement de dénigrement de produit ou encore sur celui de l'atteinte à la présomption d'innocence des laboratoires commercialisant ces produits.

S'agissant des actions en dénigrement de produit, le premier exemple concerne bien sûr le livre d'Irène Frachon consacré au Mediator, dont le sous-titre posait la question « Combien de morts ? ».

Les Laboratoires Servier avaient obtenu, de façon surprenante, du TGI de Brest, saisi sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil, la suppression immédiate de la mention[329]. La Cour d'appel de Rennes, le 25 juin 2011 va infirmer l'ordonnance en rappelant bien sûr que cette publication intervenant dans le cadre d'un débat de santé publique, ce débat accroît la liberté d'expression de ces acteurs[330]. Mais ce qui est notable dans cette décision, c'est que, les juges vont largement

---

[327] Sur ce point, V. C. BIGOT, « Liberté d'information, liberté de création et intérêt général », Compte rendu du Forum Légipresse du 6 octobre 2016, *LP* n° 344.
[328] C. MAS, « L'intérêt général n'en finit pas d'irradier le droit de la presse », *LP* 2017, n° 348.
[329] TGI de Brest, ord. réf., 7 juin 2010, *SAS Laboratoire Servier c/ Société Loisirs et Culture*.
[330] CA Rennes, 1re ch. A, 25 janvier 2011, *Société Loisirs et Culture c/ SAS Laboratoire Servier*.

insister sur le fait qu'à la date de la saisine du tribunal en 2010, les laboratoires Servier ne pouvaient ignorer les risques liés à la prise du Mediator. Or, l'ignorance ou la connaissance par le laboratoire de ces informations ne les prive pas de leur pertinence dans l'appréciation de l'absence de dénigrement. Cette motivation surabondante manifeste la volonté des juges de garantir dans ce type de contentieux la plus grande liberté d'information.

Cette position des juges du fond n'est d'ailleurs pas liée à la dangerosité du médicament ou à l'ampleur du scandale. Ainsi, le tribunal de grande instance de Paris en 2011 a également conclu à l'absence de dénigrement fautif de la part d'une revue médicale, car cette dernière est destinée à émettre une appréciation critique sur les mérites ou effets secondaires des médicaments[331].

Et, cette liberté de critique s'étend également aux personnes.

Suite à plusieurs articles de presse expliquant le rôle des laboratoires dans la mise en circulation ou plus fréquemment le maintien sur le marché de produits nocifs, de nombreuses actions ont été intentées pour atteinte à la présomption d'innocence sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil. À chaque fois, ces demandes ont été rejetées par les tribunaux en ce que les articles ne tenaient pas la culpabilité des demandeurs pour acquise. Ainsi, pendant l'instruction de l'affaire du Mediator, il était reproché, dans un ouvrage, à Jacques Servier d'avoir abusé de ses relations avec des experts et personnalités politiques pour obtenir l'autorisation de mise sur le marché du Mediator et le maintien de sa commercialisation. Les juges ont considéré que l'expression publique des auteurs ne saurait être restreinte par la protection de la présomption d'innocence, car le débat judiciaire ne relève ni de leur compétence ni de leur expression et qu'il n'y est donc pas porté atteinte[332]. À partir du moment où la publication n'intervient pas dans le cadre du débat judiciaire, la présomption d'innocence doit céder la place à la liberté d'expression. En matière de santé, le droit à la présomption d'innocence s'arrête aux portes du débat judiciaire !

Si les journalistes ont donc peu à craindre du pouvoir judiciaire sur le fondement du droit commun, on aurait pu penser qu'il en aurait été autrement sur le fondement du droit spécial de la presse.

---

[331] TGI Paris, 17e ch., 2 mars 2011, *Société Astellas Pharma, c/ Association Mieux Prescrire*.
[332] TGI Paris, 17e ch., 12 juin 2013, *JP Servier et a. c/ P. Even*.

Et pourtant, encore une fois, l'analyse des décisions rendues en la matière met en lumière la très grande bienveillance des juges français.

Les risques de condamnation suite à une action en diffamation sur le fondement de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 doivent tout d'abord être relativisés, car toute sanction est exclue lorsque l'auteur des propos rapporte soit la preuve de sa bonne foi, c'est l'exception de bonne foi, soit la preuve de la véracité des propos, c'est l'exception de vérité. Or dans le contexte qui nous occupe aujourd'hui, il est peu probable qu'une telle sanction soit prononcée. Soit le journaliste a bien fait son travail, mais c'est faux, et il pourra se prévaloir de l'exception de bonne foi. Soit le journaliste a bien fait son travail et c'est vrai, il pourra alors se prévaloir de l'exception de vérité. Il n'y a donc pas en matière de diffamation, à proprement parler, de risque judiciaire.

La bienveillance des juges éclate au grand jour en ce qui concerne l'injure, et ce, malgré l'opposition de la Cour de cassation.

En effet, sous l'influence de la CEDH, la bonne foi du journaliste, exclusive d'une condamnation, est retenue lorsque la publication contribue à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle.

Mais pour autant la preuve de ces deux critères est, en principe, insuffisante pour accorder le bénéfice de la bonne foi dans les cas où les propos sont outranciers ou lorsqu'une animosité personnelle est caractérisée.

Une fois encore, dans un débat de santé publique, les juges du fond semblent moins enclins à vérifier ces deux dernières conditions.

Le quotidien Libération avait publié en une, un éditorial intitulé « *Après le Mediator, le Protelos. Servier Récidive* »[333] dans lequel le laboratoire Servier était accusé « *d'ériger le mensonge et la manipulation en modèle économique* », de « *transformer des poisons violents en usine à cash »* ou encore *« de multiplier les écrans de fumée pour masquer le rapport entre les médicaments et les patients qui décèdent* ». Les juges du fond, en 2013 et en 2014 avait relaxé l'éditorialiste en soutenant que « *la bonne foi ne pouvait être refusée ni aux motifs que les propos seraient dénués d'objectivité ou d'impartialité ni que leur auteur aurait manqué de prudence et de retenue dans l'expression* »[334].

[333] *Libération*, 7 septembre 2011.
[334] CA Paris, 20 mars 2014, *Les laboratoires Servier c/ N. Demorand*.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 15 décembre 2015[335] censure la décision de la Cour d'appel de Paris en jugeant que, nonobstant le fait qu'il s'agisse d'un éditorial traitant d'un sujet d'intérêt général, la cour d'appel ne s'est pas assez expliquée sur la prudence et la mesure dans l'expression. Il est, en effet, indispensable de créer un équilibre entre la liberté d'expression et la protection des droits d'autrui.

Pourtant, en matière de scandales sanitaires, cet équilibre est rompu à l'avantage des médias. Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles, le 29 novembre 2016[336], s'opposant à la Cour de cassation, juge qu'au vu de la gravité des éléments relevés à la charge des laboratoires Servier et de la diversité des sources, il ne peut être reproché au prévenu d'avoir manqué de prudence ou de mesure dans l'expression.

Face à une telle décision, l'idée même d'un quelconque risque judiciaire disparaît.

Il reste alors à envisager une dernière hypothèse, celle de l'interdiction de publication d'actes couverts par le secret de l'instruction prévue par l'article 38 de la loi de 1881. Si effectivement une sanction peut intervenir en la matière, elle ne justifie pas la crainte des médias.

Parmi les sources d'information du journaliste, les informations couvertes par le secret de l'instruction occupent une place majeure, car elles accréditent la véracité des éléments rapportés.

Ayant pour finalité de garantir le secret de l'instruction et donc, la présomption d'innocence, l'article 38 mérite la plus grande vigilance des juges dans leur contrôle de proportionnalité. Pourtant, les juridictions françaises, une fois encore, donnent la priorité au débat en favorisant l'intérêt général, notion qui n'apparaît pourtant pas dans la loi de 1881.

Toujours dans l'affaire du Mediator, les laboratoires Servier avaient poursuivi le journal Le Figaro suite à la publication d'extraits de procès-verbaux d'audition d'une visiteuse médicale.

La Cour d'appel de Paris retient qu' « *une telle publication n'était pas de nature à porter atteinte au droit du laboratoire à bénéficier d'un procès équitable et à l'impartialité de la justice puisqu'elle concernait un simple témoignage non décisif, recueilli au cours d'une information*

[335] Crim, 15 décembre 2015, *Les laboratoires Servier c/ N. Demorand*, *LP* 2016, n° 334 et 337.
[336] CA Versailles, 8e ch., 29 nov. 2016, *Les laboratoires Servier c/ N. Demorand*, *LP* mars 2017, n° 347.

judiciaire complexe et nécessairement de longue durée sans que l'on puisse préjuger de l'échéance à laquelle pourrait avoir lieu un procès sur le fond ni même de la certitude d'un tel procès »[337]. La faveur des magistrats pour la liberté d'expression est manifeste. Néanmoins, ils peinent, on le constate, à trouver une motivation solide. Les actes couverts par le secret de l'instruction ne peuvent en principe être divulgués. Si l'intérêt général justifie davantage de tolérance, il ne peut conduire à introduire une distinction entre les informations selon qu'elles sont décisives ou non, selon leur impact sur la procédure qui par définition n'a pas abouti.

Le risque d'une sanction du journaliste sur le fondement de l'article 38 apparaît donc aujourd'hui, lui aussi minime. Mais il faut néanmoins rester prudent, car la France vient récemment d'être rappelée à l'ordre par la Cour européenne dans un arrêt rendu le 1er juin 2017, dans l'affaire Bettencourt[338].

La Cour insiste notamment sur le fait que l'existence d'un débat d'intérêt général – qui certes n'était pas un débat de santé publique – ne constitue pas un blanc seing à la publication d'actes de procédure couverts par le secret d'instruction.

Cette décision nous apparaît être bienvenue, car si la nature du débat justifie que la liberté d'expression soit particulièrement protégée ce qui, reconnaissons-le, est le cas, il ne peut servir de prétexte à la violation des droits d'autrui.

Il demeure, au regard de ces exemples, que dans un contexte de santé publique, les médias bénéficient d'une protection maximum de leur liberté d'expression. Il n'y a pas de risque judiciaire à proprement parler. Aussi, la crainte d'une éventuelle sanction des juges ne peut légitimement justifier la réticence des médias à traiter des informations sur les médicaments.

Afin de comprendre ce comportement, il faut alors quitter la sphère judiciaire pour s'intéresser à la sphère économique.

Effectivement, la crainte d'une sanction économique apparaît davantage légitime (II).

---

[337] CA Paris, Pôle 2, ch. 7, 24 octobre 2012, *Société du Figaro c/ Laboratoire Servier*, *LP* 2014, n° 299.

[338] CEDH, 1er juin 2017, *aff. Giesbert et a. c/ France*, req. n° 68974/11, 2395/12 et 76324/13.

II.- Le risque économique : une crainte légitime

Selon sa définition même, posée par le Code du travail[339], qui dit journaliste, dit entreprise : qu'il s'agisse d'une entreprise de presse, ou une entreprise de communication au public. Comme toute entreprise, les entreprises de presse sont soumises à la pression du marché, car pour continuer à publier, il faut continuer à exister.

Les médias souffrent, comme nous le verrons dans un premier temps, d'une grave dépendance économique (A). Une pathologie qu'il faut impérativement soigner, car aujourd'hui encore, et nous le verrons, dans un second temps, l'indépendance des médias est à conquérir (B).

A.– La dépendance économique des médias

Les entreprises de presse et de communication au public sont dépendantes économiquement de leur financeur.

Les ressources tirées de leur public (prix de vente, abonnement) ne suffisent plus aujourd'hui à assurer leur solvabilité. Les entreprises de presse et de communication au public sont aujourd'hui obligées de diversifier leurs activités en s'ouvrant à la communication, en recherchant en permanence des publicités et des sponsors. Mais elles doivent également rechercher de nouveaux actionnaires qui ne sont pas liés à l'activité journalistique : l'entrée de Serge Dassault dans le capital du groupe Hersant, la participation de Patrick Drahi au capital de Libération, L'express ou dernièrement BFM TV, la prise de contrôle par le groupe Bolloré du groupe Vivendi, donc de Canal + et I-Télé, l'atteste.

Le constat est encore plus vrai en ce qui concerne la presse spécialisée et évidemment la presse médicale. La presse médicale s'adresse à des professionnels de santé et son financement provient essentiellement des encarts publicitaires achetés par des entreprises produisant des médicaments ou des dispositifs de santé.

Le modèle est logique en soi : tout annonceur vise le public capable d'acheter ses produits et en matière médicale, de les prescrire c'est-à-dire de les faire acheter. Mais ce modèle, qui n'est pas propre à la France, est pernicieux.

[339] Art. L 7111-3 C. du travail.

En effet, ce mode de vie sous perfusion pèse considérablement sur l'activité journalistique, car les médias sont désormais sous la dépendance des actionnaires et des financeurs. Les rédactions des médias subissent les pressions des actionnaires tantôt pour mettre en valeur une information, tantôt pour la minimiser, ce qui conduit à une information biaisée voir parfois censurée.

Les financeurs, conscients de leur pouvoir, s'arrogent le droit de donner des consignes aux rédactions, de retarder un article qui pourrait avoir des conséquences négatives sur la vente de tel ou tel médicament, de relire les articles voir de les corriger avant que ne soit signé le bon à tirer… Ainsi, la revue Impact-Médecine a laissé les experts des laboratoires Servier tronquer un article relatif aux effets indésirables du Mediator, à l'insu de la journaliste scientifique qui l'avait rédigé[340].

Cette mainmise des financeurs ne se limite pas à censurer des informations, mais conduit également les rédactions à publier des articles à visée publicitaire sous une forme pseudo-scientifique, c'est la technique du publi-reportage, de la publicité déguisée en information.

Cette pratique est critiquable pour le droit du public à une information claire et impartiale, mais elle devient dangereuse lorsqu'elle a trait à la santé et que l'on sait qu'une personne sur quatre ne fait pas la distinction entre le reportage et la publicité déguisée. Même un mensuel que l'on croit au-dessus de tout soupçon, n'échappe pas à une forme d'ambiguïté entre publicité et éditorial. En avril 2016, le Monde diplomatique a publié un supplément sur la santé en Afrique francophone avec une typographie et une mise en page qui laissaient croire que la publication était de la responsabilité de la direction de la rédaction ce qui n'était pas le cas.

Les journalistes eux-mêmes ne sont pas exempts de toutes critiques. Ils ne peuvent aujourd'hui, au regard des différents scandales qui se sont succédé en France, ignorer le but des manipulations d'information et leur dangerosité potentielle en termes sanitaires.

Pire, ils continuent d'effectuer ce que l'on nomme « des ménages » dans la profession. De nombreux journalistes santé effectuent des prestations rémunérées pour les industries pharmaceutiques : animation des congrès pour les industriels, formation mise en place par les laboratoires sans parler, quand même, des voyages offerts, le plus souvent au soleil, pour couvrir un symposium.

---

[340] Y. POIRMEUR, « La liberté de l'information médicale », Légicom n° 49, 1er janvier 2013.

On voit alors ici disparaître le journaliste d'investigation au profit, au mieux, d'un journalisme de communication ou de validation, et au pire, d'un journalisme de connivence.

La dépendance financière fait naître des conflits d'intérêts manifestes qu'il apparaît aujourd'hui très difficile de combattre. Si l'indépendance des médias à l'égard des pouvoirs publics est acquise, l'indépendance économique reste à conquérir (B).

B.– Une indépendance à conquérir

Les conflits d'intérêts entre les médias et les laboratoires, les industriels sont incontestables, mais les solutions pour résoudre cette difficulté peinent à émerger. Des dispositions existent afin d'endiguer les conflits d'intérêts mais elles apparaissent trop déficientes face à l'ampleur du problème.

D'une part, les règles déontologiques sont inefficaces et, d'autre part, les solutions légales apportées sont insuffisantes.

Les conflits d'intérêts en matière de journalisme ne sont pas une nouveauté et la question de l'indépendance des journalistes et des entreprises de presse constitue depuis longtemps un impératif déontologique.

Ainsi, dès 1918, la Charte des devoirs professionnels des journalistes français précise qu' « *Un journaliste digne de ce nom ne touche pas d'argent d'une entreprise privée où sa qualité de journaliste, ses influences, ses relations seraient susceptibles d'être exploitées ; il ne signe pas, de son nom, des articles de réclame commerciale ou financière* ».

Sur le plan international, la déclaration de Munich de 1971 exhorte les professionnels à « *Ne jamais confondre le métier de journaliste avec celui du publicitaire ou du propagandiste ; n'accepter aucune consigne, directe ou indirecte, des annonceurs. Refuser toute pression et n'accepter de directives rédactionnelles que des responsables de la rédaction* ».

Conscients des risques en matière sanitaires, l'Union des annonceurs et le Syndicat national de la presse médicale et de l'édition des professions de santé ont, en 1967 élaboré une *Charte d'éthique de la publicité pharmaceutique* qui s'intitule, depuis 1989, *Information sur le médicament et publicité rédactionnelle*. Le texte prévoit que les

annonceurs doivent se garder d'intervenir dans la rédaction d'un organe de presse et que les éditeurs doivent s'abstenir d'accepter pour publication une rédaction fournie par les laboratoires pharmaceutiques. Il précise également qu'en cas de publicité rédactionnelle, la mention « *information communiquée ou obtenue en collaboration avec le laboratoire X* » doit figurer en tête de la publication.

Toutes ces règles ont démontré leur inefficacité. Elle relève en effet de l'autodiscipline. Or, si la question d'une instance d'autorégulation déontologique pour les journalistes a été posée dès 1898, elle a toujours été refusée par la profession, car envisagée comme attentatoire justement à l'indépendance des journalistes.

En l'absence de sanctions disciplinaires, ces règles déontologiques ne sont que des vœux pieux dépourvus de toute efficacité.

Malheureusement, les dispositions légales applicables à la matière demeurent également largement insuffisantes.

Certes l'État réserve le bénéfice d'avantages fiscaux et d'aides à la distribution aux seules publications qui ont une véritable fonction informative et ne sont pas de simples organes de communication[341]. Le Conseil d'État admet que cette aide puisse être retirée à une publication qui « *en dépit de certaines précautions, expose sous un jour favorable des conduites thérapeutiques (…) qui sont susceptibles de détourner les malades de thérapies conformes à l'état actuel des connaissances scientifiques* »[342]. Dans une certaine mesure, cette sanction pourrait être appliquée en cas de publicité rédactionnelle. Néanmoins, il ne faudrait pas que le remède soit pire que le mal car en supprimant les aides publiques, les entreprises de presse deviendraient alors totalement dépendantes des entreprises privées.

La loi du 29 décembre 2011 renforçant les contrôles sur les liens d'intérêts a certes étendu l'obligation de déclaration de l'article L. 1453-1 du Code de santé publique aux entreprises éditrices de presse, de services de radio ou de télévision et de services de communication au public en ligne. De même, les articles doivent désormais être signés et faire apparaître les liens d'intérêts de leurs auteurs.

Pour autant une telle déclaration, au-delà des difficultés liées à son traitement, permet au public d'identifier les liens d'intérêts de l'expert dont les propos sont publiés. En aucune façon, elle ne révélera les liens

[341] Art. D18 et svts du Code des postes et des communications électroniques.
[342] CE 25 octobre 2004, req. n° 262425 et 265460.

d'intérêts du journaliste. Cette obligation est sans incidence sur la dépendance des médias et donc sur la liberté d'investigation et de publication.

Certes, la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias comporte plusieurs dispositions destinées à limiter les pressions sur les journalistes. Ainsi, est inséré à la loi du 29 juillet 1881 un nouvel article 2 bis qui prévoit que « *tout journaliste a le droit de refuser toute pression, de refuser de signer un document dont la forme ou le contenu auraient été modifiés à son insu ou contre sa volonté* ». Le même article instaure l'obligation d'une « *charte déontologique rédigée conjointement par la direction et les représentants des journalistes* ».

Ces garanties sont appréciables, mais elles risquent, parce que très formelles, d'être insuffisantes. De même, le CSA doit s'assurer que les intérêts économiques des actionnaires et des annonceurs ne portent aucune atteinte aux principes d'honnêteté, d'indépendance et de pluralisme de l'information. Cette mesure dite mesure « anti-Bolloré » risque cependant de rester lettre morte tant le CSA a été impuissant à intervenir dans le conflit opposant les actionnaires et la rédaction d'I.Télé.

L'indépendance des médias doit être assurée, mais pour ce faire, les règles à mettre en place sont moins d'ordre normatif qu'économique.

Un nouveau modèle économique s'impose afin de sortir la presse, et surtout la presse médicale, de l'influence de l'industrie des produits de santé. Ainsi, la revue Prescrire a fait figure de modèle en assurant son indépendance financière et son impartialité. En effet, leurs seuls revenus proviennent des abonnements et leurs journalistes signent un engagement d'absence de conflit d'intérêts.

Mais cette indépendance financière doit également s'accompagner d'une prise de conscience des journalistes de la nécessité de bonnes pratiques.

Les journalistes, spécialistes et généralistes, doivent donc accepter de travailler main dans la main pour diffuser des informations que d'autres ne peuvent pas publier et pour restaurer la primauté des impératifs de santé publique.

Cette prise de conscience passe également par une volonté de mettre enfin en place un une instance déontologique dont le rôle sera moins de sanctionner que de protéger le journaliste des diverses pressions. Une telle instance permettra également de garantir enfin le secret des

sources journalistiques, en l'occurrence, les lanceurs d'alerte, et ce, bien plus efficacement que le régime mis en place par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016.

Dès lors, s'il est difficile de déclarer les journalistes coupables d'une mauvaise information du public en raison du risque économique qui pèse sur eux, ils portent une part de responsabilité en s'accommodant d'une telle situation.

Je ne terminerai donc pas mon propos en vous disant « *Responsables, mais pas coupables* », mais en rappelant cette phrase de Victor Hugo « *Tout ce qui augmente la liberté augmente la responsabilité* ».

Le risque médicamenteux : une violence médicale

Céline KUHN

Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Université de La Réunion

Les affaires du Mediator, du Distilbène ou de la Dépakine sont de véritables drames humains. Ces vies sacrifiées se tournent vers le Droit dans l'espoir d'être entendues et de voir leur souffrance reconnue. Mais que peuvent-elles attendre ? La qualité de victime ? L'obtention de dommages et intérêts ? Face au mal subi, la réponse du Droit apparaît dérisoire. Seule la réparation pécuniaire est envisageable, le retour au *statu quo ante* étant impossible.

Que faire, alors pour que ces situations n'arrivent plus ? Le malaise du Législateur est palpable car il pensait avoir déjà mis en place un dispositif préventif performant. L'existence de ces affaires lui prouve le contraire, pointant les faiblesses, les négligences et les lacunes du système. Et les victimes ? Leur colère est légitime tant elles ont le sentiment de s'être fait avoir, d'avoir été trompées par une information médicale tronquée voire une désinformation médicale mais également d'avoir été trompées par le dispositif légal lui-même qui met en avant Charte éthique et Déclaration des droits du patient.

Ces scandales sanitaires nous donnent l'occasion de faire le bilan de la relation patient-médecin telle que le Droit l'envisage, puisque c'est bien de cela dont il s'agit : comment le médecin conseille-t-il son patient ? Comment lui présente-t-il une offre de soins ?

Même si la plupart des actions en justice ont été pour l'instant dirigées à l'encontre des Laboratoires, la responsabilité des médecins pourrait être engagée dans ces affaires car la lumière est mise sur la relation soignant-soigné et sur le respect des principes directeurs de cette relation.

De façon très caricaturale, on est passé d'une conception paternaliste de la relation patient-médecin, relation asymétrique, à une toute autre conception, celle d'une relation basée sur la collaboration qui

donne la parole au patient, qui le responsabilise et fait de lui un acteur de son parcours de santé. Le patient est avant tout une personne à laquelle on demande son avis.

On est passé du « Docteur, je vous laisse faire » au « Oui, Docteur, je suis d'accord avec vous » ou « Non, Docteur, je ne veux pas ».

Cette journée d'études consacrée aux scandales sanitaires et aux risques médicamenteux nous plonge dans une violente réalité, celle des patients qui ont l'impression de subir une double peine : ils sont malades et leur condition physique empire par la prise de médicaments qui étaient censés « améliorer » leur état de santé… Ils ont la désagréable sensation que quelqu'un a joué à l'apprenti sorcier avec leur corps et que ceux qui savaient ou pouvaient supposer qu'ils encouraient un risque, n'ont rien dit ou n'ont rien fait. Le Droit prend de plein fouet toutes ces critiques qui interpellent, qui dénoncent si ce n'est l'hypocrisie d'un système, en tous les cas son inadaptation voire son inefficacité : *Quid* du fameux consentement du patient (I) ? *Quid* de la protection de son corps (II) ?

Ces principes clés de l'activité médicale apparaissent plus que malmenés : où sont passés les droits du patient ? où est passé le Droit tout simplement ?

I.- Le consentement du patient

Le Législateur a conféré au consentement du patient un rôle crucial dans l'activité médicale (A) mais quelle est la réalité de ce consentement libre et éclairé (B) ?

A.– Le rôle crucial du consentement du patient

Le principe d'inviolabilité du corps humain[343] est consacré par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Les deux premiers alinéas de l'article 16-1 du Code civil disposent que « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable* ». La protection du corps est ainsi assurée, garantie par le système juridique : les tiers doivent le respecter, ils ne doivent pas y porter atteinte, le Droit et

[343] C. KUHN, « Le corps humain » *in Le grand oral, Les droits et libertés fondamentaux*, coll. Objectif : devenir avocat, R. BERNARD-MENORET dir., Ellipses, 2016, pp. 59-76.

notamment le Droit pénal se chargeant de sanctionner ceux qui ne se plieraient pas à cet interdit de « nuire au corps d'autrui ».

L'article 16-3 du Code civil s'intéresse également à ce principe d'inviolabilité et en précise les limites en envisageant l'activité médicale. L'activité médicale par définition porte atteinte à l'intégrité corporelle du patient : toucher le corps d'autrui, planter une seringue dans le corps d'autrui, couper les chairs d'autrui, ouvrir le ventre d'autrui… *etc*. L'activité médicale n'a de sens ni de réalité sans le corps d'autrui, sans cette altérité corporelle. Pour le Droit, l'activité médicale constitue alors une exception au principe d'inviolabilité du corps humain, un champ dans lequel l'atteinte pourra être licite mais à une condition posée à l'article 16-3 du Code civil : le consentement du patient. L'atteinte au corps, préalablement consentie par la personne, réalisée « en cas de nécessité médicale » change alors de qualification, on passe de l'atteinte illicite à l'atteinte licite au corps humain.

Le consentement du patient constitue ainsi la clé de la licéité de l'activité médicale. Sans le consentement du patient, pas d'activité médicale ou plus précisément pas d'activité médicale licite. Le Législateur est venu parfaire sa construction avec la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de Santé, dite loi Kouchner. Ce texte rappelle dans le Code de la Santé publique le rôle fondamental du consentement du patient en inscrivant à l'alinéa 3 de l'article L. 1111-4 de ce même code : « *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

Pour émettre un consentement libre et éclairé, il faut être informé et le Législateur l'a bien compris. Aussi, a été créé au bénéfice du patient un droit à l'information présenté aux premiers alinéas de l'article L1111-2 du Code de la Santé publique : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. (...) Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser* ».

Le système juridique pose les conditions propices à l'émission d'un consentement libre et éclairé du patient en demandant aux professionnels de santé de lui apporter les éléments qui lui permettent de consentir en toute connaissance de cause[344] au nom de la démocratie sanitaire[345].

Consentir en toute connaissance de cause mais à quoi? À l'acte médical envisagé mais également aux étapes faisant partie du traitement proposé par le médecin comme la prise de médicaments. Ainsi, le médecin apparaît en première ligne dans la relation patient-médicament, son rôle est capital : par sa prescription, il deviendra le créateur de leur relation, toute hypothèse d'automédication mise à part. Le patient consentira à prendre une substance médicamenteuse afin de permettre la réalisation de ses effets, de tous ses effets mais le patient est-il informé de tout, de toutes les conséquences inhérentes à l'introduction de tel ou tel produit dans son corps ? Les affaires révélant l'existence d'un risque médicamenteux interrogent sur ce fameux consentement libre et éclairé du patient (B).

B.– La réalité du consentement libre et éclairé

Le médecin est tenu d'informer son patient, d'apporter toutes les précisions et explications nécessaires à la bonne compréhension de l'offre de soins qui lui est proposée. Cette obligation d'information s'avère particulière en cas de prescription hors AMM[346] (autorisation de mise sur le marché) et l'on pourrait y voir une obligation d'information renforcée[347]. En effet, le patient doit savoir que la prescription est réalisée hors AMM donc n'est pas remboursable et il est attendu du médecin qu'il explique pourquoi il a choisi cette prescription, quels autres traitements étaient envisageables, quels effets indésirables[348] peuvent se produire[349].

Le médecin pour transmettre une information doit la connaître lui-même. Sur ce point, les différentes affaires relatives à des risques médicamenteux ont révélé les failles du système : l'absence d'indication sur la notice mais également l'absence de remontées d'expérience suite à

---

[344] Pour un récent arrêt du Conseil d'Etat sur le sujet relatif à l'obligation d'information portant sur les risques graves mais exceptionnels d'une intervention chirurgicale : CE, 19 octobre 2016, *RTDCiv.* 2017, p. 158, obs. P. JOURDAIN.

[345] A. LAUDE, « Le patient, un nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007. 1151.

[346] Par exemple, plus d'un tiers des prescriptions de Mediator l'aurait été hors AMM.

[347] A. LAUDE, « Dans la tourmente du Mediator : prescription hors AMM et responsabilités », *D.* 2011. 253.

[348] *Ibid*.

[349] Art. L1111-3 du Code de la Santé publique.

des signalements, le silence des visiteurs médicaux interrogent sur l'efficacité du dispositif mis en place. Les efforts se sont multipliés pour essayer d'en assurer une plus grande réactivité et notamment une diffusion rapide des informations en cas d'alerte. En témoigne cette récente initiative qui permet depuis le 13 mars 2017, aux professionnels de santé ou aux usagers de signaler aux autorités sanitaires tout événement indésirable sur le site signalement-sante.gouv.fr comme par exemple les incidents ou les risques d'incidents liés aux produits de santé. L'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) travaille sur ces signalements transmis et s'engage à prendre, si besoin, toutes les mesures nécessaires pour renforcer la sécurité des patients.

Absence d'information, désinformation, la frontière est mince dès qu'il s'agit d'envisager la relation entre un professionnel et un non-professionnel : dans quelles mesures certains médecins ne savaient pas ou se doutaient de quelque chose et ont continué malgré tout au nom d'une logique risque/bénéfice à prescrire des médicaments qui pouvaient représenter un danger pour certains de leurs patients.

Le fait que le patient n'a pas eu connaissance de certaines informations implique que son consentement ne remplit pas les conditions d'une manifestation de volonté à laquelle le Droit peut faire produire des effets juridiques : ce n'était pas un consentement libre et éclairé. Ce défaut d'information équivaut à un consentement vicié du patient voire à une absence de consentement. Le patient n'a pas pu valablement consentir si toutes les informations ne lui ont pas été données, informations qui auraient été déterminantes et auraient pu motiver un refus de commencer le traitement proposé ou fonder le souhait de l'arrêter.

Le consentement du patient constitue juridiquement un consentement à part, « spécial » puisqu'il est marqué par sa révocabilité qui peut intervenir à tout moment. Cette potentielle révocabilité se nourrit des informations que le patient reçoit de son médecin pendant toute la durée de son parcours de soins comme l'alinéa 1er de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique le précise : « *Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver* ». A ce titre, tout défaut d'alerte, de mise en garde pourrait être reproché au médecin.

Ces affaires posent de manière plus générale la question de l'effectivité du principe de l'autonomie du patient, de la place réelle de

son consentement dans le parcours de santé qui lui est proposé par son médecin. On ne peut que constater un fort décalage entre les droits énoncés et leur utilisation, un fort décalage entre la théorie et la pratique. Certains auteurs relèvent que le droit à l'information du patient est le plus souvent traité par les praticiens comme un moyen de se protéger d'une éventuelle action judiciaire en responsabilité[350]. L'objectif premier du législateur qui était de protéger le patient et de l'impliquer activement dans son parcours de santé apparaît alors relégué au second plan.

Les scandales sanitaires liés au risque médicamenteux ont ébranlé la relation de confiance entre le patient et son médecin, c'est indéniable. Et ce principe du consentement libre et éclairé du patient s'apparente alors à une belle histoire, à un mythe… Un mythe est fondateur et c'est exactement ce qu'est le consentement libre et éclairé du patient, le mythe fondateur de la licéité de l'activité médicale. L'enjeu est alors d'allier théorie et pratique afin que la pratique n'étouffe pas la théorie et que la théorie s'incarne enfin.

Le droit d'être informé est inscrit dans la Loi mais comment le faire vivre ? Comment rendre accessible cette information au patient ? C'est le problème de l'intelligibilité de l'information médicale mais également de sa pertinence, points sur lesquels insiste l'article R. 4127-35 du Code de la Santé publique : « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale (pas de dissimulation ni de mensonge), claire (accessible au patient en question, effort de pédagogie) et appropriée (en fonction des circonstances et de la pathologie du patient) sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* ».

Toute substance médicamenteuse a par définition une action sur le corps et cette action n'est jamais anodine. Information OUI mais quelle information. Au sens qualitatif et non quantitatif, trop d'informations tue l'information. Qu'est-ce que les gens comprennent ? Quel est l'impact de l'auto information médicale dans la relation de confiance entre un patient et son médecin? Comment traiter l'information des personnes illettrées ou ayant des difficultés avec la langue française ?

L'information du patient lui permet de consentir à un acte médical, à un traitement. L'expression de son adhésion à ce que le médecin lui propose le responsabilise, il devient alors acteur de son propre parcours de Santé. Cette implication du patient est nécessaire, elle apparaît salutaire

[350] A. LAUDE, « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *D.* 2007. 1151.

car elle lui permet également de se préparer au risque inhérent à toute activité médicale. En effet, le risque est toujours présent et le défaut d'information rime alors avec impréparation au risque.

D'autres professionnels de santé peuvent concourir à la transmission de l'information comme le pharmacien par exemple mais le médecin reste en première ligne car c'est lui qui crée par sa prescription, le lien entre un patient et un médicament ou plus précisément entre le corps du patient et une substance (II).

II.- Le corps du patient

Les affaires évoquées sont dramatiques car elles touchent au corps des personnes, à leur vie, à leur survie après la prise de certains produits. Le consentement du patient permet de rendre licite l'atteinte à l'intégrité corporelle subie mais si ce consentement ne remplit pas les conditions requises du fait d'un défaut d'information, la violation du corps est caractérisée (A). Comment réparer une telle atteinte au corps du patient (B) ?

A.– Une violation du corps du patient

L'alinéa 1er de l'article L. 5111-1 du Code de la Santé publique dispose que : « *On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique* ». Le médicament a donc une définition juridique précise en droit médical ; en droit des biens, elle reste à construire.

Suivant la *summa divisio*, le médicament fait partie de la catégorie des *res*, des choses, des objets. Cette chose présente la particularité d'avoir besoin d'un corps humain pour être utilisée. En effet, l'exploitation de ses utilités nécessite une affectation corporelle, c'est-à-dire la mise en relation du produit avec un corps afin qu'il puisse développer tous ses effets. La prescription médicale, l'ordonnance du médecin inscrit le patient dans une relation avec un produit participant à un traitement, porteur d'un intérêt thérapeutique. Cet acte loin d'être

anodin, est créateur de la relation entre un corps et un produit : il installe l'affectation corporelle. Le corps du patient est donc le cadre de l'exploitation du médicament mais son rôle n'est pas passif. Le traitement procède de l'interactivité du corps et du produit : il s'agit d'une collaboration voire d'une transformation. On se situe juridiquement proche du mélange voire d'une spécification *sui generis* si l'on considère que le corps malade qui ne l'est plus, relève désormais d'une autre catégorie, celle des corps sains...

Le médicament en tant que bien, objet approprié, a un propriétaire : le patient. Ce dernier dispose de toutes les prérogatives inhérentes à cette qualité. Par conséquent, il décide des modalités d'exploitation de son bien en application de l'article 544 du Code civil. Au final, le consentement du patient au traitement proposé par son médecin portera à la fois sur l'utilisation du médicament mais aussi sur l'utilisation de son corps, les deux étant liés. L'affectation corporelle du médicament semble basée sur un critère de nécessité puisque pour pouvoir développer ses effets, il a besoin d'être mis en interaction avec un corps. En Droit des biens, dès qu'il est question d'exploitation, d'affectation et de nécessité, l'on pense tout de suite à l'immobilisation par destination. Cette technique permet l'application d'un régime juridique unique aux biens participant à la même exploitation. La création d'un immeuble par destination est marquée par la règle de l'unité de propriété : les objets concernés doivent appartenir au même propriétaire, seul à pouvoir décider d'utiliser un tel mécanisme. Par analogie avec l'immobilisation par destination, l'hypothèse de l'affectation corporelle d'un médicament soulève alors une interrogation majeure : si le médicament est un bien, une chose appropriée et cela sans discussion, *quid* du corps humain ? Est-il un bien ?

Le Droit est désemparé face à cette question qui n'a toujours pas réponse : est-ce une chose, une chose appropriée, une personne, une personne par destination (entre la personne et la chose), le corps humain relèverait-il d'une catégorie *sui generis* ?

Les pouvoirs reconnus par le Droit à la personne physique sur son corps, se rapprochent de ceux qu'à un *dominus* sur ses biens et l'analyse de la relation du patient avec son corps telle qu'elle est construite par le Droit médical le démontre. Un véritable pouvoir de gestion de son corps est reconnu au patient, pouvoir qui se manifeste à l'alinéa 1er de l'article L.1111-4 du Code de la Santé publique, avec le principe d'autonomie du patient : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ».

La place de la volonté individuelle tend à démontrer l'exclusivité de la relation patient-corps mais également à une échelle plus large l'exclusivité de la relation personne-corps. « Le corps humain est un objet réservé à la personne qui définit souverainement l'usage qui en est fait et l'accès que peut y avoir autrui », précisent les Professeurs Frédéric Zénati et Thierry Revet[351]. Ils en tirent comme conséquence que le consentement ainsi donné ne relève pas du consentement de l'article 1128 du Code civil mais constitue la manifestation de la volonté d'un propriétaire.

Le patient n'est pas un corps, le patient a un corps. Si l'on se place sur le terrain de la propriété, de la propriété du corps, l'absence de consentement à l'atteinte subie constitue une atteinte à son exclusivité qui devrait entraîner automatiquement le déclenchement d'une réparation (B).

B.– La réparation de l'atteinte au corps

Une conception objective de la nature juridique du corps humain permet d'appliquer aux violations non consenties à l'intégrité corporelle le régime des atteintes à l'exclusivité du propriétaire. Ce régime est en sa faveur puisqu'il soumet l'indemnisation à la simple constatation d'une violation de l'exclusivité et cela sans faute à démontrer car la seule existence de l'atteinte suffit à caractériser l'impératif de réparation[352].

L'indemnisation du patient, victime d'un risque médicamenteux constitue une réelle préoccupation du Législateur. En témoignent les dispositions prises suite à l'affaire du Mediator qui créent une procédure spécifique se voulant adaptée et rapide[353]. Par ailleurs, la Jurisprudence a également essayé de bâtir un système efficace de réparation pour le patient dont le droit à l'information n'a pas été respecté et ce notamment avec un arrêt du 3 juin 2010 rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation : *« Vu les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil ; Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors*

---

[351] F. ZÉNATI et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 1ère éd. 2006, n° 281, p. 244.

[352] F. ZENATI et Th. REVET, *Les Biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3ème éd. 2008, n°207, p. 331.

[353] Art. L. 1142-24-1 et svts du Code de la Santé publique. Voir pour une analyse récente, A. LEGOUX, « Indemnisation des accidents sériels de santé publique : l'exemple du Mediator », *GP* 2016, n°29, pp.12-15.

le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ; (…) [354]».

Ainsi, le fait de ne pas avoir été informé constitue un préjudice en tant que tel qui doit être réparé.

La décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juin 2012 poursuit cette recherche de réparation de principe quand le patient fait valoir un défaut d'information de la part du médecin :

« Vu les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du code civil (…) le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient, cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice qu'en vertu du texte susvisé le juge ne peut laisser sans réparation (…)[355] *»*. En l'espèce, un médecin n'avait pas indiqué à son patient que sa prescription était hors AMM et des effets indésirables étaient survenus. Le constat du défaut d'information établit le préjudice : l'atteinte au droit subjectif du patient d'être informé suffirait à caractériser sa qualité de victime et à lui reconnaitre une réparation. La Cour de cassation mobilise dans cette décision de grands principes du Droit : le respect de l'intégrité du corps humain, c'est-à-dire le principe de l'inviolabilité du corps ainsi que le respect de la Dignité humaine. Comment expliquer une telle association ?

La Dignité humaine rappelle que le patient ne doit jamais être envisagé comme un objet. La référence à cette notion marque le rejet de toute réification de l'être humain. Il s'agit d'insister sur la place du consentement du patient qui ne saurait être « réduit » à son enveloppe

---

[354] Civ. 1re, 3 juin 2010, Bull. civ. I n° 128 ; *D.* 2010. 1453, note S. PORCHY-SIMON ; *D.* 2010. 1522, note P. SARGOS ; *ibid*. 1801, note D. BERT ; *JCP* 2010, n° 788, note S. PORCHY-SIMON ; *RCA* 2010, n° 222, obs. S. HOCQUET-BERG ; *RTD civ*. 2010. 271, note P. JOURDAIN ; *AJDA* 2010. 2169, note C. LANTERO ; *RDSS* 2010. 898, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; *RDC* 2010. 1235, note J.S. BORGHETTI ; *ibid*. 2011. 345, note F. LEDUC ; *RLDC* 2010, n° 3958, note C. CORGAS-BERNARD ; *Méd. et droit* janv. 2011, p. 107, note P. PIERRE ; *GADS*, 2e éd., Dalloz, 2016, n° 61.

[355] Civ. 1re, 12 juin 2010, pourvoi n°11-18.327, *D.* 2012. 1794, obs. I. GALLMEISTER, note A. LAUDE ; *RDSS* 2012. 757, note F. ARHAB-GIRARDIN ; *Gaz. Pal.* 18-19 juill. 2012, p. 11, note M. BACACHE ; *Méd. et droit* 2012 n° 117, p. 170, note F. VIALLA, S. PERIER-CHAPEAU et M. REYNIER ; G. MEMETEAU, « Le devoir d'information ou les moulins à vent », *LPA* 2013 n° 5, p. 4.

corporelle : le patient n'est pas un corps, le patient a un corps et cette dualité est essentielle.

La Dignité humaine constituerait le fondement du droit du patient à être informé comme le Cour de cassation le précisait déjà avant la loi du 4 mars 2002 (Cass. 1ère civ., 9 octobre 2001[356]). Il est intéressant de relever que malgré l'introduction d'un texte spécifique relatif au droit à l'information du patient dans le Code de la Santé publique, la Jurisprudence post Loi Kouchner continue de faire référence aux articles du Code civil consacrant la Dignité humaine et le principe d'inviolabilité du corps humain. Les arrêts cités datent de 2010 et 2012, période pendant laquelle l'affaire du Mediator est très présente dans les médias… Quelle influence ce scandale a pu avoir sur ces décisions ? On pourrait se poser la question tant la formulation retenue fait penser à un rappel à l'ordre qui invite à une prise de conscience.

Mais les arrêts se suivent et parfois ne se ressemblent pas… La Cour de cassation paraît hésitante puisque sa Première chambre civile le 12 juillet 2012[357] ne reprend pas cet élan préférant faire, de nouveau, référence à l'existence d'un préjudice moral permettant de dédommager le patient ayant subi un défaut d'information. Cette lecture a depuis été confirmée par d'autres décisions[358] dont la complexité [359] laisse songeur

---

[356] Civ. 1re, 9 octobre 2001, Bull. civ. I n° 249 ; *D.* 2001. 3470, rapp. P. SARGOS, note P. THOUVENIN ; *JCP* 2002. II. 10045, note O. CACHARD ; *CCC* 2002, n° 22, note L. LEVENEUR (1re esp.) ; *Gaz. Pal*. 2001. 1818, note C. GUIGUE ; *RJPF* 2002-1/34, note F. CHABAS ; *LPA* 6 déc. 2001, note CLEMENT ; *ibid*. 13 mars 2002, note F. MARMOZ.

[357] Civ. 1re, 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-17510, *JCP G* 2012, 1036, note P. SARGOS ; *RTD civ*. 2012, p. 737, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2012, p. 2277, note M. BACACHE ; D. 2013, p. 40, obs. O. GOUT.

[358] A.-L. FABAS SERLOOTEN, « Défaut d'information du patient sur les risques d'un acte médical. Confirmation des préjudices réparables et fin de l'indemnisation d'office », note sous Civ. 1re, 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-27898.

[359] Civ. 1re, 22 juin 2017, pourvoi n° 16-21141 : « (…) *Vu les articles L. 1111-2, L. 1142-1 et L. 1142-17 du code de la santé publique ; Attendu que, pour rejeter les demandes de l'ONIAM fondées sur le défaut d'information, l'arrêt retient qu'en l'absence de caractère d'urgence du traitement par sclérothérapie, la perte de chance subie par Mme X... s'analyse, à la suite de la réalisation du risque lié à la survenue d'un accident vasculaire cérébral, en un préjudice moral lié au défaut de préparation psychologique aux risques encourus et au ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle et que ce préjudice moral n'a pas été indemnisé dans le cadre des protocoles d'accord signés entre l'ONIAM et Mme X... ; Qu'en statuant ainsi, alors que la perte de chance d'éviter le dommage, consécutive à la réalisation d'un risque dont le patient aurait dû être informé, constitue un préjudice distinct du préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences de ce risque et consiste, dès lors que son existence est retenue par*

eu égard à l'objectif premier qui est d'assurer l'indemnisation de la victime…

Pour certains, il conviendrait d'affranchir cette question du régime de la responsabilité civile[360], de sorte que toute violation du Droit d'être informé des patients soit réparée en tant qu'atteinte à un droit subjectif[361]. En effet, ce Droit n'est pas uniquement le revers du devoir d'information du médecin mais un droit subjectif à part entière dont le système juridique se doit d'assurer tant l'effectivité que la protection.

Ces affaires qui mettent à mal les grands principes du droit médical - consentement libre et éclairé du patient et inviolabilité du corps humain - riment avec risques médicamenteux, défaut d'information et atteinte au corps : le constat est violent. Elles ont frappé au cœur de la relation patient-médecin en jetant un doute sur la parole du soignant et la restauration du lien de confiance risque de ne pas être facile. Réfléchir à la façon d'informer le patient et au contenu de ce qui lui est dit ainsi qu'œuvrer pour la transparence et la diffusion des informations dans le secteur pharmaceutique sont des pistes à suivre afin d'améliorer une belle construction intellectuelle qui ne demande qu'à être un peu plus incarnée…

---

les juges du fond, en une fraction des différents chefs de préjudice déterminée en mesurant la chance perdue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (…) ».

[360] S.-M. FERRIÉ, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? », *D.* 2017, 555.

[361] T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTDCiv.* 2007, p.227.

Vaccination obligatoire et vaccination volontaire : une distinction inacceptable des victimes d'une SEP suite au vaccin contre le VHB

Victor MARGERIN

Docteur en droit privé et sciences criminelles, ATER à l'Université de La Réunion

Le lien de causalité entre la vaccination contre le virus de l'hépatite B (VHB) et la déclaration d'une sclérose en plaques – pathologie inflammatoire démyélinisante du système nerveux central – a déjà fait couler beaucoup d'encre et bien des larmes.

Il n'est pas ici question de refaire le procès de l'Engérix B dont les études scientifiques menées *a posteriori* ont abouti à des conclusions selon lesquelles aucun lien de causalité ne serait établi entre ce vaccin et ladite pathologie. En revanche, ce sont les solutions retenues par les juges du fond ainsi que les Hautes Juridictions, administrative et judiciaire, qui ont retenu toute notre attention. Au fil des années et des contentieux en la matière, la jurisprudence a fait montre d'interprétations vacillantes et même contradictoires.

C'est une de ces contradictions qui nous intéresse ici. La jurisprudence retient aujourd'hui l'absence de lien de causalité entre la vaccination et la déclaration d'une sclérose en plaques. Partant, une telle pathologie ne saurait, en toute logique, être considérée comme un risque professionnel et pris en charge, à ce titre, au titre des maladies professionnelles. Elles ne sont d'ailleurs pas inscrites sur ces tableaux. Cependant, il est étonnant de voir que lorsque la même vaccination a été rendue obligatoire, la déclaration d'une sclérose en plaques est considérée comme un risque professionnel dont la survenance est imputable au service.

Toutefois, la reconnaissance d'une sclérose en plaques en tant que maladie professionnelle ou imputable au service - non-inscrites dans les

tableaux des pathologies professionnelles[362] – ne s'avère pas pour autant automatique. Ainsi, malgré le risque professionnel retenu, la victime devra, à l'instar des victimes non professionnelles prouver qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes entre la vaccination et la pathologie afin d'obtenir réparation.

La différence entre la vaccination obligatoire et la vaccination non obligatoire est-elle légitime ? La reconnaissance de la sclérose en plaques en tant que maladie et risque professionnel induit-elle une garantie pour la personne dont la vaccination était obligatoire ? Sur quels moyens les juges forgent-ils leur opinion quant aux présomptions graves, précises et concordantes ? Les problématiques sur ce sujet se bousculent et mettent à jour une problématique fondamentale eu égard à la sûreté qu'est en droit d'attendre tout citoyen et justiciable.

Le contentieux du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques n'a-t-il pas tout simplement sonné le glas de la sécurité juridique dans le domaine si particulier du risque des produits de santé et médicamenteux ?

Les avancées scientifiques et médicales sans précédents de ces dernières années, couplées aux récents scandales liés à la sûreté médicamenteuse (Mediator, Distilbène, Dépakine), rendent à notre sens la question bien légitime.

Afin de démontrer une telle carence en ce domaine, nous avons choisi de ne pas nous arrêter sur toute l'étendue de la problématique, mais de ne l'aborder que sous un prisme particulier, celui de la reconnaissance du risque professionnel.

Ainsi que nous l'avons évoqué, la déclaration d'une sclérose en plaques après une vaccination obligatoire tend à être regardée par la jurisprudence comme un risque professionnel. Cela, en dépit de la tendance jurisprudentielle excluant un quelconque lien de causalité (I). Une telle reconnaissance serait normalement de nature à accorder certaines garanties au « vacciné professionnel » en cas de réalisation de ce risque, à l'instar de ce que retient la Haute Juridiction judiciaire quant à la prise en charge de la victime au titre des maladies professionnelles. Toutefois, l'absence de consensus jurisprudentiel relatif à l'appréciation des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes ne peut qu'aboutir à une insécurité juridique et à la remise en cause de la responsabilité commune du fait des produits défectueux, qui, telle qu'interprétée aujourd'hui, est source d'une véritable rupture d'égalité

[362] Art. L. 461-1 et svts du Code de la sécurité sociale.

entre les victimes. La reconnaissance du risque professionnel doit impérativement évoluer (II).

I.- Le paradoxe des effets indésirables de la vaccination obligatoire : un risque professionnel sans lien de causalité avéré

Avant de s'attarder plus en détails sur la vaccination obligatoire et sur ce qui qualifierait ses effets indésirables – à l'instar d'une déclaration de sclérose en plaques - de risque professionnel accepté (B), il nous faut revenir brièvement sur l'évolution de la jurisprudence tant administrative que judiciaire sur la question de la preuve du lien de causalité (A).

A.– La préférence de l'imputabilité au lien de causalité : l'appréciation différenciée des Hautes juridictions

Si une locution devait être mise en exergue au fur et à mesure des développements jurisprudentiels sur la question du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et déclaration d'une pathologie démyélinisante, il s'agirait sans coup férir de la formule utilisée à maintes reprises par les Hautes juridictions : « *en l'état actuel des connaissances scientifiques* ». Cette formule s'est rapidement imposée aux juges qui ont dû se confronter, d'un côté à un nombre grandissant de victimes ayant déclaré une telle pathologie, et de l'autre, à un produit dont les expertises établies ne permettaient pas de conclure à une quelconque causalité directe.

Le juge judiciaire retient ainsi très rapidement[363] qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques et malgré l'absence de lien de causalité directe, il existe toutefois des présomptions graves précises et concordantes permettant de penser que la vaccination est à l'origine de la pathologie. Il est intéressant de remarquer que dans la présente espèce, ces présomptions ont pu être corroborées par le fait que le laboratoire mis en cause n'a pas pu exclure catégoriquement la causalité.

Si à première vue l'état actuel des connaissances scientifiques permettrait au juge du fond de retenir la responsabilité du laboratoire, la

[363] CA Versailles, 14ème Ch., 02 mai 2001, *D.* 2001. 1592.

Cour de cassation[364] vient quant à elle préciser que cet état ne permet nullement d'établir un lien de causalité et que des présomptions, soient-elles graves, précises et concordantes, ne sauraient suffire. Apparaît ainsi le premier clivage sur cette délicate question entre les juridictions judiciaires.

Parallèlement, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 09 mars 2007, admet que *« le lien direct entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques doit être regardé comme établi lorsque la maladie apparaît dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin alors que le patient était en bonne santé et ne présentait aucun antécédent à cette pathologie antérieurement à sa vaccination »*[365].

Cette jurisprudence devient alors la pierre angulaire du dialogue des juges, et abouti à un revirement de la Haute juridiction judiciaire retenant que *« si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes »*[366].

Bien que ce positionnement soit louable et semble souligner l'intention des juges d'unifier la jurisprudence en la matière, nous ne pouvons que rejoindre le constat que faisait déjà à l'époque Madame Gallmeister : *« cette solution* […] *s'applique sans tenir compte du caractère obligatoire ou non de la vaccination »*. Mais cet esprit de convergence s'affaiblit très rapidement et laisse place à une distinction de plus en plus marquée entre les Hautes juridictions quant à l'appréciation *in concreto* desdites présomptions. Les principales distinctions entre les deux ordres s'opèrent non seulement sur l'acception de la preuve mais également sur la charge de cette dernière. La Cour de cassation ne s'intéresse dès lors qu'aux présomptions et à leur caractère grave, précis

---

[364] Civ. 1re, 23 septembre 2003, *D.* 2004. jur. 898, note Y.-M. SERINET et R. MISLAWSKI, somm. 1344, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ*. 2004. 101, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2003. II. 10179, note N. JONQUET, A.-C. MAILLOLS, D. MAINGUY et E. TERRIER ; *ibid*. 2004. I. 101, n° 23 s., obs. G. VINEY ; *JCP E* 2003. 1749, note P. MISTRETTA et T. FAICT ; *RCA* 2003, chron. 28, par Ch. RADE ; *Dr. et patr.* janv. 2004. 87, obs. F. CHABAS ; *RLDC* 2004/1, n° 9, note S. HOCQUET-BERG ; *LPA* 16 janv. 2004, note A. GOSSEMENT ; *LPA* 22 avr. 2004, note G. MEMETEAU ; *Gaz. Pal.* 2004, doctr. 869, étude L. PITET.

[365] CE, 09 mars 2007, *Mme Schwartz*, req. n°267635, *D.* 2007. jur. 2204, note L. NEYRET ; *AJDA* 2007. 861, concl. T. OLSON ; *RDSS* 2007. 543, obs. D. CRISTOL ; *JCP* 2007. I. 2108, obs. D. JEAN-PIERRE ; *ibid*. II. 10142, note A. LAUDE *Lebon* 2007 ; CE, 09 mars 2007, *Commune de Grenoble*, req. n° 27865, Tabl.

[366] Civ. 1re, 22 mai 2008, pourvoi n° 06-14.952, *D.* 2008. 1544, note I. GALLMEISTER.

et concordant, dont la charge repose nécessairement sur le demandeur[367]. Il ne reste donc que très peu de place à une considération de l'état des avancées scientifiques pour ne se baser que sur des éléments factuels.

Le juge administratif, pour sa part, se base sur l'appréciation de deux critères, à savoir les antécédents médicaux du patient et sa « bonne santé »[368]. Cette acception de la causalité a fait l'objet d'une critique doctrinale invitant le juge administratif à repenser sa méthode d'appréciation[369], soit en dégageant des critères scientifiques avérés, soit en se basant sur les principes du droit commun de la responsabilité et du dommage corporel. La principale problématique étant, bien entendu, qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, la première option ne pourrait conduire qu'à rejeter toutes les requêtes visant à faire reconnaître une causalité entre la déclaration d'une pathologie démyélinisante et la vaccination contre l'hépatite B. La seconde option mènerait, *in fine,* aux mêmes conclusions eu égard à l'absence de causalité certaine.

Face à ce barrage théorique, le Conseil d'Etat a toutefois maintenu et confirmé sa position d'appréciation[370] dans l'intérêt des victimes.

---

[367] V. décision n°06-10967 : *« D'où il suit qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si les éléments de preuve, qui lui étaient soumis par M. Gacem, constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

[368] CE 9 mars 2007, *Commune de Grenoble*, req. n° 278665, CE 9 mars 2007, *Mme Schwartz*, req. n° 267635 ; CE 9 mars 2007, *Mme Annie A*, req. n° 283067 ; CE 9 mars 2007, *Mme Aline A*, req. n° 285288, concl T. OLSON, *AJDA* 2007. 861 ; S. CARPI-PETIT, « Considérations sur la causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques », *JCP Adm*. 2007. 2277 ; D. CRISTOL, « Responsabilité du fait d'une vaccination obligatoire contre l'hépatite B », *RDSS* 2007. 543 ; B. DEFOORT, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption. Le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application », *RFDA* 2008. 549, D. JEAN-PIERRE, « Sclérose en plaques et imputabilité au service liée à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B : les conditions posées par le Conseil d'Etat », *JCP Adm*. 2007. 2108 ; A. LAUDE, « Reconnaissance de l'imputabilité au service de la sclérose en plaques due à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B », *JCP* 2007. II. 10142, L. NEYRET, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », *D*. 2007. 2204.

[369] A. ROUYERE, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : Questions de méthode », *RFDA* 2008. 1011.

[370] CE, 11 juillet 2008, *Mme Drausin, Mutuelle générale de l'Education nationale (MGEN)*, req. n° 305685, *Lebon* ; CE, 11 juillet 2008, *Ministre de la santé et des solidarités c/ Cts Augustin*, req. n° 289763, *Lebon* ; CE, 24 octobre 2008, req. n° 305622 ; CE, 24 juillet 2009, *Hospices civile de Lyon*, req. n° 308876, *Lebon*, *AJDA* 2009. 1466 ; *RDSS* 2009. 962, obs. D. CRISTOL ; CE, 5 mai 2010, req. n° 324895.

Monsieur Jean-Marc Sauvé a ainsi rappelé[371] que *« Le juge administratif a par exemple pu choisir de dissocier, dans certaines espèces, la causalité juridique et la causalité scientifique, afin de permettre la reconnaissance de l'imputabilité d'un préjudice, alors même que le lien de causalité scientifique n'était pas directement établi et ne pouvait l'être. Cette approche est ainsi retenue par le Conseil d'État, comme par la Cour de cassation, lorsqu'une affection démyélinisante - par exemple, une sclérose en plaques - survient à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B »*.

En préférant l'imputabilité au lien de causalité, les Hautes juridictions convergent indéniablement dans une optique de protection des victimes en dépit de l'état actuel des connaissances scientifiques. Néanmoins, la divergence d'appréciation de cette imputabilité entre les Hautes juridictions est regrettable et tend, pour reprendre les propos du Professeur Rouyère, à « *découper la jurisprudence* ». En effet, bien que critiquables par le manque de rigueur scientifique, le juge administratif applique de manière stricte deux critères pour retenir l'imputabilité de la pathologie au vaccin ou non, *«* […] *tels l'apparition des symptômes cliniquement constatés de l'affection dans un délai de trois mois maximum après l'injection et l'absence de tout antécédent de cette pathologie antérieurement à cette vaccination chez le malade en cause* […] *»*[372]. A ce titre les jurisprudences administratives offrent une certaine cohérence. A l'inverse, la Cour de cassation s'en remet quant à elle, et conformément à sa jurisprudence relative à l'appréciation de la preuve par présomptions[373], à la seule appréciation souveraine des juges du fond. Des faits similaires peuvent donc être interprétés comme imputables[374]… ou

[371] J.-M. SAUVE, Vice-Président du Conseil d'Etat, intervention colloque organisé, le 5 mars 2012, par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES, « Le droit des malades, 10 ans après. La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État ».

[372] Dossiers thématiques Conseil d'Etat, 5 janvier 2015, « L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics ».

[373] Civ. 1re, 1er juin 1954, *D*. 1954. 589.

[374] Civ. 1re, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-11.073, *D*. 2009. 1968, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid*. 2010. 49, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *GADS* 2010. n°112-113 ; *Constitutions* 2010. 135, obs. X. BIOY ; *RTD civ*. 2009. 723, obs. P. JOURDAIN ; *ibid*. 735, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com*. 2010. 414, obs. B. BOULOC ; Civ. 1re, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *D*. 2009. 1895 ; *RTDCiv*. 2009. 723, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com*. 2010. 181, obs. B. BOULOC.

pas[375]. Ces différences d'appréciation sont une première menace pour la sécurité juridique des victimes[376].

Enfin, il existe encore entre les victimes une différenciation en droit et en fait. Ainsi que le remarquait *supra* Madame Gallmeister, les personnes ont pu être vaccinées de leur propre chef, volontairement, ou bien de manière obligatoire en raison de leur profession. Les solutions jurisprudentielles retenues dans le cadre de la déclaration d'une sclérose en plaques suite à une vaccination obligatoire contre le VHB doivent ici attirer toute notre attention. Alors qu'aucun lien de causalité n'est établi entre la vaccination et la pathologie, cette dernière est généralement – selon les appréciations et critères de l'ordre juridictionnel saisi - prise en charge en tant que maladie professionnelle ou une maladie imputable au service, et ce, en dehors des tableaux de la sécurité sociale. Comment expliquer une telle reconnaissance alors que les victimes vaccinées volontairement sont en très grande majorité exclues d'un quelconque droit à indemnisation, à raison justement de cette absence de lien de causalité ?

Nous entendons démontrer ci-après que la vaccination obligatoire contre le VHB se trouve déjà considérée comme un risque professionnel. Une telle distinction dans la reconnaissance de l'imputabilité au vaccin d'une pathologie démyélinisante, entre les personnes vaccinées obligatoirement ou non, serait alors de nature à remettre définitivement en cause le socle juridique vacillant sur lequel repose depuis trop longtemps ce contentieux. Si le risque - et donc l'imputabilité - est reconnu pour les personnes vaccinées obligatoirement, par quelle aberration juridique ne le serait-il pas pour les personnes vaccinées volontairement ?

B.– La vaccination obligatoire : la reconnaissance d'un risque professionnel

La vaccination contre le virus de l'hépatite B est rendue obligatoire par l'article L3111-4 du Code de la santé publique. Textuellement, celui-ci prévoit que toute personne travaillant dans un établissement de prévention, public ou privé, ainsi que tout étudiant en sciences médicales,

[375] Civ. 1re, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *D.* 2009. 429 ; *RDSS* 2009. 367, obs. J. PEIGNE ; *RTDCiv*. 2009. 329, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1re, 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.097, *D.* 2009. 2426, obs. I. GALLMEISTER ; *RTD com.* 2010. 414, obs. B. BOULOC , Bull. civ. I n° 185 ; *RCA* 2009. comm. 328, obs. C. RADE.

[376] C. MELLOTEE, « Appréciation souveraine quand tu nous tiens… », concl. sous Civ. 1re, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.314, *D.* 2013.2306.

pharmaceutiques ou d'autres études de santé, se trouve dans l'obligation d'être immunisée, entre autre, contre cette pathologie.

Le même code prévoit, en son article L. 3111-9, que le contentieux relatif à l'indemnisation du préjudice qui résulterait d'une vaccination obligatoire – sans réserve de toute action de droit commun – est assurée par l'Office National d'Indemnisation des Maladies, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. Dès lors, et considération faite des dispositions de la loi[377] n°64-643 du 1er juillet 1964, modifiée par la loi[378] n°75-401 du 26 mai 1975, les victimes d'accidents vaccinaux liés à une vaccination obligatoire bénéficient d'un régime de responsabilité sans faute de l'État. Ce régime de responsabilité est ainsi applicable uniquement pour certaines vaccinations qui se trouvent limitativement énumérées par décret[379].

Toutefois, malgré un tel régime, il n'en demeure pas moins que les victimes d'accidents vaccinaux suite à une vaccination rendue obligatoire doivent démontrer un lien de causalité entre celle-ci et les faits imputables. La difficulté d'établir ce lien, en l'état actuel des connaissances scientifiques, a donc conduit le Conseil d'Etat à admettre une certaine largesse d'appréciation ainsi qu'il l'a déjà été énoncé ci-avant[380]. A l'inverse de ce régime de responsabilité sans faute, les personnes ayant contracté une sclérose en plaques à raison d'une vaccination non obligatoire sont, quant à elles, soumises à un régime de responsabilité pour faute[381].

Deux régimes de responsabilité apparaissent donc, du fait du seul vaccin contre le virus de l'hépatite B. De prime abord, cette distinction peut sembler justifiée comme contrepartie du service public au sein duquel collabore ou est employée la victime, la plaçant dans un régime

---

[377] Loi n°64-643 du 1 juillet 1964 relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du Code de la santé publique.

[378] Loi n°75-401 du 26 mai 1975 modifiant l'art. L10-1 du Code de la santé publique afin de faire supporter par l'Etat la réparation de tout dommage imputable directement a une vaccination obligatoire et insérant un art. L. 10-2 dans ce même code.

[379] TA Strasbourg, 9 novembre 1976, *Engel c/ Faculté de Médecine de Strasbourg* (1ère esp.) et *De Gail c/ Faculté de Médecine de Strasbourg et a*. (2ème esp.), *D*. 1977. 660, note JB AUBY ; TA Rennes, 24 avril 2002, *Joris Collin*, *RDSS* 2002. 465, obs. O. CAYLA ; CE, 1er juin 2011, *ONIAM*, req. nº 340096.

[380] Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 5 janvier 2015, *L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics* ; CE, 25 février 2011, *Mme A.*, req. n° 324051.

[381] CE, sect., 4 mai 1979, *Ministre de la Santé c/ De Gail*, req. n° 06014, *Lebon* 190.

dérogatoire, mais pour autant non exclusif [382], du droit commun. La jurisprudence administrative [383] admet en effet que la pathologie démyélinisante survenue à raison du recrutement de la victime au sein d'un établissement soumis à cette obligation vaccinale est imputable au service.

A la lecture du texte des articles L. 3111-4 et L3111-9 du Code de la santé publique, il peut sembler que la participation à des missions de service public soit le facteur principal de cette distinction. Il suffira pour s'en convaincre de se rapporter au tableau n°45 du barème indicatif d'invalidité figurant en annexe du Code de la sécurité sociale et faisant état de la liste limitative des travaux susceptibles de provoquer une affection par le virus de l'hépatite B. Sont ainsi listés les travaux effectués au sein des établissements généraux ou spécialisés de soins, des laboratoires d'analyses, des établissements de transfusion sanguine, des services de prélèvement d'organes, des services médicaux d'urgence, des services de secours et de sécurité, des services de ramassage et de traitement des ordures ménagères, ou encore des services de soins funéraires et morgues.

Néanmoins, la seule participation ne saurait suffire à établir une obligation de vaccination à l'égard de tous les agents du service public, et c'est uniquement le facteur de l'exposition de l'agent aux travaux listés dans le tableau n°45, précédemment cité, qui doit être retenu. Il est en effet compréhensible qu'un agent administratif au sein d'un établissement de soins ne soit pas tenu à une vaccination obligatoire contre le VHB. Bien que certains de ces agents puissent être amenés à côtoyer des patients, ils ne sont pas pour autant amenés à manipuler – toujours au sens du tableau n°45 – « *des produits biologiques d'origine humaine et aux objets contaminés par eux* ». Il apparaît donc que ces agents ne sont tenus à aucune vaccination obligatoire, et ne font l'objet d'aucune recommandation de vaccination. Partant, la vaccination de ces agents contre le VHB ne peut se rattacher au régime de responsabilité sans faute prévu par l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique, et doit, par conséquent, être considéré comme une vaccination volontaire.

Le Conseil d'Etat ne partage pas cette interprétation. Au contraire, la Haute Juridiction administrative a considéré[384] que *« pour prétendre à la reconnaissance de l'imputabilité d'une sclérose en plaques au service,*

[382] CE 9 mars 2007, *Commune de Grenoble*, req. n° 278665, *AJDA* 2007. 861, concl. T. OLSON ; *JCP Adm.* 2007, n°19, p. 33, note D. JEAN-PIERRE.
[383] CE 23 juillet 2014, *Mme A.*, req. n° 366470, *AJDA* 2014. 2227.
[384] CE, 04 mars 2011, *Melle A.*, req. n° 313369.

il suffit que la vaccination contre le virus de l'hépatite B ait été pratiquée dans le cadre du service, peu importe qu'elle soit dépourvue de caractère obligatoire ». Par cet arrêt, le Conseil d'Etat établit que l'accident vaccinal lié à une vaccination volontaire d'un agent public peut être imputable au service, et, par conséquent, donner lieu à une prise en charge de l'indemnisation par l'ONIAM. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat reconnait l'application de l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique à une vaccination volontaire… mais uniquement pour un agent public puisque s'inscrivant « dans le cadre du service ».

Il convient alors de se demander en quoi la situation d'une personne exerçant en dehors de la sphère publique admettrait une différence de traitement du fait d'une vaccination volontaire ? Si le critère de l'exposition de l'agent public aux risques était un facteur de distinction recevable, force est de constater que ce dernier a été rejeté par la solution retenue par le Conseil d'Etat dans l'affaire sus-évoquée. Dès lors, sur quel fondement refuser le bénéfice d'un régime de responsabilité sans faute à un particulier s'étant fait vacciner volontairement ? Surtout si cette vaccination s'inscrit dans le cadre des recommandations [385] édictées chaque année par le ministère de la Santé. Ces recommandations qui s'avèrent par ailleurs reprises dans les rapports et avis rendus[386] par le Haut Conseil de la Santé Publique.

En définitive, et sous réserve des critères d'appréciation énoncés auparavant, la sclérose en plaques déclarée par un agent public est une maladie imputable au service, peu importe que la vaccination ait été obligatoire ou non. En revanche, la même pathologie ne pourra être considérée comme une maladie professionnelle, dans le secteur privé, qu'à la condition d'avoir été rendue obligatoire par la loi.

La différence est ainsi gargantuesque puisque cela revient à admettre, *in fine*, un régime général de responsabilité sans faute pour

[385] « Calendrier des vaccinations et recommandations vaccinales », Ministère des affaires sociales et de la santé.

[386] Voir entre autres : Rapport et avis du 20 février 2015 relatifs à l'utilisation du vaccin hexavalent HexyonR destine à la primo-vaccination et à la vaccination de rappel des nourrissons contre la diphterie, le tétanos, la coqueluche, l'hépatite B, la poliomyélite et les infections invasives à *Haemophilus influenzae b ;* Avis du 27 septembre et du 7 octobre 2016 relatifs aux obligations vaccinales des professionnels de santé ; Avis du 14 février 2017 relatif aux tensions d'approvisionnement de vaccins contre l'hépatite A et l'hépatite B.

l'agent public dans l'indemnisation de son préjudice, et par conséquent une prise en charge par l'Etat.

A l'inverse, le particulier exerçant dans un cadre privé se verra quant à lui appliquer un régime de responsabilité pour faute s'il est vacciné de manière volontaire. Une telle application de ce régime aboutit dans la très grande majorité des cas à une absence de prise en charge par la sécurité sociale, faute d'avoir su démontrer un lien de causalité entre la vaccination et la déclaration d'une sclérose en plaques.

Dans le secteur public, la vaccination contre le VHB serait donc considérée comme un risque professionnel à part entière, mais pas dans le secteur privé où le risque professionnel ne pourrait être reconnu que dans le cadre d'une vaccination obligatoire. Cette distinction injustifiée est en conséquence constitutive d'une réelle rupture d'égalité.

Incontestablement, l'Etat est impliqué dans la prévention globale contre le virus de l'hépatite B. A ce titre, sa responsabilité se doit d'être globale afin de garantir à tous une parfaite égalité, tant dans la prévention de la maladie, que dans sa prise en charge.

II.- La nécessaire évolution du risque professionnel lié à la vaccination

La différence de traitement développée *infra* entre les agents publics et les acteurs privés, relativement à la reconnaissance d'une SEP déclarée suite à une vaccination contre le VHB, semble pouvoir être contestée. En dépit d'une position stable de la part du Conseil constitutionnel sur la question de l'égalité de traitement entre agents publics et acteurs privés, il nous apparaît que l'interprétation du Conseil d'Etat évoquée ci-avant[387] engendre de nouvelles circonstances de droit et de faits (A).

Il ne s'agira pas pour autant de renoncer à l'absence de distinction entre vaccination volontaire ou obligatoire, mais bien de l'appliquer de manière générale, à toutes les victimes d'un accident vaccinal dans un cadre professionnel. L'Etat, *via* la Société Nationale de Santé et du Médicament – anciennement AFSAPS – est effectivement responsable de la commercialisation et du suivi de tels produits de santé. A cet égard, sa

[387] CE, 04 mars 2011, *Melle A.*, req. n° 313369.

responsabilité doit pouvoir être engagée de manière systématique dans l'hypothèse d'un accident vaccinal, quand bien même l'état actuel des connaissances scientifiques ne permettrait de déterminer avec certitude un lien entre la pathologie déclarée et ledit vaccin. Dès lors qu'une présomption grave, précise et concordante existe à ce titre, elle doit suffire à faire bénéficier la victime d'une indemnisation de son préjudice, basée sur un régime de responsabilité sans faute de droit commun. En cela, le régime actuel de responsabilité des médicaments, reposant sur le régime de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être délaissé au profit d'un régime spécifique à ce type de produits (B).

A.– La rupture d'égalité dans la reconnaissance du risque professionnel

La jurisprudence rendue par le Conseil constitutionnel, relativement à une différence de traitement entre le secteur public et le secteur privé, fait montre d'une constance certaine.

Le Conseil dispose à cet égard d'une position claire et affirmée en ce que le principe d'égalité, tel qu'il découle de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et en ce qu'il « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »[388]. Il en est notamment ainsi de la distinction entre agents publics et salariés du secteur privé[389].

Concernant les accidents vaccinaux, c'est effectivement de cette façon qu'a procédé le législateur, par le biais de l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique. La distinction entre les victimes pouvait indéniablement se justifier eu égard à la nature de la vaccination, obligatoire ou volontaire. Partant, une interprétation stricte du texte par les

[388] Cons. Const., déc. n° 2010-24 QPC du 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres (Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral)*, cons. 5 et 6 ; Cons. Const., déc. n° 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres (Prélèvement sur les « retraites chapeau »)*, cons. 4.

[389] Cons. Const. déc. n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014, *Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites*, cons. 24. ; CE, 15 mai 2012, n° 340106, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* ; Cons. Const. déc. n° 2011-134 QPC du 17 juin 2011, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT et autres (Réorientation professionnelle des fonctionnaires)*, cons. 21. ; Cons. Const. déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 34.

Hautes Juridictions administrative et judiciaire aurait permis une cohérence jurisprudentielle et une différence de traitement entre les victimes parfaitement justifiée en droit. Toutefois, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont adopté, comme nous l'avons établi au début de cette présentation, des divergences d'interprétation substantielles dans la question du lien de causalité. A ce titre, la haute juridiction administrative s'est montrée beaucoup plus indulgente que son homologue judiciaire, allant même jusqu'à retenir[390] l'imputabilité au service de la maladie contractée à la suite d'un vaccin, pourtant non obligatoire.

C'est donc à partir de cette extension prétorienne du champ d'application de la loi que la rupture d'égalité se révèle. Si un agent public peut bénéficier de la prise en charge de sa pathologie qui se trouve en conséquence reconnue comme « professionnelle » alors que cette vaccination n'était pas obligatoire ; pourquoi en serait-il différemment pour une victime du secteur privé ? Qui plus est considération faite des incitations et recommandations des autorités sanitaires quant à la vaccination contre le virus de l'hépatite B. Peut-être convient-il de rappeler la teneur des rapports et avis du Haut Conseil de la Santé Publique cités ci-avant[391], ou des calendriers des vaccinations et des recommandations vaccinales, également cités[392]. Il conviendra à ce titre de ne pas se rapporter au calendrier vaccinal 2017, en raison des difficultés d'approvisionnement rencontrées actuellement[393], et qui opère donc une priorisation. Le rapport 2016 reste néanmoins tout aussi explicite : *« La vaccination contre l'hépatite B est recommandée chez tous les nourrissons. Un rattrapage vaccinal est recommandé chez les enfants et les adolescents jusqu'à l'âge de 15 ans révolus. Tout enfant ou adolescent âgé de moins de 16 ans, non antérieurement vacciné, devrait se voir proposer la vaccination contre l'hépatite B à l'occasion d'une consultation médicale ou de prévention. […] En outre, la vaccination contre l'hépatite B est recommandée pour les personnes qui, dans le cadre d'activités professionnelles ou bénévoles, sont susceptibles d'être en contact direct avec des patients et/ou d'être exposées au sang et autres produits biologiques, soit directement (contact direct, projections), soit indirectement (manipulation et transport de dispositifs médicaux, de prélèvements biologiques, de linge, de déchets). À titre indicatif et non limitatif sont concernés : les professionnels de santé libéraux, les secouristes, les gardiens de prison, les éboueurs, les égoutiers, les*

[390] *Ibid*. 187.
[391] *Ibid*. 186.
[392] *Ibid*. 185.
[393] Haut Conseil de la Santé Publique, avis du 14 février 2017, relatif aux tensions d'approvisionnement des vaccins contre l'hépatite A et l'hépatite B.

policiers, les tatoueurs... Le contrôle de l'immunité doit être effectué pour ces personnes ».

La différence de traitement instituée par le Conseil d'Etat s'établit en ce qu'un agent public vacciné volontairement, mais dans le cadre du service et déclarant une SEP, sera pris en charge au titre d'une maladie imputable au service. A l'inverse, une personne exerçant dans la sphère privée et pouvant se considérer comme visée par la liste de recommandation (non limitative), ne pourra nullement prétendre à une quelconque mise en cause de l'Etat, ni même à une prise en charge au titre des maladies professionnelles (la liste étant donnée à titre indicatif). Il pourrait par exemple en être ainsi d'un avocat amené à se rendre dans les établissements pénitenciers pour rencontrer ses clients, ou au sein même des établissements de police ou de gendarmerie lors des gardes à vues, ou encore dans les hôpitaux…De même pour un plombier qui est, de par sa profession, amené à être confronté à des eaux usés à l'instar d'un égoutier. Les recommandations de vaccination dans le cadre professionnel privé ne peuvent être limitatives tant elles sont nombreuses. Chaque profession peut avoir un facteur d'exposition au VHB, plus ou moins grand selon les tâches exercées, mais tout de même présent. Dès lors, la vaccination de ces personnes est indéniablement réalisée dans un cadre professionnel, mais, en l'état actuel de la législation, ne saurait être pris en charge à ce titre par la sécurité sociale.

La différence dans la reconnaissance de la maladie imputable au service ou de la maladie professionnelle pour une vaccination non obligatoire n'est désormais plus justifiée eu égard à la position jurisprudentielle du Conseil d'Etat dans son arrêt *Melle A.* précité. Le principe d'égalité permet en effet de traiter différemment des situations différentes, toutefois, et ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel[394], *« il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »*.

Incontestablement, les victimes d'un accident vaccinal, survenu en raison d'un risque d'exposition dans le cadre professionnel, doivent connaître un traitement similaire peu important que ces personnes répondent d'un régime de droit public ou de droit privé. Il est en effet incompréhensible que l'agent public puisse bénéficier de la reconnaissance de l'accident vaccinal survenu à la suite d'une vaccination non obligatoire, et que le travailleur du secteur privé ne le puisse. La condition substantielle pour cette reconnaissance sera alors, pour la

[394] *Ibid*. 188. Mêmes décisions.

victime, de démontrer un réel risque d'exposition à la pathologie contre laquelle il s'est fait vacciner.

Au-delà du seul cas de la SEP déclarée suite à une vaccination contre le VHB, se pose la question de la responsabilité. Peut-on réellement considérer que la faute est imputable au seul fabricant lorsqu'il appartient à l'Etat de s'assurer de la conformité et du suivi des produits de santé et médicamenteux ? De même, comment considérer que l'Etat puisse ne pas être tenu responsable dans l'hypothèse où la vaccination n'était pas obligatoire, mais recommandée ? Indéniablement, il s'agira ici d'étendre le régime de responsabilité sans faute à l'ensemble des victimes dès lors qu'il existera, en sus d'un risque sérieux d'exposition à la pathologie objet du vaccin, des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes entre la vaccination et la survenance de la pathologie.

La responsabilité générale du fait des produits défectueux n'est plus adapté aux produits de santé et/ou médicamenteux et doit être supplanté par un régime spécial de responsabilité.

B.– La nécessité d'établir un régime spécial de responsabilité du fait des produits de santé / médicamenteux

La nécessité de préciser le régime de responsabilité du faits des produits de santé / médicamenteux n'est pas nouvelle. En effet, elle était déjà développée [395] devant la Haute juridiction judiciaire dès 2013 à l'occasion d'un litige ayant trait à la déclaration d'une SEP suite à une vaccination contre le VHB. Monsieur Mellotée, avocat général, invitait alors les hauts magistrats *«* […] *à mettre en place une approche normative permettant qu'il leur* [aux produits de santé et vaccinaux] *soit réservé un traitement moins diversifié et mieux maitrisé et qu'il bénéficie d'une plus grande visibilité*. […] ».

Partant, Monsieur Mellotée proposait alors à la Cour de cassation de procéder *« à l'instauration d'une présomption de droit applicable à la défectuosité du vaccin contre le virus de l'hépatite B »*, de *« mettre en œuvre – à l'instar du Conseil d'Etat – un délai fixe pour qu'un lien de causalité puisse être, selon le cas, retenu ou exclu entre la vaccination et la maladie »*, et à *« repenser les liens entre causalité juridique et scientifique »*. La Cour, si elle a suivi les conclusions de l'avocat général

[395] C. MELLOTEE, « Appréciation souveraine quand tu nous tiens… », concl. Sous Civ. 1re, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.314, *D.* 2013.2306.

sur le fond, a cependant délaissé ces aspirations progressistes, auxquelles la doctrine[396] ne s'est quant à elle pas montrée insensible.

Toutefois, l'idée d'une création d'un régime spécial de responsabilité pour les produits de santé et/ou médicamenteux peut poser une problématique d'ordre normatif. En effet, la responsabilité desdits produits est intégrée dans le cadre général des produits défectueux, prévu au nouvel article 1245-8 du Code civil, lui-même soumis au cadre défini par la directive européenne[397] 85/374.

Le parallèle avec le droit allemand est intéressant puisque ce dernier présente cette particularité de bénéficier d'un régime spécial de responsabilité du fait des médicaments[398]. Cependant, la survivance de ce régime est uniquement due à son antériorité à la directive de 1985. L'article 13 de cette dernière prévoit ainsi qu'elle ne saurait : *« […] porter atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive »*. La Cour de Luxembourg fait montre d'une application stricte de ce point de compétence *ratione materiae*, en refusant notamment toute modification ultérieure dudit régime spécifique[399] , tout en rappelant que la directive n'a pas pour objet d'opérer une harmonisation exhaustive de la responsabilité du fait des produits défectueux[400].

---

[396] Ph. BRUN, « Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ? », *D.*2013.2312 ; J.-S. BORGHETTI, « Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique », *D.* 2013.2315.

[397] Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

[398] Voir à ce titre : J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des produits de santé et l'étendue de l'harmonisation réalisée par la directive du 25 juillet 1985 » : *D.* 2015.549.

[399] Voir à ce titre : M. SPUZNAR, concl. sous CJUE, 20 novembre 2014, aff. C-310/13, *Novo Nordisk Pharma GmbH*.

[400] CJCE 4 juin 2009, aff. C-285/08, *Moteurs Leroy Somer c/ Dalkia France*, *D.* 2009. 1731, note J.-S. BORGHETTI, 2047, chron. J. ROCHFELD, et 2010. 49, obs. O. GOUT ; *RTDCiv*. 2009. 738, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2009, n° 27, p. 35, note P. JOURDAIN, et n° 38, p. 42, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* 2009/63, n° 3533, obs. P. BUGNICOURT ; *RDC* 2009. 1381, obs. G. VINEY, et 1448, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; CJUE 21 décembre. 2011, aff. C-495/10, *Centre hospitalier de Besançon*, *D.* 2012. 926, note J.-S. BORGHETTI, 1558, P. VERON et F. VIALLA, et 2013. 40, obs. O. GOUT ; *AJDA* 2011. 2505, et 2012. 306, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RTDCiv*. 2012. 329, obs. P. JOURDAIN ; *RTD eur*. 2012. 679, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; *RCA* 2012. étude 8, note S. HOCQUET-BERG.

En droit français, nous ne pouvons que rejoindre les considérations[401] du professeur Borghetti, pour qui, il est évident *« que la Cour de Luxembourg n'acceptera jamais de considérer que ce domaine* [la responsabilité du fait des produits de santé et/ou médicamenteux] *échappe, en droit français, à l'harmonisation opérée par la directive »*. Malgré cela, ce dernier rappelle que la directive *« ne s'oppose nullement à ce que les droits nationaux développent ou maintiennent des règles propres sur les points non couverts par l'harmonisation communautaire »*.

Dès lors, l'établissement d'un régime spécial de responsabilité en droit français peut sembler fort compromis. Fort compromis, certes, mais pas impossible pour autant.

Saisi d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation française[402], la Cour de Luxembourg a eu à connaître du fait de savoir: i) si les présomptions [graves, précises et concordantes] précitées sont compatibles avec la directive 85/374 ; ii) si l'application systématique de ces présomptions est compatible avec la directive 85/374, et iii) si, au cas où de telles présomptions seraient incompatibles avec la Directive, le demandeur devrait apporter la preuve scientifique d'un lien de causalité.

Dans ses conclusions [403] présentées le 17 mars 2017, l'avocat général Bobek conclut à la conformité des procédés procéduraux français

---

[401] *Ibid*. 198.

[402] Civ. 1re, 15 mai 2015, pourvoi n° 14-13.151, *D*. 2015. 1156 ; *ibid*. 2016. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *RTDCiv*. 2015. 635, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1re, 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-18.118, *D*. 2015. 2602, note J.-S. BORGHETTI.

[403] M. BOBEK, concl. sur aff. C-621/15, *W, X, Y contre Sanofi Pasteur MSD SNC, Caisse primaire d'assurance maladie des Hauts-de-Seine, Caisse Carpimko*. : *« […] ne s'oppose pas en soi, dans le domaine de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent, à un mode de preuve selon lequel le juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, peut estimer que les éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à prouver le défaut du vaccin et l'existence d'un lien de causalité de celui-ci avec la maladie, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit pas de lien entre la vaccination et la survenance de la maladie, pour autant qu'un tel mode de preuve n'aboutisse pas, dans les faits, à un renversement de la charge de la preuve du défaut, du dommage, ou du lien de causalité entre ces deux éléments.*
Plus précisément, un tel mode de preuve peut uniquement comporter des présomptions qui sont exigeantes pour justifier les conséquences qui en sont tirées ; sont réfragables ; n'entravent pas indument la libre appréciation des preuves par le juge national […] ; n'empêchent pas les juridictions nationales de prendre dument en considération, sans préjudice des règles de recevabilité des preuves, toute recherche médicale pertinente qui leur serait présentée, ni n'imposent en tant qu'exigence

en la matière, et notamment du recours aux présomptions. La Cour de Luxembourg[404] a suivi les conclusions de l'avocat général, mais force est de constater que cela ne vient qu'entériner une pratique procédurale déjà établie depuis plusieurs années…et ne fait émerger aucun nouvel espoir d'harmonisation entre nos juridictions internes.

A ce titre, la Cour de Luxembourg a déjà eu l'occasion de préciser[405] que la directive n'avait pas vocation à s'appliquer à un prestataire de services pour le dommage causé par les produits qu'il utilise. Si le Conseil d'Etat[406] s'est prévalu de cette décision pour retenir la responsabilité des établissements de santé, la Cour de cassation[407], quant à elle, s'en est tenu au rejet des prétentions fondées sur ledit texte européen.

Notre proposition de retenir alors la responsabilité sans faute de l'Etat, eu égard à ses missions de sûreté des produits de santé et médicamenteux, serait de nature à en faire un intermédiaire entre les utilisateurs des produits et leurs producteurs. A ce titre, il nous semble parfaitement plausible d'établir un nouveau régime de responsabilité spécifique, qui n'entrerait dès lors plus dans le champ de compétence de la directive 85/374 mais qui pourrait toutefois s'en inspirer. Un tel régime serait dès lors un préalable à l'établissement de critères stables dans la reconnaissance de l'imputabilité des accidents vaccinaux et médicamenteux. De même, il conviendrait alors de procéder à l'instauration d'une possible action récursoire entre l'Etat et les laboratoires en cas de fraudes ou d'actes dolosifs de la part de ces derniers.

---

absolue de présenter une recherche médicale afin de démontrer le défaut ou le lien de causalité ».

[404] CJUE, 21 juin 2017, *N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur MSD e.a.,* aff. C-621/15.

[405] CJUE, 21 décembre 2011, *Centre hospitalier de Besançon*, aff. C-495/10, D. 2012. 926, note J.-S. BORGHETTI, 1558, P. VERON et F. VIALLA, et 2013. 40, obs. O. GOUT ; *AJDA* 2011. 2505, et 2012. 306, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RTDCiv*. 2012. 329, obs. P. JOURDAIN ; *RTD eur*. 2012. 679, obs. C. AUBERT DE VINCELLES ; *RCA* 2012. étude 8, note S. HOCQUET-BERG.

[406] CE 12 mars 2012, *CHU de Besançon*, req. n° 327449, *Lebon*, *AJDA* 2012. 575 ; *ibid*. 1665, étude H. BELRHALI-BERNARD ; *D.* 2013. 40, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *RFDA* 2012. 961, chron. C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLEMENT-WILZ et F. MARTUCCI ; *RDSS* 2012. 716, note J. PEIGNE ; *RTD eur*. 2012. 925, obs. D. RITLENG.

[407] Civ. 1re, 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.510, *D.* 2012. 2277, note M. BACACHE ; *ibid.* 2013. 40, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *RTDCiv.* 2012. 737, obs. P. JOURDAIN ; *RTD eur*. 2013. 292-36, obs. N. RIAS et 20 mars 2013, pourvoi n° 12-12.300, *D*. 2013. 836, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid*. 2014. 47, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *RTDCiv*. 2013. 616, obs. P. JOURDAIN.

Si cette sortie du champ de la directive devait s'avérer irréalisable et que les produits de santé et médicamenteux devaient rester régis par le régime du fait des produits défectueux, rien n'empêcherait cependant le législateur d'étendre la portée de ce régime et d'y apporter lesdites modifications, même substantielles. L'interprétation de la directive donnée par la CJUE ne saurait en effet s'opposer à certaines modifications dès lors que celles-ci ne seraient pas de nature à méconnaître ses apports, et notamment son article 4 relatif à la charge de la preuve. Ainsi, au titre des modifications que nous avons proposé, le régime général se verrait préciser dès lors que les victimes pourront établir que la vaccination a été opérée en raison de l'exposition à un risque dans le cadre professionnel, et qu'ils rapporteront des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes entre la déclaration de leur pathologie et la vaccination. Il conviendrait, là encore et dans les mêmes conditions, de prévoir une possible action récursoire entre l'Etat et les laboratoires.

D'une façon ou d'une autre, dans le champ de la directive ou en dehors, la distinction entre les victimes d'un accident vaccinal selon que la vaccination ait été obligatoire ou non, doit disparaître. Tant dans l'optique d'une harmonisation jurisprudentielle, que dans celle d'une meilleure sécurité juridique, il convient désormais d'assurer aux victimes une véritable égalité devant la prise en charge de la sclérose en plaques.

Rapport conclusif

Cathy POMART

Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Université de La Réunion

L'expression « sécurité sanitaire » a fait une apparition remarquée en droit français suite à l'affaire dite du sang contaminé en 1992. La sécurité sanitaire s'entend comme la protection contre les risques liés au fonctionnement du système de santé[408]. Au regard des scandales sanitaires qui se sont multipliés ces dernières années, scandales notamment liés à certains médicaments, la sécurité sanitaire semble, pour certains auteurs, une « *impossible équation* »[409]. Faut-il être si pessimistes ? Y a-t-il encore des raisons d'espérer ?

Différents scandales se sont en effet succédés et ont été évoqués aujourd'hui (*nous n'avons aucune prétention à l'exhaustivité)* : celui du Distilbène (Laboratoires UCB Pharma et Novartis), de l'Isoméride et du Mediator (Laboratoire Servier), de la Dépakine (Laboratoire SANOFI – plus récemment depuis juillet 2016), etc. Si on élargit l'approche aux produits de santé, on peut évoquer les contraceptifs : le dispositif contraceptif Essure (Laboratoire Bayer HealthCare) ou encore le stérilet hormonal Mirena (Laboratoires Bayer). Ces dispositifs médicaux font l'objet d'une surveillance accrue du fait d'une augmentation des signalements mais le rapport « bénéfice/risque » de ces produits ne semble pas – pour l'heure – devoir être remis en cause en France alors que ces dispositifs sont parfois interdits dans d'autres Etats.

La question de la délimitation du champ de notre réflexion et de nos propositions s'est alors posée : fallait-il réfléchir sur le médicament (au sens de la définition légale consacrée à l'article L. 5111-1 du CSP), élément fondamental sur lequel repose le droit pharmaceutique ou fallait-il privilégier une réflexion autour de la notion de produit de santé (notion que n'a pas de définition légale mais qui renvoie à une énumération à l'article L. 5311-1 du CSP) en intégrant également la question des

[408] V. D. TABUTEAU, « La sécurité sanitaire, réforme institutionnelle ou résurgence des politiques de santé publique ? », *in Les Tribunes de la santé* 2007/3, n° 16.
[409] Selon une expression empruntée au Dr. BLOCH, titre de l'article paru dans La Croix le 23 mai 2017.

vaccinations ? L'enjeu est d'actualité alors que onze vaccins obligatoires se profilent en France. Nous n'avons pas souhaité *a priori* fermer de portes dans la réflexion.

La thématique de la journée d'études s'est imposée en raison des attentes nombreuses de la société, et plus particulièrement des victimes et des familles. A La Réunion, cette journée d'études devait en outre permettre d'avoir une idée plus précise du nombre de victimes concernées par ces scandales, et notamment par celui du Mediator (précisons que 700 000 boîtes de Mediator y ont été vendues entre 2001 et 2009 mais peu de victimes ont été clairement identifiées). Il semblait important d'offrir une occasion d'échange et de débat autour de la question des risques médicamenteux précisément parce la qualité de victime – qui, selon Céline KUHN[410], ne se discute pas – est très/trop souvent discutée.

L'enjeu de cette journée était double et elle a – me semble-t-il – tenu ses promesses grâce à chacun. Il s'agissait tout d'abord de faire le point sur les réactions du droit (et plus précisément du droit de la responsabilité) par rapport à ces différents scandales, de mettre en exergue les similitudes et les différences notables entre ces affaires, d'expliquer les limites de l'intervention du droit – qui pourtant s'est remis en cause à plusieurs reprises, à la faveur de diverses réformes – pour anticiper ces crises et répondre aux attentes sociétales (I). Il s'agissait également d'envisager des pistes de réforme et d'avancer des propositions pour mieux répondre à l'avenir à cette problématique des risques médicamenteux. Les scandales sanitaires interrogent le droit et l'invitent résolument à se remettre en cause (II).

I.- *Ce qui a été fait* – L'évolution progressive de notre droit

L'évolution évoquée est le fruit d'avancées législatives et jurisprudentielles.

Des initiatives législatives – L'objectif affirmé de telles initiatives a été de redonner confiance en la sécurité sanitaire des produits de santé. Cette confiance a été et, est toujours, sérieusement entamée alors

[410] V. C. KUHN, « Le risque médicamenteux : une violence médicale », contribution *supra*.

pourtant qu'elle est à la base – comme nous le rappelait Céline KUHN[411] – de la relation patient-soignant. On songe notamment à la loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, à la loi n°98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, à la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire des médicaments et des produits de santé, au décret n°2012-1244 du 8 novembre 2012 relatif au renforcement des dispositifs en matière de sécurité des médicaments (directive 2010/84/UE) mais encore à la loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

Des initiatives jurisprudentielles – Si certaines décisions ont pu être considérées comme décevantes (notamment en droit pénal où les qualifications introuvables cohabitent avec les qualifications envisageables mais résolument bien timides, comme nous l'a montré Romain OLLARD[412]), d'autres semblent véritablement plus audacieuses.

Des avancées ont donc été réalisées au gré des scandales (A) mais ces réponses du droit sont parfois délicates à articuler entre elles (B).

A.– Des avancées au gré des scandales

Il s'agit le plus souvent d'une législation et d'une jurisprudence « *de réaction* », selon une expression empruntée à Laurent BLOCH[413].

1 – Des avancées législatives

* *Des avancées ponctuelles mais néanmoins importantes sont à noter.* On peut songer par exemple à l'ouverture par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de l'action de groupe en matière sanitaire (Art. L 1143-1 du CSP) évoquée par Jonas KNETSCH [414] au titre des évolutions

411 V. C. KUHN, *Ibid*.
412 V. R. OLLARD, « Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité pénale introuvable ? », contribution *supra*.
413 V. L. BLOCH, « Responsabilité du fait d'un médicament. Scandale de la Dépakine : le « fonds » de la discorde », Responsabilité civile et assurances n°10, octobre 2016, alerte 24.
414 V. J. KNETSCH, « Faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ? », contribution *supra*.

procédurales même si on peut regretter, avec lui, que cette action ne soit ouverte que dans le cadre de l'action en responsabilité pour faute (Art. 1240 du Cciv.) et non en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

* *Un mouvement de fond allant en s'accentuant doit en outre être souligné, mouvement qui se concrétise par le développement de mécanismes de contrôle permettant de s'adapter au risque.* On songe ici à l'intervention de l'Etat au titre de la prévention des crises, intervention mise en évidence par Olivier DESAULNAY qui nous a indiqué la marge de progression existante en la matière[415]. La sécurité sanitaire est une prérogative régalienne et les autorisations de mise sur le marché, notamment, sont délivrées au nom de l'Etat (Art. L. 5322-2 du CSP). C'est en conséquence la responsabilité de l'Etat, et non celle d'une agence de santé (quelque qu'elle soit), qui doit être engagée en cas de dysfonctionnement de ce contrôle. Ceci nécessite d'établir un rapport bénéfice/risque (effets désirés *versus* effets indésirables). Il semble important de rappeler – et nombre de nos intervenants l'ont fait –, que le médicament est avant tout une substance active, un poison. Le risque zéro n'existe pas. Pour réaliser la balance attendue, au moment de l'autorisation de mise sur le marché comme par la suite, il faut disposer d'une connaissance des deux paramètres de l'équation à savoir d'une part l'évolution prévisible de la maladie sans et avec traitement et d'autre part les effets, positifs et indésirables, des médicaments. Le contrôle en aval s'effectue *via* la pharmacovigilance qui permet le suivi *post* autorisation de mise sur le marché d'une spécialité afin d'en connaître les effets *in concreto.* Rappelons en effet que le médicament est un bien particulier qui n'a d'effets que lorsqu'il est assimilé par une personne lorsqu'il a, comme l'indiquait fort justement Céline KUHN[416], une affectation corporelle. Cette activité de pharmacovigilance est une mission de police administrative spéciale[417]. Les décisions prises en matière de police sanitaire sont là encore prises au nom de l'État (Art. L. 5322-2 du CSP), en raison de la nature d'établissement public placé sous la tutelle du ministre de la Santé reconnue à l'Agence Nationale de sécurité du médicament (Art. L. 5311-1 du CSP). Au regard de l'évolution des connaissances scientifiques et des observations effectuées, certains produits pharmaceutiques peuvent voir leur autorisation de mise sur le marché (initialement délivrée pour 5 ans) modifiée, suspendue voire

[415] V. O. DESAULNAY, « Juger l'implication étatique dans les scandales sanitaires », contribution *supra*.
[416] V. C. KUHN, « Le risque médicamenteux : une violence médicale », contribution *supra*.
[417] V. CE sect., 25 avril 1958, *Société des laboratoires Geigy*, Lebon p. 236.

abrogée si leur rapport bénéfice/risque n'est plus considéré comme satisfaisant (Art. L. 5121-9 du CSP). L'activité de pharmacovigilance, externalisée en 1993 vers une autorité administrative indépendante, est encadrée par des directives et règlements européens.

En matière de contrôle et d'adaptation de ce contrôle au risque, des avancées ont été réalisées ces dernières années – un peu à marche forcée au gré des scandales – mais une marge de progression est encore possible[418]. L'affaire du Docétaxel illustre, en tout état de cause, les réglages encore nécessaires en matière de mécanismes de contrôle et l'articulation à trouver entre instances nationale et européenne (*l'enquête du Centre de pharmacologie de Toulouse qui a donné lieu au Rapport du Pr J.-L. Montastruc présenté en comité technique de pharmacovigilance le 28 mars 2017 étant dénoncée par l'Agence européenne du médicament*). La cacophonie n'aide pas les victimes et la recommandation nationale consistant – en l'espèce – à éviter, si possible, l'utilisation du produit laisse perplexe.

2 – Des avancées jurisprudentielles

L'objectif commun de ces avancées jurisprudentielles consiste à faciliter les actions de victimes. Deux tendances peuvent être ici présentées.

* *La souplesse dans la caractérisation du fait générateur de la responsabilité de l'Etat : l'abandon de l'exigence de la faute lourde en droit administratif.* Cette évolution s'est profilée dès 1993[419] avant d'être confirmée par la suite[420]. La justification de l'abandon de la faute lourde

---

[418] V. le Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales de juin 2011 sur la pharmacovigilance et la gouvernance de la chaîne du médicament qui souligne l'absence de « *centre réel de décision ni politique, ni administratif, situation laissant le champ ouvert à toutes les influences* ». (V. M. AQUILINO, A.-C. BENSADON, M. ETIENNE, *Enquête sur le Mediator®*, Inspection générale des affaires sociales, 2011). V. également Rapport DEBRÉ et EVEN (mars 2011) et Rapport des Assises du médicament (juin 2011) qui soulignent la nécessité de rééquilibrer l'expertise interne (experts salariés d'une institution) et externe (experts auxquels il est fait appel ponctuellement sur un dossier) au sein des agences.

[419] V. Affaire du sang contaminé : CE 9 avril 1993, *M.D.*, req. n°138653, Lebon p. 110. V. J. PEIGNE, « Responsabilité de l'État en matière de mise sur le marché des médicaments », *Dr. adm.* 2001, chron. 16, p. 4.

[420] V. Affaire du Mediator : TA Paris, 3 juillet 2014, req. n°1312345, *AJDA* 2014, p. 2490, note S. BRIMO ; CE 9 novembre 2016 (3 arrêts), req. n° 393902, n° 393904, n° 393108, *AJDA* 2017, p. 426, S. BRIMO, *Dr adm.* n°1, janvier 2017, comm. 3,

dans l'engagement de la responsabilité de l'Etat réside dans le fait que le Conseil d'Etat estime que la nature des pouvoirs conférés aux autorités chargées de la police sanitaire relative aux médicaments et les buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, justifient que la responsabilité de l'État puisse être engagée par toute faute commise dans l'exercice de ces attributions dès lors qu'un préjudice direct et certain en découle. L'objectif de protection de la santé publique [421] l'emporte sur les considérations relatives à la difficulté de l'activité[422]. Dans l'affaire jugée le 9 novembre 2016, la faute est une carence fautive de l'agence – donc de l'Etat – dans sa mission de pharmacovigilance. L'Agence Nationale de la Sécurité du Médicament aurait dû retirer l'autorisation de mise sur le marché dès 1999 au regard des informations dont disposaient les autorités sur les dangers du Benfluorex.

* *La souplesse dans la caractérisation du préjudice indemnisable : l'admission d'un nouveau chef de préjudice via la réparation du préjudice d'anxiété.* Sur ce point, on peut observer un alignement du juge administratif sur la position du juge judiciaire.

Le juge judiciaire avait déjà admis la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété dans plusieurs dossiers, notamment à l'égard des victimes contaminées par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion [423], des travailleurs exposés à l'amiante [424] ou encore des femmes ayant été exposées *in utero* au Distilbène[425]. La Cour de cassation a toutefois précisé, dans un arrêt du 2 juillet 2015 ayant trait à l'affaire de Distilbène, que ce préjudice d'anxiété devait être *« un préjudice distinct du déficit fonctionnel permanent »* (le DFP étant un préjudice indemnisé par ailleurs). Le préjudice spécifique d'anxiété suppose l'existence d'un risque certain de dommage grave [426]. Ce préjudice a notamment été envisagé dans l'affaire du Mediator[427] sans pouvoir être retenu en raison

---

C. LANTERO, *RDSS* 2016, p. 1160, p. 1162, p. 1166, note J. PEIGNE, *AJDA* 2016, p. 2134, obs. M.-C. DE MONTECLER.

[421] Cet objectif est consacré en droit de l'Union européenne : CJUE, 3 décembre 2015, aff. C-82/15.

[422] V. CE sect. 21 juin 2000, *Ministre de l'Equipement, du transport et du logement c/ Commune Roquebrune-Cap-Martin*, req. n° 202058, *Lebon* p. 236.

[423] V. Civ. 1re, 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-12.868.

[424] V. Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 09-42.241, *RTDCiv.* 2010, p. 564, obs. P. JOURDAIN.

[425] V. Civ. 1re, 2 juillet 2014, pourvoi n° 10-19.206, *D.* 2014. 2362, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON.

[426] V. Civ. 1re, 2 juillet 2015, pourvoi n°14-19.481.

[427] V. TGI Nanterre, réf. 28 janvier 2016, n°15/01743 et n°15/01586.

du jeu de la cause d'exonération fondée sur le risque de développement prévue à l'article 1245-10 alinéa 5 du Code civil[428].

Le juge administratif a progressivement tempéré sa réticence à l'égard de la réparation du préjudice moral [429]. La jurisprudence administrative avait déjà accepté d'indemniser une angoisse consécutive à la déclaration d'une pathologie ou à la certitude d'une espérance de vie réduite[430]. Elle franchit une étape nouvelle en admettant la possibilité d'indemniser un préjudice spécifique d'anxiété. Il s'agit de réparer une angoisse consécutive à l'exposition à un facteur de risque, sans que ce risque se soit réalisé et, surtout, sans qu'il soit certain qu'il se réalise un jour. En d'autres termes, on répare l'anxiété face au risque[431].

Ceci explique que le Conseil d'État ait fixé des conditions pour admettre que les victimes puissent invoquer un préjudice d'anxiété. Pour ouvrir droit à réparation, un tel préjudice doit présenter un caractère direct et certain, ce que le juge doit apprécier en tenant compte d'éléments objectifs (*telles la gravité des pathologies risquant de se développer et la probabilité qu'elles se développent*) et subjectifs (*la crainte, les circonstances particulières tenant à la situation du patient*). Dans l'affaire du Mediator, le Conseil d'État a pu considérer que le préjudice d'anxiété d'une requérante n'était pas direct et certain, dès lors que la requérante ne faisait valoir aucune circonstance particulière et que le risque de développer une hypertension pulmonaire grave était très faible, celui de développer une valvulopathie restant également faible et diminuant même rapidement dans les mois qui suivent l'arrêt de l'exposition au Benfluorex. Par ailleurs, cette dernière se prévalait seulement de « données générales » relatives au risque et du « retentissement médiatique » de l'affaire, alors que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a diffusé aux patients une information claire et précise sur la réalité des risques. La Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, a tenté d'objectiver les critères d'indemnisation du préjudice d'anxiété pour éviter des demandes en tous sens. La Cour de cassation avait exonéré les travailleurs de la charge de rapporter la preuve de leur préjudice

[428] V. CA Versailles, 27 octobre 2016, n°16/03382 et n°16/03018.

[429] A l'origine, la Haute juridiction administrative estimait en effet que la douleur morale n'étant pas appréciable en argent, elle n'était pas un dommage susceptible de réparation : v. par ex. la douleur morale causée par le décès d'un enfant : CE Ass. 24 novembre 1961, n° 4881, *Ministre Travaux publics c/ Letisserand, Lebon* p. 661.

[430] ex : crainte d'une évolution défavorable de l'état de santé du fait d'une contamination virale : CE 19 décembre 2007, *Tourancheau c/ Etablissement français du sang, Lebon* p. 512 ; CE Ass. 4 juill. 2003, *M^me^ Moya-Caville,* req. n° 211106, *Lebon* p. 323.

[431] V. CE 9 novembre 2016 (3 arrêts), préc. *supra* note 220.

d'anxiété du fait d'une exposition à l'amiante[432] ; elle a dû rectifier le tir face à l'abondance des demandes[433].

Malgré cet encadrement, les problèmes demeurent cependant : l'anxiété et les troubles qu'elle induit chez un patient, par hypothèse déjà malade, et exposé à un risque nouveau lié à son traitement sont délicats à apprécier. Par ailleurs, on peut considérer, à l'instar de certains auteurs, que la reconnaissance d'un préjudice d'anxiété renforce « *le morcellement du préjudice moral* »[434].

B.– Des réponses difficiles à articuler

Les notions de « faute » et de « lien de causalité » diffèrent selon les juridictions qui s'en saisissent. L'absence d'articulation des décisions entre elles rend l'état de notre droit peu lisible.

1 – La faute, une notion plurielle

La faute pénale est tout à fait particulière lorsqu'il s'agit d'une faute intentionnelle : un dol pénal est alors requis, autrement dit, il faut – *a minima* – parvenir à prouver une conscience et une volonté de commettre l'infraction (les exigences étant accrues pour établir un dol spécial). La plupart du temps ce dol est absent ou sa preuve impossible, ce qui conduit à devoir exclure, comme le constatait Romain OLLARD [435], les qualifications intentionnelles d'empoisonnement et d'administration de substance nuisible.

Cependant, même sur le volet de la faute d'imprudence – et alors que nous avons la même dénomination –, les fautes civiles et pénales ne sont pas identiques. Cet effet de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 est parfois difficile à comprendre pour les victimes. Il convient donc de prouver l'existence du lien de causalité et, qui plus est, la nature de ce dernier – direct ou indirect – pose un degré d'exigence en matière de faute

[432] V. Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n°12-20.157 ; Soc., 3 mars 2015, pourvois n° 13-21.832, n° 13-20.474, n° 13-20.486, n° 13-26.175.
[433] V. Affaire du Distilbène : Civ. 1e, 2 juillet 2014, pourvoi n° 10-19.206 ; Civ. 2e, 2 juillet 2015, pourvoi n°14-19.481 ; M. KEIM-BAGOT, « La Cour de cassation referme la boîte de Pandore », *Dr. soc*. 2015, p. 360.
[434] V. J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443.
[435] V. R. OLLARD, « Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité pénale introuvable ? », contribution *supra*.

commise (simple ou qualifiée) comme le rappelait Romain OLLARD[436]. Si on exclut les qualifications d'imprudence au plan pénal, resterait dès lors un espoir de qualification pénale – une qualification pour tromperie – qualification de la dernière chance qui présente bien des visages et s'est illustrée notamment dans l'affaire du sang contaminé. On observera à ce propos avec beaucoup d'attention les suites de l'affaire du Mediator sur le volet pénal. Le Parquet de Paris a décidé, le 24 mai 2017, de renvoyer diverses personnes devant le Tribunal correctionnel (11 personnes morales et 14 personnes physiques). Des qualifications intentionnelles et non intentionnelles sont avancées : tromperie aggravée, escroquerie, blessures et homicides involontaires et trafic d'influence[437]. Le parquet estime notamment que les laboratoires ont dissimulé des informations. Le jugement risque d'être déceptif comme l'a laissé entendre Romain OLLARD[438]. On pourrait s'orienter vers une qualification de tromperie, aggravée par mise en danger délibérée. Sans doute aurait-on pu être plus inventif. Le Docteur FRACHON a clairement mis en exergue qu'il s'agissait d'une affaire de criminalité organisée : pour l'affaire du Mediator – affaire qui, il faut bien l'admettre, occupe une place particulière au sein des scandales sanitaires – la qualification d'association de malfaiteurs aurait sans doute pu être retenue[439]. Dès lors que les laboratoires Servier « savaient », connaissaient la dangerosité de la substance et ont masqué des éléments d'information (le Mediator mobilisant le même principe actif que l'Isoméride), la qualification de tromperie – même aggravée – peut apparaître décevante.

La responsabilité en droit civil peut, quant à elle, être recherchée même en l'absence de faute. Les différents fondements possibles d'actions sur le volet civil ont été rappelés par Jonas KNETSCH[440] : responsabilité pour faute sur le fondement de l'article 1240 du Code civil ; responsabilité du fait de produits défectueux en application des articles 1245 à 1245-17 du code (responsabilité objective exigeant seulement la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité) ; régimes spéciaux déconnectés de la responsabilité créant des fonds d'indemnisation et indemnisant indépendamment de l'existence d'une faute.

La faute n'est donc pas – loin sans faut – une notion unitaire. Le même constat peut être dressé s'agissant de la notion de lien de causalité.

---

[436] V. R. OLLARD, *Ibid*.
[437] V. réquisitoire définitif Affaire Mediator – n° Parquet 103299025/8, D4153, 660 p.
[438] V. R. OLLARD, « Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité pénale introuvable ? », contribution *supra*.
[439] V. I. FRACHON, « Focus : retour sur l'affaire du Mediator », contribution *supra*.
[440] V. J. KNETSCH, « Faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ? », contribution *supra*.

2 – Le lien de causalité, une notion plurielle

** L'appréciation différente du lien de causalité en droit civil et en droit pénal.* Le producteur de spécialités médicamenteuses (*c'est ainsi qu'on analyse les choses juridiquement*) est responsable civilement des dommages causés par son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que par ricochet. La difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas – le plus souvent – de preuve scientifique certaine que le produit en cause est à l'origine des troubles. Il est dès lors aisé de comprendre l'importance considérable de l'expertise en la matière[441]. La Cour de cassation admet également, avec bienveillance pour les victimes, que la preuve de la causalité peut résulter de présomptions[442]. Cette preuve peut donc être établie, conformément à l'ex-article 1353 / actuel article 1382 du Code civil, sur la base de présomptions, qui doivent être graves, précises et concordantes. On peut notamment évoquer ici, en guise d'illustration, l'affaire du vaccin anti-hépatite B Engerix B®. Les juridictions ont longtemps débouté les plaignants de leurs demandes[443] : la défectuosité du vaccin et le lien de causalité avec les poussées de sclérose en plaques constatées peu de temps après l'injection n'avaient pu être établies avec certitude comme nous l'a rappelé Victor MARGERIN[444]. Effectivement, aucune étude scientifique ne permet aujourd'hui de démontrer de sur-risque significatif de développement d'une sclérose en plaques imputable au vaccin contre l'hépatite B. La Cour de cassation a cependant fait évolué sa jurisprudence à partir des années 2008/2009[445]. La Haute cour a notamment confirmé la condamnation d'un laboratoire fabricant un vaccin contre l'hépatite B à indemniser les dommages consécutifs à une poussée de sclérose en plaques apparue chez un patient deux mois après l'injection du produit et alors que le patient ne présentait aucun antécédent personnel ou familial : la jurisprudence se base sur des présomptions suffisamment

---

[441] V. Civ. 1re, 26 avril 2017, pourvoi n° 16.11-756, *Affaire du Mediator*. Expertise ordonnée aux fins de recherche d'un lien de causalité entre la pathologie et l'administration de la substance.

[442] V. Civ. 1re, 22 mai 2008, pourvois n° 05-20.317 et n°06-10.967, *Resp. civ. et assur.* 2008, chr. 8, Ch. RADE, *RTDCiv.* 2008, p. 492, note P. JOURDAIN ; Civ. 1re, 25 juin 2009, pourvoi n°08-12.781, *RTDCiv.* 2009, p. 723, note P. JOURDAIN.

[443] V. Civ. 1re, 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.063, *RTDCiv.* 2004, p. 101.

[444] V. V. MARGERIN, « Vaccination obligatoire et vaccination volontaire : une distinction inacceptable des victimes d'une SEP suite au vaccin contre le VHB », contribution *supra*.

[445] V. Civ. 1re, 22 mai 2008, préc. *supra* note 242 ; Civ. 1re, 9 juillet 2009, pourvoi n°08-11.073, *Dr. famille* octobre 2009, n° 10, J. JULIEN.

graves, précises et concordantes. La Cour de Justice de l'Union Européenne a récemment confirmé cette analyse[446].

La matière pénale en revanche, rejette les présomptions de causalité ce qui rend les qualifications d'homicide ou de blessures par imprudence inapplicables en cas de lien de causalité incertain comme le soulignait Romain OLLARD en rappelant l'affaire Tchernobyl du 20 novembre 2012 [447] . Par ailleurs, le droit pénal peine à appréhender les comportements dont l'auteur est indéterminé.

* *Une nécessaire mise en perspective des décisions administratives et judiciaires s'agissant du lien de causalité.* Un trouble découle de la réponse du Conseil d'Etat dans l'affaire du Mediator.

La responsabilité civile est le terrain d'élection, dans l'hypothèse de co-auteurs d'un dommage, de la responsabilité *in solidum*. Cette solution apparaît favorable aux victimes dès lors qu'elle les dispense de multiplier les actions en justice et les prémunit contre un risque d'éventuelle insolvabilité du co-auteur du dommage. En matière de responsabilité civile, la jurisprudence a en outre consacré la causalité alternative dans l'hypothèse d'auteurs indéterminés : lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune répond du dommage pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé [448] (*dans l'affaire du Distilbène, les deux laboratoires commercialisant à l'époque des faits la même molécule sur le marché français ont ainsi été reconnus solidairement responsables du dommage causé à la victime, sauf à apporter la preuve que leurs spécialités respectives n'étaient pas à l'origine du dommage*). Le renversement de la charge de la preuve opéré a constitué une avancée pour les victimes. En effet, dès lors que l'exposition à l'hormone de synthèse a été établie, il

---

[446] V. CJUE 21 juin 2017, aff. C-621/15, *N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur MSD e.a.* : « *En l'absence de consensus scientifique, le défaut d'un vaccin et le lien de causalité entre celui-ci et une maladie peuvent être prouvés par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et la survenance d'une maladie, l'absence d'antécédents médicaux personnels et familiaux de la personne vaccinée ainsi que l'existence d'un nombre significatif de cas répertoriés de survenance de cette maladie à la suite de telles administrations peuvent, le cas échéant, constituer des indices suffisants pour établir une telle preuve* ».

[447] V. R. OLLARD, « Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité pénale introuvable ? », *supra*. V. Crim., 20 novembre 2012, pourvoi n°11-87.531, Bull. n°251.

[448] V. Civ. 1re, 24 septembre 2009, pourvois n°08-16.305 et n°08-10.081 (2 arrêts), *RTDCiv.* 2010, p. 111, note P. *Jourdain*.

revient aux laboratoires de prouver que leur spécialité n'était pas en cause et non aux femmes de déterminer le nom du laboratoire qui avait – dans leur cas d'espèce – produit la molécule (*ce qui est un avantage de taille, plusieurs années après que les vaccinations*).

La règle classique gouvernant le régime de la responsabilité administrative délictuelle est que le fait (fautif) du tiers possède un effet exonératoire, partiellement (si la faute a contribué avec celle de la puissance publique à la réalisation du dommage) ou totalement (si la faute du tiers en a été la cause unique). Il convient dès lors de rechercher la causalité adéquate. Par le passé, le juge administratif avait cependant pu s'écarter de cette règle notamment dans le volet administratif de l'affaire du sang contaminé. Le Conseil d'Etat avait jugé que l'État devait répondre pleinement de sa carence fautive dans l'organisation et le contrôle du service public de la transfusion, sans pouvoir être exonéré par les fautes imputables aux centres de transfusion sanguine, publics ou privés[449]. L'affaire du Mediator est l'occasion pour le Conseil d'État de revenir au principe, à savoir l'admission d'une possible exonération de l'Etat en raison du fait d'un tiers. Si la responsabilité de l'Etat est engagée du fait qu'il n'a pas fait retirer du marché le médicament Mediator, les agissements des laboratoires Servier sont de nature à l'exonérer totalement ou partiellement de l'obligation de réparer le préjudice des victimes. La causalité adéquate implique que chacun est responsable pour sa part mais également qu'il est nécessaire, le cas échéant, d'engager plusieurs actions devant différents juges. Il appartiendra, dès lors, à la cour administrative d'appel de renvoi de statuer sur la répartition des fautes à l'aune de deux paramètres principaux que sont la gravité des fautes commises d'une part et le caractère plus ou moins déterminant / décisif des comportements. Viendra ensuite le temps de la gestion des éventuelles contradictions dans l'appréciation de ces juridictions de la part de responsabilité de chacun. Ainsi, si des condamnations civiles ont récemment pu être prononcées à l'encontre des laboratoires dans l'affaire du Mediator[450], elles l'ont été sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, sans qu'aucune faute ne soit donc exigée. Il sera dès lors difficile d'opérer une répartition des responsabilités – et donc de la contribution à la dette – entre l'Etat et les laboratoires Servier.

[449] V. CE Ass. 9 avril 1993, *D., G., B., Lebon* p. 110.

[450] V. TGI Nanterre 22 octobre 2015, req. n° 12/07723 et n° 13/06176 ; TGI Versailles, 14 avril 2016, req. n° 16/00296 ; Civ. 1re, 25 février 2016, pourvoi n°15-11.257, *RTDCiv.* 2016, p. 386, obs. P. JOURDAIN.

II.- *Ce qui reste à faire* – Les réformes à entreprendre

Notre société contemporaine est souvent décrite comme phobique au risque[451]. Or, il faut accepter l'idée du risque pour mieux le gérer. Il est fondamental, à l'avenir, de mieux prendre en considération le risque en consacrant une logique de précaution (A) et une logique d'indemnisation (B). Ceci doit permettre – dans l'idéal – de mieux prévenir et – *a minima* – de mieux réparer ce risque.

A.– Consacrer une logique de précaution

Les postulats de départ sont simples : le risque zéro n'existe pas. Les données de la science sont incertaines et l'affectation corporelle du médicament permet au corps de jouer un rôle actif chaque fois différent. Ce qui est attendu à l'aune de ces éléments, c'est une gestion responsable et transparente des éventuels incidents. L'amélioration de l'information et de la transparence permettront en outre rendre le risque plus acceptable.

1 – L'enjeu du principe de précaution

A l'origine, ce principe de précaution est éloigné du droit de la responsabilité civile. Ce principe s'adresse avant tout aux pouvoirs publics. Cependant, ce principe a vu son champ d'application s'étendre notamment au droit de la responsabilité civile et au droit de la santé, avec des effets horizontaux[452]. On assiste à l'émergence d'un devoir de vigilance qu'il faut encourager et qui peut être rattaché au devoir de précaution. Selon le Professeur RADE, « *on construit progressivement le principe selon lequel toute personne dont l'activité permet ou favorise la création d'un risque de dommage causé par autrui doit s'efforcer de*

[451] V. U. BECK, *La société du risque*, Flammarion, Champs Essais, Paris, 2008.

[452] V. M. MEKKI, « Responsabilité civile et droit de l'environnement. Vers un droit spécial de la responsabilité environnementale ? », *Resp. civile et ass.* mai 2017, n°5, dossier 4 ; G. VINEY, « L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile à la lumière de la jurisprudence : beaucoup de bruit pour presque rien ? », *in Pour un droit économique de l'environnement*, Mélange G. MARTIN, éd. Frison-Roche, 2013, p. 555 et s. ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2005, t. 444.

surveiller ce dernier à des fins préventives »[453]. Ce principe contribue à l'intensification de la fonction préventive de la responsabilité civile, une prévention qui doit encourager l'anticipation[454].

Ce principe de précaution appliqué aux risques médicamenteux a un impact sur les règles de preuve. L'incertitude scientifique et juridique se répercute sur la question de la preuve et le comportement attendu des laboratoires pharmaceutiques[455]. Ainsi, par exemple, dans l'affaire du Distilbène, le laboratoire UGC Pharma a non seulement été reconnu responsable de la défectuosité du Distilbène en tant que fabricant (*responsabilité objective sur le fondement de l'article 1382 dès lors qu'à l'époque la loi du 19 mai 1998 n'était pas applicable*) mais également coupable pour n'avoir pas réagi de manière satisfaisante face aux risques révélés par la communauté scientifique. Ce devoir de précaution fait ici écho au principe de précaution défini à l'article L. 110-1° du Code de l'Environnement[456]. A pu être évoquée notamment la piste d'une consécration d'une présomption de lien de causalité. Cette imputabilité pourrait faire l'objet d'une présomption de droit de manière à contraindre les laboratoires à prouver l'innocuité de leur produit[457].

2 – L'enjeu de l'amélioration de l'information et de la transparence

Le Docteur Henri PRADAL, précurseur des lanceurs d'alerte, affirmait sans détour que « *la vérité entière et sans camouflage sur l'objet*

---

[453] V. note sous Civ. 1re, 7 mars 2006, *Resp. civile et assurances* mai 2006, n°5, comm. 164.

[454] V. M. MEKKI, art. préc. *supra* note 252 ; C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577 ; G. J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA* 2005, p. 2222 ; C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, 2011 ; P. JOURDAIN, « Principe de précaution et responsabilité civile », *LPA* 2000, n° 239, p. 51.

[455] V. M. MEKKI, « Le droit privé de la preuve à l'épreuve du principe de précaution », *D.* 2014, p. 1391.

[456] V. TGI Nanterre et CA Versailles 30 avril 2004 (2 arrêts), Ch. RADE, « Distilbène® : le laboratoire jugé responsable et coupable ! », *Resp. civile et ass.* n° 10, oct. 2004, étude 22.

[457] V. Ch. RADE, « Causalité juridique et causalité scientifique : de la distinction à la dialectique », *in* S. HOCQUET-BERG dir., *Les responsabilités du fait des médicaments dangereux, Perspectives nationales et transfrontalières, Rev. Gén. Droit médical*, n° spéc. 2012, pp. 45 s.

consommé est un droit imprescriptible du consommateur »[458]. Une telle vérité exige une information de qualité et une transparence maximale.

* *La réaffirmation de l'importance de l'information donnée au patient par le professionnel de soins.* Comme l'ont précisé les différents intervenants qui se sont succédés aujourd'hui, les cas de figure sont très variés ce qui conduit à envisager plusieurs niveaux d'actions. On peut tout d'abord songer à améliorer l'information délivrée au patient en amont pour éviter le scandale. Nul besoin de nouveaux textes en la matière. Notre droit a déjà multiplié les textes faisant référence à l'exigence du consentement de la personne concernée avant d'envisager tout acte ou tout traitement (*Art. 16-3 du Cciv., Art. 1111-2 et –4 du CSP, Art. 35 et 36 du Code de déontologie, etc*.). Mais les patients reprochent encore trop souvent une absence d'information suffisante de la part du professionnel de santé. Cela pose la question du consentement. Certes, on peut considérer avec Céline KUHN[459] que le consentement du patient – libre et éclairé – est un mythe parce que les médecins ne disposent pas toujours de l'information sur les effets secondaires indésirables d'un médicament (qui se révèlent le plus souvent avec le temps et leur utilisation), que personne ne lit les notices mais parfois l'information est véritablement inexistante ou à ce point standardisée, qu'il semble possible de l'améliorer. L'exigence de la délivrance de l'information n'est pas seulement formelle mais également substantielle. Il est en outre possible dans certains cas d'améliorer l'information au moment critique, pour révéler la crise et en aval, dans la gestion de la crise. L'accès de tous à une information claire et transparente sur les médicaments est un droit fondamental mis en œuvre grâce à la base de données prévue par la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011[460]. On peut même être tenté d'établir un lien entre l'obligation d'information et la dignité humaine à l'instar de Céline KUHN[461]. Il faut dès lors insister sur l'approche qualitative de l'information, information qui doit en outre être délivrée régulièrement, actualisée en cas de besoin.

* *La consolidation du rôle d'information et d'investigation des médias.* Ces deux rôles devraient en principe d'abord être tenus par d'autres (médecins, pharmaciens, agences, juges). Nous pouvons

[458] V. H. PRADAL, *Guide des médicaments les plus courants,* Ed. du Seuil, 1974.
[459] V. C. KUHN, « Le risque médicamenteux : une violence médicale », contribution *supra*.
[460] V. Question écrite n°4680 Sénat 14 février 2013, Education de la population sur le prise de médicamenteux et les risques médicamenteux.
[461] V. C. KUHN, « Le risque médicamenteux : une violence médicale », contribution *supra*.

cependant conclure avec Catherine FRUTEAU[462] que si les médias ne sont pas des héros dès lors que le traitement de l'information en général, et de l'information médicale dans notre cas d'espèce, relève de leur mission ; en revanche, les craintes de poursuites judiciaires qui peuvent freiner leur velléité de donner des échos à des inquiétudes de patients sont à relativiser car les juridictions font preuve de tolérance s'agissant des éventuelles poursuites. Pour ce qui est en revanche des risques économiques et éventuels conflits d'intérêts qui ont été évoqués, il me semble que cette crainte doit être dépassée et la diversité des médias participe à la neutralisation de cette éventuelle influence. Cependant, le rôle des médias reste fondamentalement ambigu car ils peuvent également être, à l'occasion, amplificateurs des inquiétudes donc source de la crise.

* *L'amélioration du partage d'informations notamment dans la pharmacovigilance.* Cette amélioration passe par le développement du contrôle par des agences *ad hoc* indépendantes ; l'amélioration du suivi des alertes données dans le cadre de la pharmacovigilance (Art. L. 5121-22 CSP) pour permettre des retours vers ceux qui donnent l'alerte mais également l'amélioration de la déclaration publique d'intérêts pour davantage de transparence. Cette déclaration d'intérêts est devenue une obligation légale depuis la loi n°98-535 du 1er juillet 1998, obligation réitérée à la faveur de la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011. Pour garantir les principes d'indépendance et d'impartialité et conférer une légitimité aux décisions prises par les instances de contrôle, la loi impose l'établissement d'une déclaration d'intérêts à tous les acteurs publics du secteur de la santé. L'obligation de déclarer les liens d'intérêts a pour objectif de prévenir les conflits d'intérêts. Les entreprises, quant à elles, sont tenues de rendre publics les avantages qu'elles procurent aux acteurs de santé, sous peine d'amende et de sanctions pénales complémentaires. Il faudrait sans doute effectuer plus de contrôles autour de ces déclarations et surtout expliciter ce qu'il convient d'entendre par « lien d'intérêts ». Cette question interroge plus globalement sur celle du financement de la recherche médicale en France. En outre, si l'objectif est notamment de restaurer la confiance des patients, il semble important que l'indépendance soit comprise de façon objective mais également subjective (*comme c'est le cas de l'impartialité pour les juridictions*). De ce point de vue, la présence de dirigeants de groupes pharmaceutiques lors de cérémonies officielles et publiques ne semble pas un signal optimal.

[462] V. C. FRUTEAU, « Les médias : héros ou coupables ? », contribution *supra*.

B.– Consacrer une logique d'indemnisation

Certains considèrent qu'il faut confirmer le changement de signification de la responsabilité civile. En d'autres termes, on quitterait la logique originelle d'une « responsabilité-culpabilité » pour préférer une logique de « responsabilité-indemnisation ». Est-ce bien un changement de fondement de la responsabilité auquel nous assistons ou est-ce autre chose ? A la vérité, il semble surtout capital de distinguer deux temps : celui de l'indemnisation et celui des responsabilités. Les régimes d'indemnisation se déconnectent progressivement de la question de la responsabilité selon Jonas KNETSCH[463]. Deux pistes semblent dès lors intéressantes à explorer en parallèle : la première tendant à faciliter l'indemnisation, la seconde à la garantir.

1 – Faciliter l'indemnisation - Consacrer un régime spécial de responsabilité du fait des produits de santé

Il n'existe pas de régime spécifique aux médicaments ou aux produits de santé en droit français de la responsabilité civile. Le droit applicable se compose donc du régime issu de la directive relative aux produits défectueux [464], du droit commun de la responsabilité civile délictuelle pour faute[465] ainsi que de divers régimes spécifiques[466]. Il est temps de proposer un régime unifié. La démultiplication de régimes spécifiques ne pourrait se justifier que pour davantage d'efficacité, une meilleure indemnisation des victimes, ce qui n'est pas le cas.

La nouvelle mouture du projet de réforme de la responsabilité civile présentée le 13 mars 2017 s'avère décevante dès lors qu'elle ne contient pas de disposition spécifique relative au droit médical[467].

Le droit comparé pourrait peut-être être source d'inspiration pour le droit français dès lors que certains pays disposent de règles spécifiques sur la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques (notamment

[463] V. J. KNETSCH, « Faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ? », contribution *supra*.
[464] Art. 1386-1 s. Cciv. désormais Art. 1245-17 Cciv.
[465] Art. 1382 Cciv. désormais Art. 1240 Cciv.
[466] Exemple de l'hypothèse de l'indemnisation d'une personne suite à une vaccination obligatoire - Art. L. 311-9 du CSP
[467] V. V. BOUQUET et E. FOUASSIER, « Le projet de réforme de la responsabilité civile et les produits de santé », *D.* 2017, p. 834

l'Allemagne, le Danemark, la Suède). On songe alors à la piste de réforme évoquée par Jonas KNETSCH[468] à savoir l'introduction d'une action en demande d'information sur le modèle du droit allemand (loi du 24 août 1976). Cette action pourrait être admise dès lors que le demandeur démontre que le rôle causal du médicament dans la survenance de son dommage est au moins plausible. Le législateur allemand a posé une présomption de causalité. Il suffit que la victime prouve que le médicament était susceptible de causer le dommage au regard de la composition, de la proximité dans le temps ou au regard de l'état de santé antérieur.

Ce nouveau régime pourrait encore être inspiré de la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, dite loi Badinter. Cette loi prévoit notamment une procédure d'offre d'indemnisation obligatoire ainsi qu'un allégement des conditions de la responsabilité. Sa transposition en droit du médicament permettrait de prendre en considération la simple exposition au médicament, d'opérer un renversement de la charge de la preuve, d'abandonner la notion de lien de causalité au profit de celle d'implication. L'indemnisation serait en conséquence plus rapide et plus automatique.

Naturellement, et comme l'a noté Jonas KNETSCH, ce système de responsabilité objective entraînerait des conséquences économiques notamment en termes de répercussion sur le coût des médicaments et ne pourrait être réalisé qu'à l'échelle européenne.

Resterait alors à déterminer l'étendue de ce nouveau régime qui pourrait être centré sur les médicaments ou élargi aux produits de santé.

2 – Garantir l'indemnisation - Créer un fonds spécifique aux risques médicamenteux

* *Une nécessité au regard des défaillances de l'ONIAM.* L'indemnisation était l'enjeu de la création de l'ONIAM en 2002. Ce dispositif amiable, rapide et gratuit, avait été conçu dans le but d'offrir une réparation amiable aux victimes même en l'absence de faute de la part du laboratoire pharmaceutique. Si les conditions de la responsabilité d'un producteur sont réunies, le fonds est un simple « débiteur relais », il indemnise et se retourne contre le producteur ou son assureur. Si les conditions de la responsabilité ne sont pas réunies (absence de faute,

[468] V. J. KNETSCH, « Faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ? », contribution *supra*.

produit non défectueux, exonération par le risque de développement, prescription) mais que le lien d'imputabilité est acquis, alors le fonds indemnise sans recours. L'ONIAM a été désigné comme un guichet d'indemnisation, « *sans préjudice des actions qui peuvent être exercées conformément au droit commun* » (Art. L. 1142-54-1 du CSP). Le Rapport de la Cour des comptes sur l'ONIAM de février 2017 stigmatise la « remise en ordre impérative » à opérer. Les critiques sont diverses (*seuil de gravité de compétence de l'article D. 1141-1 du CSP, manque de rapidité, indemnisations modestes, etc*.). Toujours est-il qu'une question écrite de M VASPART au ministère des Affaires sociales et de la santé souligne qu'« *il serait aventureux de (lui) confier (à l'ONIAM) l'indemnisation des victimes de la dépakine* » (JO 16 février 2017).

* *Vers un fonds unique spécifique ?* La démultiplication de fonds *ad hoc* ne semble pas davantage être la solution. Les fonds *ad hoc* semblent s'inscrire dans l'idée selon laquelle, pour faire face à la crise (Mediator, Dépakine), il faut une organisation *ad hoc* souple et ne pas donner l'impression d'institutionnaliser la crise. Ils n'offrent cependant que des réponses aléatoires (*encore faut-il qu'ils soient créés*)[469]. Avec un fonds spécifique aux risques médicamenteux, la charge de la preuve pourrait ainsi être considérablement allégée : la simple mention du risque sur la notice du médicament pourrait valoir présomption du lien d'imputabilité lorsque la victime prétend que le risque s'est réalisé.

Encore faudrait-il également repenser le financement de ce fonds. Une répartition du coût semble possible en intégrant un financement pour partie sur le prix du médicament, pour partie par une contribution des producteurs fixée en fonction de leurs chiffres d'affaires, par exemple. Cette contribution pourrait être accompagnée de correctifs (*ex : modulation en fonction de la dangerosité de la substance, de son ancienneté, etc*.). *A minima,* ce fonds devrait impérativement voir le jour pour les dommages liés au risque de développement. Je souhaiterais rappeler ce propos fort de Jonas KNETSCH : « *A l'instar des accidents médicaments non-fautifs (aléa thérapeutique), il incombe à la collectivité de prendre en charge les victimes du risque de développement en matière pharmaceutique* »[470]. L'indemnisation, dans le cas spécifique du risque de développement, ne peut/doit pas être conditionnelle.

---

[469] V. J. KNETSCH, « Le nouveau dispositif d'indemnisation des victimes du Mediator issu de la loi du 29 juillet 2011 », *Resp. civile et ass.* 2011, étude 14. V. L. BLOCH, « Scandale de la Dépakine : le « fonds » de la discorde », *Respons. civile et ass.* n° 10, oct 2016, alerte 24. L'auteur dénonce un nouveau fonds *ad hoc* Dépakine et l'absence de fonds global.

[470] V. J. KNETSCH, « Faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ? », contribution *supra*.

L’indemnisation institue la victime. La responsabilité identifie l’auteur… c’est là moins le combat des victimes que celui de notre société et de la justice.

Chroniques

I. Chronique de la jurisprudence judicaire de la région Océan Indien

Sous la direction de Romain Loir,
Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion (HDR),
Co-directeur du Master II droit des affaires

Jérémie Idriss AKHOUN, Doctorant en droit privé à l'Université de la Réunion
Eléonore CADOU, Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion
Thierry GANGATE, Avocat, ancien Bâtonnier du barreau de Saint-Pierre
Yannick JAGLALE, Doctorant en droit privé à l'Université de la Réunion
Victor MARGERIN, Docteur en droit privé de l'Université de la Réunion
Roberto THIANCOURT, Doctorant en droit privé à l'Université de la Réunion
Laura VARAINE, Docteur en droit privé de l'Université de la Réunion

1. Obligations & Contrats spéciaux

1.1. DROIT COMMUN DU CONTRAT

(…)

1.2. RESPONSABILITÉ CIVILE

1.2.1. Conditions de la responsabilité

Lien de causalité – Préjudice – Notaire

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, chambre civile, 8 décembre 2017, n° 16/00704.

Le notaire chargé d'une cession immobilière est assigné en réparation du dommage découlant du manquement à son obligation de conseil quant aux incidences fiscales de la mutation (montant du redressement, des pénalités et des honoraires des avocats). Par une décision infirmative, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion admet sa faute mais le condamne à la réparation du seul préjudice lié au paiement de pénalités de retard. Résultant de l'application de la loi, l'assujetissement de la vente à la TVA ne lui serait en revanche pas imputable.

Bien que l'impôt aurait effectivement été dû même en l'absence de manquement, tel n'est pas le cas des pénalités. La solution, valable pour toute imposition directe ou indirecte s'inscrit dans une jurisprudence constante (en ce qui par ex. l'impôt sur le revenu, v. Cass. civ. 2e, 16 nov. 1994, *Bull. civ.* II, n° 233 . – *Adde,* Cass. soc., 12 juill. 1989, *Bull. civ.* V, n° 527 ; Cass. crim., 17 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 200 ; Cass. civ. 2e, 28 oct. 1992, *Bull. civ.* II, n° 254 ; Cass. civ. 2e, 2 févr. 1994, *Bull. civ.* II, n° 46). Elle n'est cependant pertinente qu'en application de la théorie de la causalité adéquate. Le recours à l'équivalence des conditions aurait quant à lui pu justifier une toute autre issue. Toujours est-il qu'en amont de ce problème se pose la question de la légitimité du préjudice invoqué par la requérante, car il n'est pas certain que l'assujettissement d'une ressource à l'impôt, « *commandée par l'application normale des règles de droit* » (P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats,* 10e éd.,

Dalloz, coll. *Dalloz action*, 2014, n° 1392), soit un préjudice réparable (Paris, 11 févr. 2004, D. 2005. 151, obs. D. Ferrier).

Plus étonnante est la justification – très circonstanciée – du refus de réparer le préjudice constitué par le paiement des frais d'avocat car elle laisse entrevoir, sur le principe, la possibilité d'un dédommagement sur le fondement de la responsabilité civile. Une jurisprudence ancienne semblait l'admettre (Civ. 1re, 7 janv. 1957, Bull. civ. I, no 6). Dès lors néanmoins que l'article 700 du Code de procédure civile autorise le juge, au nom de l'équité, à condamner la partie tenue aux dépens ou qui perd le procès au paiement d'une indemnité compensant les frais irrépétibles, la Cour de cassation juge régulièrement, depuis l'entrée en vigueur de ce texte, que « *les frais non compris dans les dépens ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700* » (Cass. civ. 2e, 8 juill. 2004, n° 03-15.155 : JurisData n° 2004-024581 ; JCP G 2004, IV, 2888 ; D. 2004, p. 2195 ; Dr. et proc. 2005, p. 29 , F. Vinkel ; Gaz. Pal. 2005, p. 1366 ; Bull. civ. II, n° 365 – Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 07-45.725 : JurisData n° 2009-049524 ; Procédures 2009, comm. 351, R. Perrot).

Laura Varaine

1.2.5. Responsabilité médicale

Responsabilité médicale – faute du praticien – Responsabilité du fait des produits de santé – état pathologique préexistant - obligation de moyen à la charge du professionnel de santé

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 17 novembre 2017, nº16/01163, *Monsieur Georges S.*

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, ch. Civ., 8 décembre 2017, n°16\00051, *SAS SOCIÉTÉ DE GESTION CLINIQUE SAINTE CLOTILDE*

La Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion a eu à connaître, dans les deux affaires disjointes qui seront pourtant ici commentées conjointement, de la question de la responsabilité médicale, et plus

précisément de la responsabilité du praticien dans les soins prodigués mais également du fait des produits de santé.

Faits et procédure de la première espèce. Madame Marie-Françoise B. a subi une urétéroscopie en mai 1996, effectuée par le Docteur Philippe D., au sein de la la clinique de Saint Clotilde.

Madame Marie-Françoise B. a été 'hospitalisée pour une colique néphrétique droite hyper algique' sans signe infectieux et qu'après un traitement antalgique de 72 heures, Monsieur Philippe D. a fait le choix d'une intervention endoscopique afin de débarrasser la patiente de son calcul.

Toutefois, la patiente s'est trouvée affectée par une sténose urétérale. Cette complication peut intervenir après urétéroscopie dans 1 à 2% des cas selon un rapport de l'Association française d'urologie de 2007 et généralement, il s'agit de sténoses courtes, peu étendues et accessibles par un traitement simple.

Celle dont a souffert Madame Marie-Françoise B. était étendue et intéressait toute la portion pelvienne de l'uretère, sans explication en l'absence d'antécédent particulier. Elle est intervenue 'dans un délai extrêmement court après le geste initial', ce qui a conduit l'expert à 'retenir l'hypothèse d'un événement indésirable directement lié au geste chirurgical', sachant que la patiente 'ne présentait aucun antécédent urologique, ni lithiastique, ni endométriosique'.

Dans les suites rapprochées de cette intervention, est apparue une pyélonéphrite droite qui fera l'objet d'une hospitalisation à la Clinique Sainte Clotilde - où Madame Marie-Françoise B. est alors prise en charge par le Dr. Philippe G., chirurgien urologue, qui va demander dans un premier temps un scanner. Celui-ci révèle la présence d'une dilatation importante urétéro pyélo calicielle droite. Le praticien procède alors à une urétéroscopie qui montre un aspect sténosé, infiltré, suspect de l'uretère dans sa portion pelvienne et iliaque'.

Dès le 10 juillet 1996, soit moins de deux mois après l'intervention pratiquée par le docteur Philippe D., le docteur Jean-Luc H. a reçu Madame Marie-Françoise B. qui présentait 'un rétrécissement inflammatoire au niveau de l'uretère pelvien droit'.

Le docteur Jean-Luc H., 'devant l'aspect infiltré et inflammatoire de l'uretère (...) n'aura pas eu d'autre choix que de procéder à une urétérectomie droite suivie d'une ré-implantation du moignon urétral dans une vessie psoïque'.

La Cour retient alors, sur la base du rapport d'expertise, qu'en l'absence d'urgence - patiente non fébrile, non septique et ne présentant pas de signe d'insuffisance rénale – le Docteur Philippe D., avant d'opter comme il l'a fait pour l'urétéroscopie rigide, permettant l'extraction de la lithiase (avec cette précision que la littérature médicale réserve cette option après localisation et évaluation de l'importance du calcul, en général pour les situations d'urgence), devait s'entourer de précautions particulières, d'abord en évaluant et localisant le calcul, ensuite en prenant conseil auprès d'un de ses confrères spécialistes.

Le compte-rendu opératoire établi par le Docteur Philippe D. ne fait état d'aucune de ces précautions à l'appui d'un choix rapide qui n'a pas été sans complication faute d'investigation préalable plus précise puisque, selon l'expert, 'il n'a pas retrouvé de calcul et fait état de quelques difficultés techniques n'ayant pas permis notamment de positionner correctement la prothèse endo urétérale type sonde double J en fin d'intervention'.

Le choix thérapeutique pratiqué par le Docteur Philippe D. peut donc être qualifié de fautif et il est à l'origine des préjudices subis par Madame Marie-Françoise B. qui va connaître des infections urinaires à répétition en raison d'un reflux vésico urétéral très difficile à contrôler et dont la fonction rénale dégradée va conduire à une néphrectomie de nécessité réalisée le 29 novembre 2000 par le Pr. RISCHMANN et plusieurs autres interventions jusqu'à une hystérectomie totale le 7 octobre 2008 à partir de laquelle elle verra disparaître peu à peu sa symptomatologie douloureuse ains que ses infections urinaires.

C'est donc ici l'intervention directe du premier praticien, le Docteur Philippe D., qui est au cœur de la mise en cause de sa responsabilité, mais également de celle de la clinique de Sainte Clotilde.

Faits et procédure de la seconde espèce. Monsieur Georges S. fait valoir qu'il subirait des préjudices résultant de multiples fautes commises par

Monsieur Patrick F., son chirurgien-dentiste, quant à la fourniture de sa prothèse dentaire.

Ainsi, le bridge de Monsieur Georges S., qui s'est descellé, a entraîné la perte de l'incisive centrale supérieure droite.

Dès lors, si Monsieur Patrick F. était débiteur d'une obligation de résultat concernant la fourniture de la prothèse dentaire dont se plaint Monsieur Georges S., les soins nécessaires à sa pose doivent être dispensés conformément aux données acquises de la science et aux règles de l'art.

L'expertise diligentée dans cette espèce va alors imputer cet événement non pas à la qualité de la prothèse mais à une maladie parodontale sévère. L'absence de suivi régulier, notamment radiologique, en raison de la dégradation de la relation entre les parties, n'a pas permis de diagnostiquer cette mobilité et le défaut de port de l'appareil de remplacement a augmenté les forces agissant sur le bridge antérieur, mettant en péril la prothèse fixe.

La Cour retient alors que ces éléments sont le fait du patient, ce qui exonère le praticien de toute responsabilité sur le sort de la prothèse.

Quant à l'obligation de moyen concernant les soins, elle n'a pas été mise en défaut par les experts qui ont souligné l'état antérieur de Monsieur Georges S., cet état expliquant prioritairement les douleurs et gênes occasionnées.

Dans cette espèce, il est à noter que la Cour fait, à l'inverse de l'espèce précédemment exposée, une application stricte de la jurisprudence civiliste, sans même avoir recours à la notion de faute prévue par l'article L 1142-1 du Code de la santé publique et relatif à la responsabilité du professionnel de santé.

La responsabilité du praticien est dès lors écartée en considération de la seule situation préexistante du patient.

Problématique. Ces deux jurisprudences, bien qu'assez éloignées l'une de l'autre, doivent cependant nous amener à nous interroger sur le schéma

suivi par le juge dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité médicale.

En effet, au vu de ces deux décisions, pouvons-nous avancer pour autant que la recherche des éventuelles causes d'exonération de responsabilité en droit civil doit prévaloir sur la responsabilité spéciale des professionnels de santé ou de leurs produits définie et/ou établie à l'article L.1142-1 du Code de la Santé Publique ?

La loi générale deviendrait-elle, dans un contexte médical, un préalable obligatoire dans l'instruction des juges du fond ?

A notre sens, la recherche des causes exonératoires est indubitablement un travail qui doit être entrepris par le juge, mais à la condition toutefois de définir précisément sur quelle partie reposera la charge de la preuve.

En matière médicale peut-être plus que dans toute autre, il peut être fort peu commode pour le demandeur de rapporter l'absence de causalité entre son état préexistant et la survenance de son préjudice.

Qui plus est lorsque la responsabilité du professionnel de santé ne saurait être recherchée qu'en présence d'une faute de ce dernier, et en l'absence de toute responsabilité du fait des produits de santé ainsi que rappelé par l'article L.1142-1 du Code de la Santé Publique.

Champ d'application du régime de responsabilité pour faute du professionnel de santé. Bien que codifié dans le Code de la Santé Publique (CSP), le régime de responsabilité précité est applicable tant aux praticiens du secteur public *(CE , ass., 10 avr. 1992, Épx V., n° 79027: Lebon 171, concl. Legal; JCP 1992. II. 21881, note Moreau; AJDA 1992. 355, concl.; RFDA 1992. 571, concl.; Rev. adm. 1993. 561, note Fraisseix; LPA 3 juill. 1992, p. 23, note Haï ; CE , sect., 11 janv. 1991, Biancale, n° 93348: Lebon 12; AJDA 1991. 479, note Prétot; RDSS 1991. 269, concl. Hubert)*, qu'aux praticiens du secteur privé *(Civ. 1re, 13 nov. 2008, n° 07-15.049 ; Civ. 1re, 9 juin 2011, n° 10-18.002).*

Ces jurisprudences administratives et judiciaires mettent d'ailleurs en exergue la différence qui existait avant la loi du 4 mars 2002, entre la

responsabilité du professionnel de santé exerçant dans le secteur privé et poursuivi sur le champ de sa responsabilité contractuelle, et le professionnel de santé exerçant dans le secteur public qui voit sa responsabilité engagée sur le terrain de la responsabilité administrative extracontractuelle, pour faute simple.

La position défendue par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'assemblée du 10 avril 1992, précité, vient en cela abandonner l'exigence d'une faute lourde.

Partant, cette dissonance prétorienne a été corrigée par la loi du 4 mars 2002 et l'introduction dans le code de la santé publique de l'article L.1142-1, lequel étaye explicitement le régime applicable, ainsi que ses hypothèses d'exonération.

L'exonération de responsabilité du praticien en raison de l'état préexistant du demandeur. Ainsi que l'illustre l'arrêt rendu dans la seconde espèce, la recherche de l'état préexistant du patient est le principal moyen retenu pour confirmer le jugement entrepris en première instance.

C'est effectivement en raison d'une pathologie parodontale préexistante chez le patient que le produit de santé – le bridge - s'est descellé et a entraîné la perte de l'incisive centrale supérieure droite.

De la même manière, les juges du fond ont très rapidement conclu à l'absence d'antécédents chez la patiente dans la première espèce en retenant, par une formule simple et explicite: « sachant que la patiente ne présentait aucun antécédent urologique, ni lithiasique, ni endométriosique ».

Deux constats doivent alors être mis en relief.

Tout d'abord, peu important la distinction entre la responsabilité du praticien – telle que définie à l'article L.1142-2 CSP – et la responsabilité du fait des produits de santé – telle que définie à l'article 1245 du Code civil - l'état préexistant du patient est inéluctablement recherché en tant que cause exoneratoire de responsabilité.

Il en est ainsi du chirurgien-dentiste comme du médecin généraliste. *(Civ. 1re, 13 juill. 2016, no 15-19.871.)*

Puis, remarquons que la démonstration de cette absence d'antécédents ou de causalité entre l'éventuel antécédent et le préjudice, qui peut légitimement être avancée par le défendeur, est à la charge du demandeur.

Ainsi, dans la première espèce, il appartenait à Madame Marie-Françoise B. de démontrer qu'elle ne connaissait aucun antécédent médical ayant pu engendrer sa pathologie; tout comme dans la seconde, il appartenait à Monsieur Georges S. de contester le cas échéant le lien de causalité entre sa pathologie parodontale préexistante et la perte de son bridge.

Toute la difficulté du contentieux de la responsabilité médicale repose alors sur le demandeur, généralement - pour ne pas dire toujours - profane en la matière.

La difficulté de contester l'état préexistant. L'argumentation de l'état préexistant du patient sera indubitablement et nécessairement soulevée par la partie défenderesse, faisant curieusement peser la charge de la preuve sur le demandeur.

Toute la difficulté réside alors dans le fait, pour le demandeur, de contester les arguments strictement médicaux.

Ce constat n'est de surcroît pas exclusif du contentieux de la responsabilité médicale et peut notamment se retrouver dans le contentieux des accidents du travail - ou imputables au service, pour les agents publics - et des maladies professionnelles.

On notera dans ce cadre, une fois encore, là prise en compte de la difficulté dans son cadre administratif.

Ainsi, il ressort de l'article 21 bis, II, de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi « Le Pors », tel que modifiée par l'ordonnance n°2017-53 du 19 janvier 2017 - art. 10, que :

« II.-Est présumé imputable au service tout accident survenu à un fonctionnaire, quelle qu'en soit la cause, dans le temps et le lieu du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par le fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant l'accident du service. »

La jurisprudence et la procédure judiciaire restent néanmoins actuellement fermées à cette acception, et entendent voir démontrer ce lien de causalité, si besoin au regard d'un faisceau d'indices, et en l'état actuel des connaissances scientifiques.

La recherche du lien de causalité entre l'intervention médicale et le préjudice exigé par le juge judiciaire. Le raisonnement des juges du fond, dans la première espèce, écartent assez rapidement - comme il l'a été rappelé supra - un quelconque état pathologique préexistant du demandeur.

Nonobstant ce fait, il leur revient toutefois d'apprécier les faits reprochés en tant que fautifs dans l'optique de retenir la responsabilité du Docteur Philippe D.

Force est de constater, dans les termes de l'arrêt, l'extrême prudence des magistrats quant à l'utilisation des conclusions de l'expert, elles-mêmes modérées :

« les premiers juges ont écarté sa responsabilité au motif que l'expert n'avait pas pu déterminer avec certitude que la sténose urétérale étendue ait trouvé son origine dans une faute commise par le praticien ni démontré que son geste n'ait pas correspondu aux donnés acquises de la science à l'époque de l'intervention, dont le choix se justifiait par l'échec du traitement médical »;

« L'expert dit être en présence d'un événement inhabituel, vraisemblablement d'origine iatrogène directement lié au geste opératoire, sans que l'on puisse faire la preuve formelle d'une faute, d'un manquement ou d'une négligence de la part de l'opérateur ».

En dépit de cette absence de détermination d'un lien de causalité clairement établi, la Cour ne manque cependant pas de conclure, encore une fois en faisant montre d'une tempérance que d'aucuns pourraient considérer comme excessive, que *« le choix thérapeutique pratiqué par le Docteur Philippe D. peut donc être qualifié de fautif »*.

La différence entre les verbes pouvoir et devoir est subtile, mais intolérable lorsqu'il s'agit de statuer sur la responsabilité.

Qui plus est, au regard de l'appréciation retenue par la Cour de cassation quant à l'exigence du lien de causalité du fait des produits de santé qui est et demeure critiquable. On remarquera à ce titre que les juges du fond ne s'embarrassent pas, dans le cas de la responsabilité médicale, à rechercher une présomption suffisamment grave, précise et concordante pour retenir la faute du médecin...

Le parallèle avec le vaccin contre l'hépatite B et la déclaration d'une sclérose en plaques est à ce titre éloquente et illustre encore les regrettables divergences d'appréciation entre les juridictions administratives et judiciaires.

Si une locution devait être mise en exergue au fur et à mesure des développements jurisprudentiels sur la question du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et déclaration d'une pathologie démyélinisante, il s'agirait sans coup férir de la formule utilisée à maintes reprises par les Hautes juridictions : « en l'état actuel des connaissances scientifiques ». Cette formule s'est rapidement imposée aux juges qui ont dû se confronter, d'un côté à un nombre grandissant de victimes ayant déclaré une telle pathologie, et de l'autre, à un produit dont les expertises établies ne permettaient pas de conclure à une quelconque causalité directe.

Le juge judiciaire retient ainsi très rapidement *(CA Versailles, 14ème Ch., 02 mai 2001 : D. 2001. 1592.)* qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques et malgré l'absence de lien de causalité directe, il existe toutefois des présomptions graves précises et concordantes permettant de penser que la vaccination est à l'origine de la pathologie. Il est intéressant de remarquer que dans la présente espèce, ces présomptions ont pu être corroborées par le fait que le laboratoire mis en cause n'a pas pu exclure catégoriquement la causalité.

Si à première vue l'état actuel des connaissances scientifiques permettrait au juge du fond de retenir la responsabilité du laboratoire, la Cour de cassation *(Cass. Civ. 1ère, 23 septembre 2003, D. 2004. Jur. 898, note Serinet et Mislawski, Somm. 1344, obs. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 101, obs. Jourdain ; JCP 2003. II. 10179, note Jonquet, Maillols, Mainguy et Terrier ; ibid. 2004. I. 101, n° 23 s., obs. Viney ; JCP E 2003. 1749, note Mistretta et Faict ; RCA 2003, chron. 28, par Radé ; CCC 2004, chron. 2, par Paul ; Dr. et patr. janv. 2004. 87, obs. Chabas ; RLDC 2004/1, n° 9, note Hocquet-Berg ; LPA 16 janv. 2004, note Gossement ; LPA 22 avr. 2004, note Mémeteau ; Gaz. Pal. 2004, Doctr. 869, étude Pitet)* vient quant à elle préciser que cet état ne permet nullement d'établir un lien de causalité et que des présomptions, soient-elles graves, précises et concordantes, ne sauraient suffire. Apparaît ainsi le premier clivage sur cette délicate question entre les juridictions judiciaires.

Parallèlement, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 09 mars 2007, admet que *« le lien direct entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques doit être regardé comme établi lorsque la maladie apparaît dans un bref délai à la suite de l'injection du vaccin alors que le patient était en bonne santé et ne présentait aucun antécédent à cette pathologie antérieurement à sa vaccination » (CE, 09 mars 2007, n°267635, Mme Schwartz. : D. 2007. Jur. 2204, note Neyret ; AJDA 2007. 861, concl. T. Olson ; RDSS 2007. 543, obs. Cristol ; JCP 2007. I. 2108, obs. Jean- Pierre ; ibid. II. 10142, note Laude Lebon 2007 ; CE, 09 mars 2007, n°278665, Commune de Grenoble, Tabl.).*

Cette jurisprudence devient alors la pierre angulaire du dialogue des juges, et abouti à un revirement de la Haute juridiction judiciaire retenant que *« si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ». (Cass. Civ. 1ère, 22 mai 2008, n°06-14.952, D. 2008. 1544, note Gallmeister.)*

Mais cet esprit de convergence s'affaiblit très rapidement et laisse place à une distinction de plus en plus marquée entre les Hautes juridictions quant à l'appréciation *in concreto* desdites présomptions. Les principales distinctions entre les deux ordres s'opèrent non seulement sur l'acception de la preuve mais également sur la charge de cette dernière. La Cour de cassation ne s'intéresse dès lors qu'aux présomptions et à leur caractère grave, précis et concordant, dont la charge repose nécessairement sur le demandeur. Il ne reste donc que très peu de place à

une considération de l'état des avancées scientifiques pour ne se baser que sur des éléments factuels.

Le juge administratif, pour sa part, se base sur l'appréciation de deux critères, à savoir les antécédents médicaux du patient et sa « bonne santé » *(CE 9 mars 2007, Commune de Grenoble, req. n° 278665, CE 9 mars 2007, Mme Schwartz, req. n° 267635 ; CE 9 mars 2007, Mme Annie A, req. n°283067 ; CE 9 mars 2007, Mme Aline A, req. n° 285288, concl T. Olson, AJDA 2007. 861 ; S. Carpi-Petit, « Considérations sur la causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques », JCP Adm. 2007. 2277 ; D. Cristol, « Responsabilité du fait d'une vaccination obligatoire contre l'hépatite B », RDSS 2007. 543 ; B. Defoort, « Incertitude scientifique et causalité : la preuve par présomption. Le traitement juridictionnel du doute et l'exigence de précautions dans son application », RFDA 2008. 549 , D. Jean-Pierre, « Sclérose en plaques et imputabilité au service liée à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B : les conditions posées par le Conseil d'Etat », JCP Adm. 2007. 2108 ; A. Laude, « Reconnaissance de l'imputabilité au service de la sclérose en plaques due à la vaccination obligatoire contre l'hépatite B », JCP 2007. II. 10142, L. Neyret, « L'imputabilité de la sclérose en plaques au vaccin contre l'hépatite B », D. 2007. 2204)* . Cette acception de la causalité a fait l'objet d'une critique doctrinale invitant le juge administratif à repenser sa méthode d'appréciation *(Rouyère A, « Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : Questions de méthode. », RFDA 2008. 1011.)*, soit en dégageant des critères scientifiques avérés, soit en se basant sur les principes du droit commun de la responsabilité et du dommage corporel. La principale problématique étant, bien entendu, qu'en l'état actuel des connaissances scientifiques, la première option ne pourrait conduire qu'à rejeter toutes les requêtes visant à faire reconnaître une causalité entre la déclaration d'une pathologie démyélinisante et la vaccination contre l'hépatite B. La seconde option mènerait, *in fine*, aux mêmes conclusions eu égard à l'absence de causalité certaine.

Face à ce barrage théorique, le Conseil d'Etat a toutefois maintenu et confirmé sa position d'appréciation *(CE, 11 juillet 2008, n° 305685, Mme Drausin, Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN), Lebon ; CE, 11 juillet 2008, n° 289763, Ministre de la santé et des solidarités c/ Cts Augustin, Lebon ; CE, 24 octobre 2008, n° 305622 ; CE, 24 juillet 2009, n° 308876, Hospices civile de Lyon, Lebon ; AJDA 2009. 1466 ; RDSS 2009. 962, obs. D. Cristol ; CE, 5 mai 2010, n° 324895)* dans l'intérêt des victimes. Monsieur Jean-Marc Sauvé a ainsi rappelé *(J.-M. Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat, intervention colloque*

organisé, le 5 mars 2012, par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES sur le thème : "Le droit des malades, 10 ans après. La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État") que *« Le juge administratif a par exemple pu choisir de dissocier, dans certaines espèces, la causalité juridique et la causalité scientifique, afin de permettre la reconnaissance de l'imputabilité d'un préjudice, alors même que le lien de causalité scientifique n'était pas directement établi et ne pouvait l'être. Cette approche est ainsi retenue par le Conseil d'État, comme par la Cour de cassation, lorsqu'une affection démyélinisante – par exemple, une sclérose en plaques – survient à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B ».*

En préférant l'imputabilité au lien de causalité, les Hautes juridictions convergent indéniablement dans une optique de protection des victimes en dépit de l'état actuel des connaissances scientifiques. Néanmoins, la divergence d'appréciation de cette imputabilité entre les Hautes juridictions est regrettable et tend, pour reprendre les propos du Professeur Rouyère, à « *découper la jurisprudence* ». En effet, bien que critiquables par le manque de rigueur scientifique, le juge administratif applique de manière stricte deux critères pour retenir l'imputabilité de la pathologie au vaccin ou non, *«* […] *tels l'apparition des symptômes cliniquement constatés de l'affection dans un délai de trois mois maximum après l'injection et l'absence de tout antécédent de cette pathologie antérieurement à cette vaccination chez le malade en cause* […] *» (Dossiers thématiques du Conseil d'Etat, 05 janvier 2015, « L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics »).* A ce titre les jurisprudences administratives offrent une certaine cohérence. A l'inverse, la Cour de cassation s'en remet quant à elle, et conformément à sa jurisprudence relative à l'appréciation de la preuve par présomptions *(Cass. Civ. 1ère, 1er juin 1954, D. 1954. 589.)*, à la seule appréciation souveraine des juges du fond. Dès lors, et selon les lieux, des faits similaires peuvent être interprétés comme imputables *(Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 2009, n° 08-11.073, D. 2009. 1968, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2010. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; GADS 2010. n° 112-113 ; Constitutions 2010. 135, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain ; ibid. 735, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2010. 414, obs. B. Bouloc ; Cass. Civ. 1ère, 25 juin 2009, n° 08-12.781, D. 2009. 1895 ; RTD civ. 2009. 723, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2010. 181, obs. B. Bouloc)*…ou pas *(Cass. Civ. 1ère, 22 janvier 2009, n° 07-16.449, D. 2009. 429 ; RDSS 2009. 367, obs. J. Peigné ; RTD civ. 2009. 329, obs. P. Jourdain ; Cass. Civ. 1ère, 24 septembre 2009, n° 08-16.097, D. 2009. 2426, obs. I. Gallmeister ; RTD com. 2010. 414, obs. B. Bouloc , Bull. civ. I, n° 185 ; RCA 2009. comm.*

328, obs. C. Radé). Ces différences d'appréciation sont indéniablement une menace pour la sécurité juridique des victimes *(Mellotée C., « Appréciation souveraine quand tu nous tiens… », concl. sous Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2013, n°12-21.314 : D.2013.2306)* en l'absence d'une responsabilité déterminée du fait des produits de santé.

L'inexistence d'une responsabilité du fait des produits de santé. Ainsi que le remarque le commentaire sous l'article L.1142-1 CSP : *« Si le fondement de la responsabilité des professionnels et établissements privés de santé est bien abandonné, la jurisprudence n'est pas pour autant exempte d'incertitudes sur les champs respectifs des articles L. 1142-1 du code de la santé publique, L. 1147 et L. 1382 du code civil, comme le relèvent d'ailleurs certains auteurs » (Laude et a., Droit de la santé, PUF, nº 393. – Girer, Chronique de la mort annoncée du contrat médical?, LexisNexis, 2013, p. 387). L'article L. 1142-1 limitant sa portée aux seuls actes individuels de prévention, de diagnostic et de soins, il faut donc en rester aux fondements contractuel ou délictuel du code civil pour les autres prestations qu'un établissement de santé réalise. Reste que la limite entre les prestations médicales et celles d'une autre nature n'est pas toujours évidente »*.

C'est d'ailleurs à cette difficulté que la Cour de cassation a été confrontée, relativement à la conception et la délivrance d'une prothèse dentaire - à l'instar des faits de notre seconde espèce - et a retenu l'application de la responsabilité contractuelle. (Civ. 1re, 20 mars 2013, nº 12-12.300: *Bull. à paraître; RTD civ. 2013. 616, note Jourdain; Gaz. Pal. 25 avr. 2013, nº 115, p. 13, avis Legoux; LPA 5 juin 2013, nº 112, p. 10, note Le Gac-Pech).*

On remarquera alors dans la seconde espèce commentée l'appréciation par les juges d'appel de Saint Denis de la Réunion, quant à la nature de l'obligation pesant sur le chirurgien-dentiste relativement à la conception et la pose d'une prothèse dentaire.

En effet, la Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion rappelle que *« le Docteur Patrick. F. était débiteur d'une obligation de résultat concernant la fourniture de la prothèse dentaire dont se plaint Monsieur Georges S. »*.

Dès lors, les juges du fond excluent en pareil cas la responsabilité médicale prévue à l'article L.1142-1 CSP, ainsi que la responsabilité du fait des produits défectueux *(CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926 , note J.-S. Borghetti , 1558, P. Véron et F. Vialla , et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505 , et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg)*, pour retenir la responsabilité contractuelle du praticien sur le fondement d'une obligation de résultat.

Et cela en dépit du fait que le chirurgien en question était non pas un simple « prestataire utilisateur » mais bien le « praticien concepteur de ladite prothèse ». À ce titre, c'est donc sa responsabilité médicale et donc sa faute qui doit être recherchée et non pas sa responsabilité contractuelle. *(Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n°11-17.510; D. 2012. 227, note M. Bacache; JCP 2012, n°1036, note P. Sargos; Gaz. Palais 26-27 sept. 2012, obs. M. Mekki; RTD Civ. 2012.737, obs. P. Jourdain).*

Pour revenir sur un plan plus général, il conviendra de souligner tout particulièrement cette difficulté de déterminer ce qui doit relever de la responsabilité médicale pour faute, de ce qui doit relever de la responsabilité civile générale, cela en l'absence d'un régime spécial de responsabilité du fait des produits de santé.

Vers la reconnaissance d'un régime de responsabilité spéciale du fait des produits de santé ? La nécessité de préciser le régime de responsabilité du faits des produits de santé / médicamenteux n'est pas nouvelle. En effet, elle était déjà développée devant la Haute juridiction judiciaire dès 2013 à l'occasion d'un litige ayant trait à la déclaration d'une SEP suite à une vaccination contre le VHB *(Mellotée C., « Appréciation souveraine quand tu nous tiens… », concl. sous Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 2013, n°12-21.314 : D.2013.2306)*. Monsieur Mellotée, avocat général, invitait alors les hauts magistrats *«* […] *à mettre en place une approche normative permettant qu'il leur* [aux produits de santé et vaccinaux] *soit réservé un traitement moins diversifié et mieux maitrisé et qu'il bénéficie d'une plus grande visibilité.* […] *»*.

Partant, monsieur Mellotée proposait alors à la Cour de cassation de procéder *« à l'instauration d'une présomption de droit applicable à la défectuosité du vaccin contre le virus de l'hépatite B »*, de *« mettre en œuvre – à l'instar du Conseil d'Etat – un délai fixe pour qu'un lien de causalité puisse être, selon le cas, retenu ou exclu entre la vaccination et la maladie »*, et à *« repenser les liens entre causalité juridique et scientifique »*. La Cour, si elle a suivi les conclusions de l'avocat général sur le fond, a cependant délaissé ces aspirations progressistes, auxquelles la doctrine ne s'est quant à elle pas montrée insensible *(Brun Ph., « Vaccination contre l'hépatite B et responsabilité civile : un premier pas sur la voie de la stabilisation ? » : D.2013.2312 ; Borghetti J.-S., « Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : quand l'incertitude juridique le dispute à l'incertitude scientifique » : D.2013.2315)*.

Toutefois, l'idée d'une création d'un régime spécial de responsabilité pour les produits de santé et/ou médicamenteux peut poser une problématique d'ordre normatif. En effet, la responsabilité desdits produits est intégrée dans le cadre général des produits défectueux, prévu au nouvel article 1245-8 du Code civil, lui-même soumis au cadre défini par la directive européenne 85/374 *(Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux)*.

Le parallèle avec le droit allemand est intéressant puisque ce dernier présente cette particularité de bénéficier d'un régime spécial de responsabilité du fait des médicaments *(Borghetti J.-S., « La responsabilité du fait des produits de santé et l'étendue de l'harmonisation réalisée par la directive du 25 juillet 1985 » : D.2015.549)*. Cependant, la survivance de ce régime est uniquement due à son antériorité à la directive de 1985. L'article 13 de cette dernière prévoit ainsi qu'elle ne saurait : *« […] porter atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive »*. La Cour de Luxembourg fait montre d'une application stricte de ce point de compétence *ratione materiae*, en refusant notamment toute modification ultérieure dudit régime spécifique *(Spuznar M., concl. sous CJUE, 20 novembre 2014, aff. C-310/13, Novo Nordisk Pharma GmbH.)* , tout en rappelant que la directive n'a pas pour objet d'opérer une harmonisation exhaustive de la responsabilité du fait des produits défectueux *(CJCE 4 juin 2009, aff. C-285/08, Moteurs Leroy Somer c/ Dalkia France, D. 2009. 1731 , note J.-S. Borghetti , 2047, chron. J. Rochfeld , et 2010. 49, obs. O. Gout ; RTD civ. 2009. 738, obs. P.*

Jourdain ; JCP 2009, n° 27, p. 35, note P. Jourdain, et n° 38, p. 42, obs. P. Stoffel-Munck ; RLDC 2009/63, n° 3533, obs. P. Bugnicourt ; RDC 2009. 1381, obs. G. Viney, et 1448, obs. C. Aubert de Vincelles ; CJUE 21 décembre. 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926 , note J.-S. Borghetti , 1558, P. Véron et F. Vialla , et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505 , et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg).

En droit français, nous ne pouvons que rejoindre les considérations du professeur Borgetthi, pour qui, il est évident *« que la Cour de Luxembourg n'acceptera jamais de considérer que ce domaine* [la responsabilité du fait des produits de santé et/ou médicamenteux] *échappe, en droit français, à l'harmonisation opérée par la directive »*. Malgré cela, ce dernier rappelle que la directive *« ne s'oppose nullement à ce que les droits nationaux développent ou maintiennent des règles propres sur les points non couverts par l'harmonisation communautaire »*.

Dès lors, l'établissement d'un régime spécial de responsabilité en droit français peut sembler fort compromis. Fort compromis, certes, mais pas impossible pour autant.

Saisi d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation française *(Cass. Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 14-13.151, D. 2015. 1156 ; ibid. 2016. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2015. 635, obs. P. Jourdain ; Civ. 1re, 12 novembre 2015, n° 14-18.118, D. 2015. 2602 , note J.-S. Borghetti)*, la Cour de Luxembourg a eu à connaître du fait de savoir: i) si les présomptions [graves, précises et concordantes] précitées sont compatibles avec la directive 85/374 ; ii) si l'application systématique de ces présomptions est compatible avec la directive 85/374, et iii) si, au cas où de telles présomptions seraient incompatibles avec la Directive, le demandeur devrait apporter la preuve scientifique d'un lien de causalité.

Dans ses conclusions présentées le 17 mars 2017, l'avocat général Bobek conclut à la conformité des procédés procéduraux français en la matière, et notamment du recours aux présomptions. La Cour de Luxembourg a suivi les conclusions de l'avocat général, mais force est de constater que cela ne vient qu'entériner une pratique procédurale déjà établie depuis plusieurs années…et ne fait émerger aucun nouvel espoir d'harmonisation entre nos juridictions internes. *(CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, N. W e.a. c/ Sanofi Pasteur MSD e.a.).*

A ce titre, la Cour de Luxembourg a déjà eu l'occasion de préciser que la directive n'avait pas vocation à s'appliquer à un prestataire de services pour le dommage causé par les produits qu'il utilise *(CJUE, 21 décembre 2011, aff. C-495/10, Centre hospitalier de Besançon, D. 2012. 926 , note J.-S. Borghetti , 1558, P. Véron et F. Vialla , et 2013. 40, obs. O. Gout ; AJDA 2011. 2505 , et 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RTD civ. 2012. 329, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2012. 679, obs. C. Aubert de Vincelles ; RCA 2012. Étude 8, note S. Hocquet-Berg)*. Si le Conseil d'Etat s'est prévalu de cette décision pour retenir la responsabilité des établissements de santé *(CE 12 mars 2012, CHU de Besançon, n° 327449, Lebon ; AJDA 2012. 575 ; ibid. 1665, étude H. Belrhali-Bernard ; D. 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; RFDA 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; RDSS 2012. 716, note J. Peigné ; RTD eur. 2012. 925, obs. D. Ritleng)*, la Cour de cassation, quant à elle, s'en est tenu au rejet des prétentions fondées sur ledit texte européen *(Cass. Civ. 1ère , 12 juillet 2012, n° 11-17.510, D. 2012. 2277 , note M. Bacache ; ibid. 2013. 40, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2012. 737, obs. P. Jourdain ; RTD eur. 2013. 292-36, obs. N. Rias et 20 mars 2013, n° 12-12.300, D. 2013. 836, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2014. 47, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2013. 616, obs. P. Jourdain)*.

Et si tout le problème résidait dans cette absence de lien, dans un premier temps, et d'harmonisation dans un second, entre responsabilité médicale pour faute et responsabilité médicale du fait des produits de santé ?

À l'heure de la micro - voire nano - chirurgie et de la télémédecine, où commence la responsabilité médicale et où s'arrête la responsabilité du fait des produits de santé ?

Victor Margerin

Thierry Gangate

1.4. CONTRATS SPECIAUX

1.4.2. Bail

Location – accession – formalisme

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, chambre civile, 29 décembre 2017, n°16/00510

Longtemps pratiquée par les organismes d'habitation à loyer modéré afin de permettre aux bénéficiaires de logements sociaux d'accéder à la propriété, la location-accession est le contrat par lequel un vendeur s'engage envers un accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volonté et après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout ou partie d'un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé du prix de vente et le versement d'une redevance jusqu'à la date de la levée de l'option.

Si les modalités de cette technique d'accession à la propriété foncière, encadrées par les dispositions issues de la loi du 12 juillet 1984, n'appelle à aucune particularité de fond, l'encadrement de son formalisme fait encore l'objet d'approximations, en ce qui concerne notamment la mise en œuvre de la levée d'option qu'elle octroie au locataire. Le présent contentieux tient à retranscrire ce constat.

Une commune avait indiqué au locataire de longue date d'un logement très social son souhait de planifier des solutions, afin de permettre à ce dernier d'accéder à la propriété de son logement. A la suite de son décès, et sans pour autant qu'un acte translatif de propriété ne fût établi lors de son vivant, sa succession assigna la commune aux fins de voir constater la vente définitive du bien immobilier en sa faveur.

Déboutant les héritiers de l'ensemble de leurs prétentions, la Cour d'appel de Saint-Denis confirme alors la solution rendue par les premiers juges. Après avoir rappelé qu'aux termes des dispositions de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1984, le contrat de location-accession est nécessairement conclu par acte authentique et publié au bureau des hypothèques, la Cour justifie cette position en avançant, d'une part, qu'aucune démonstration probatoire n'avait été fournie par les appelants, ni sur l'existence d'un contrat de location-accession (à caractère authentique) souscrit par le défunt, ni sur la manifestation ultérieure de ce dernier quant au souhait de lever l'option d'achat à un terme donné, et

d'autre part, que les pourparlers entamés par la commune afin de favoriser l'accession à la propriété du logement ne pouvaient s'assimiler à une quelconque opération translative de propriété.

Jérémie Idriss Akhoun

Délivrance – jouissance paisible

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, chambre civile, 22 décembre 2017, n° 16/00258.

Un acte authentique prévoit la dation à bail et autorise la sous-location d'un terrain à des fins de stockage de matériel. Enfreignant les règles d'urbanisme, le preneur est empêché par la commune d'user du fonds conformément à sa destination. Il assigne donc le bailleur en nullité du contrat pour défaut d'objet, en remboursement des loyers, et en dédommagement des travaux entrepris. Ce dernier lui oppose alors une clause stipulant qu'il ferait « *son affaire personnelle, sans pouvoir exercer de ce fait aucun recours contre le bailleur et le notaire, de toute réclamation ou injonction émanant des autorités compétentes concernant (...) les modalités d'occupation par lui de l'immeuble loué* ». Il demande par ailleurs, reconventionnellement, la résiliation de la location pour non-paiement des loyers. Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Saint-Denis fait droit à la demande du preneur sur le fondement de l'ancien article 1108 du Code civil, en notant que l'objet du contrat était, *ab initio*, impossible à réaliser.

Défini à l'article 1700 du Code civil comme le « *contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps (...)* », le louage de chose implique, par essence, la délivrance d'une chose conforme à la destination convenue (C. civ., art. 1719). Encore faut-il, pour ce faire, que le locataire soit assuré du respect des normes légales et de l'obtention de toutes les autorisations administratives garantissant une jouissance paisible. L'obligation du bailleur étant dépourvue d'objet depuis son origine, le contrat peut dans le cas contraire être frappé de nullité. À cet égard, la décision des magistrats de la rue Juliette Dodu n'est guère surprenante. Il est néanmoins permis de s'interroger sur le bien-fondé du choix opéré en faveur de la nullité absolue alors qu'après de longues années d'hésitation (rappr., en matière de prix, en faveur de la nullité relative, Cass. civ. 3e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980, AJDI 2013. 137 ; *ibid*. 540, obs. S. Porcheron ; Cass. civ. 1re, 29 sept. 2004, n° 03-10.766, Bull. civ. IV, n° 216, D. 2004. 2690 ; AJ fam.

2004. 458, obs. F. Bicheron. – *Contra*, Cass. com., 23 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 226 ; Defrénois, 2007. 1729, obs. crit. R. Libchaber ; JCP G 2008. I. 104, n° 7, obs. crit. R. Wintgen ; RDC 2008. 234), les différentes chambres de la Cour de cassation se sont accordées, en application de la théorie moderne des nullités, sur le choix d'une nullité relative (Cass. Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 : D. 2016. 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et P.-Y. Gauthier ; RTD civ. 2016. 343, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016. 317, obs. B. Bouloc ; RDC 2016. 435, note Y.-M. Laithier; ibid. 481, note L. Sautonie-Laguionie et G. Wicker).

La décision retient tout autant l'attention pour ce qui a trait à la demande reconventionnelle de dommages et intérêts, dont la recevabilité même paraît discutable en raison de la nullité du contrat. Tel n'est pas, semble-t-il le motif retenu par la cour d'appel qui argue que « *les intimés ne rapportent pas la preuve d'un comportement fautif de la locataire justifiant sa condamnation à des dommages et intérêts* ». Peut-être faut-il y voir, néanmoins, un témoignage de l'inanité de toute tentative de caractérisation de la violation d'un contrat censé n'avoir jamais existé.

Laura Varaine

Répartition des charges – bail d'habitation

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 24 novembre 2017, n°16/01067

Si en matière de baux d'habitation, le locataire est tenu de prendre à sa charge l'entretien courant du logement, le bailleur reste quant à lui tenu de délivrer au premier un logement en bon état d'usage, en faisant notamment toutes les réparations nécessaires au maintien en l'état des lieux loués. Si la frontière entre ces obligations essentielles paraît pleinement établie, elle reste, en pratique, extrêmement poreuse, au risque de déboucher sur des contentieux de répartition de charges entre bailleurs et locataires, autour desquels viendront graviter les actions croisées des parties.

Constatant l'existence d'un important arriéré locatif, des bailleurs ont procédé, à la suite du départ de leur locataire, à la délivrance d'une injonction de payer en vue de recouvrir le montant de leurs créances. Formant opposition à celle-ci, le locataire sollicite de manière incidente la condamnation de ses cocontractants pour leur abstention fautive dans le

maintien en bon état d'usage et d'entretien normal des lieux donnés en location. Estimant que la juridiction de première instance n'avait pris pleine mesure du litige qui lui avait été soumis, notamment en ce qu'elle n'avait pas correctement déduit que l'ensemble des manquements qui lui était reproché n'était que la résultante de la méconnaissance des bailleurs des obligations auxquelles ils étaient tenus, le locataire interjette appel de cette décision. La Cour d'appel de Saint-Denis ne reste pas insensible aux griefs de l'appelant, puisqu'elle infirme partiellement la décision des premiers juges, et procède par le biais d'une compensation financière entre les diverses demandes formulées, à la reconnaissance simultanée du manquement des deux parties.

Pour justifier cette position, la Cour procède, au travers d'une analyse circonstanciée, à un rappel pédagogique des dispositions applicables en matière de répartition des charges locatives. Elle précise, d'une part, que les dispositions issues de l'article 7 d) de la loi du 6 juillet 1989 obligent le locataire de prendre à sa charge l'entretien courant du logement, des équipements mentionnés au contrat et les menues réparations ainsi que l'ensemble des réparations locatives définies par le décret n° 87-712 du 26 août 1987, sauf si elles sont occasionnées par vétusté, malfaçon, vice de construction, cas fortuit ou force majeure. D'autre part, qu'en raison de l'article 6 c) du même dispositif légal, le bailleur est quant à lui tenu d'entretenir les locaux en état de servir à l'usage prévu par le contrat et d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en l'état et à l'entretien normal des lieux loués.

Jérémie Idriss Akhoun

Solidarité - bail d'habitation

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 12 décembre 2017, n°17/00444

Au visa de l'ancien article 1202 du code civil (actuel 1310), la Cour d'appel de Saint-Denis redonne vigueur à une jurisprudence constante, selon laquelle *« La solidarité stipulée entre les deux preneurs d'un local d'habitation ne cesse pas du fait que l'un d'eux donne congé* » (Civ. 3e, 8 nov. 1995, n°93-17.110 P: *Defrénois* 1996. 355, obs. Delebecque; *ibid.* 811, obs. Bénabent ; 13 juin 2001: *Rev. loyers* 2001. 439, note J. Rémy). Condamné en première instance au paiement d'arriérés de loyers et de

charges diverses, l'un des preneurs à bail se prévalait d'avoir donné congé au bailleur, si bien que son co-preneur resté dans les lieux, était seul redevable. C'est avec une grande habileté, que le mandataire du bailleur, relevant la solidarité expresse dans le contrat de bail, avait refusé de délivrer son congé. En effet, seul un dépôt commun de préavis aurait permis de mettre un terme au contrat. Ainsi après son départ, le preneur restait tenu solidairement des loyers et charges échus en raison du maintien dans les lieux de l'autre preneur.

Yannick Jaglale

1.4.5. Prêt

Preuve – Charge de la preuve

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2017, RG n° 16/01000

Preuve de l'existence d'un contrat de prêt. Dès lors qu'il n'est pas consenti par un établissement de crédit, le prêt d'argent constitue un contrat réel. Il résulte de ce caractère réel que la formation du contrat de prêt est subordonnée à la remise des fonds par le prêteur[471]. Pour autant, si elle constitue une condition de formation du contrat de prêt d'argent, la remise de fonds est-elle suffisante à établir, à la charge de celui qui les a reçu, une obligation de restitution ? Par une décision en date du 15 décembre 2017, la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion y a répondu par la négative.

Après avoir rappelé les dispositions des articles 1892 et 1315[472] du Code civil, la juridiction d'appel a affirmé qu'« *il est constant que la preuve de la remise de fonds ou paiement de certaines factures pour le compte d'une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a perçue* »[473]. En se prononçant ainsi, elle

471 La solution est constante en jurisprudence : v. par ex., Civ. 1re, 7 mars 2006, pourvoi n° 02-20.374, Bull. n° 138 – Civ. 1re, 19 juin 2008, pourvoi n° 06-19.056, Bull. n° 175.

472 L'ex-article 1315 est devenu depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 le nouvel article 1353 du Code civil.

473 CA de Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2017, RG n° 16/01000.

reprend à son compte la position retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation[474]. Et les magistrats dionysiens d'ajouter que « *de même, l'absence d'intention libérale de celui qui agit en restitution ne peut établir à elle seule l'obligation de restitution de la somme versée* »[475]. Ce faisant, la décision de la cour d'appel fait une nouvelle fois écho à la jurisprudence de la Haute juridiction[476]. Dès lors, l'établissement de l'existence d'une relation d'affaires entre les parties ainsi que de la remise de fonds, celle-ci n'étant d'ailleurs pas contestée en l'espèce, ne sauraient permettre au prétendu créancier de rapporter la preuve du prêt litigieux. Une telle solution ne saurait surprendre au regard des règles probatoires régissant la preuve des actes juridiques. En effet, la preuve du prêt ne pouvait être apportée que par écrit.

Au final, c'est non seulement la charge de la preuve mais encore le risque de la preuve qui pèsent sur celui qui souhaite obtenir le remboursement des fonds remis. Par ailleurs, bien qu'il n'en était pas question dans cette affaire, il n'est pas inutile de préciser qu'en cas de défaillance dans l'administration de la preuve du prêt, la voie de l'action en enrichissement injustifié ne sera pas ouverte au demandeur[477].

En somme, la solution pourrait être condensée dans la formule suivante : un prêt d'argent engage et doit être remboursé… à condition que son existence soit juridiquement prouvée !

Roberto Thiancourt

1.4.6. Autres contrats

Contrat d'assurance - Obligation d'information - devoir de mise en garde et de conseil

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 15 décembre 2017, n°16/00409

Conformément aux dispositions des articles L.112-2 et L.520-1 du code des assurances, il incombe à l'assureur de fournir à son client, avant

474 V. par ex., Civ. 1re, 7 février 1961, Bull. n° 86 ; JCP 1961, IV, 43.
475 CA de Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2017, RG n° 16/01000.
476 Civ. 1re, 19 juin 2008, pourvoi n° 07-13.912, Bull. n° 176.
477 Civ. 1re, 31 mars 2011, pourvoi n° 09-13.966, Bull. n° 167 ; D. 2011, p. 2891, I. Gelbard-Le Dauphin.

la souscription du contrat, toutes les informations sur les risques couverts, le prix et les exclusions contractuelles. De même, il doit proposer une offre adaptée au besoin de son client. En l'espèce, au titre de son assurance habitation, un couple réclama une indemnisation suite au vol de biens situés dans leur box de la résidence. Celui-ci n'entrant pas dans le périmètre de la garantie, l'assureur appliqua une limitation contractuelle. Sur le terrain de l'obligation d'information et du devoir de mise en garde, les assurés tentèrent d'obtenir réparation. Les juges du fond écartèrent l'ensemble de leurs prétentions puisque l'assureur avait fait signé une fiche d'information, les conditions particulières (V. dans le même sens Civ. 2e, 19 nov. 2015, n°14-27.049: RGDA 2016. 27, note Pélissier), et un avis de conseil sur le produit vendu. Sur la base de ces pièces, l'assureur, via son intermédiaire, avait parfaitement remédié aux exigences légales.

Yannick Jaglale

Contrat d'enseignement – clause abusive – déséquilibre significatif

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2017, RG n° 16/01118

Il est fréquent en pratique que les contrats conclus entre un établissement d'enseignement et un consommateur contiennent des clauses de paiement intégral du prix. En ce qu'elles sont susceptibles de générer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, de telles clauses font l'objet d'une surveillance judiciaire accrue. En effet, la validité de telles clauses apparaît aujourd'hui dépendante, dans une certaine mesure, de la reconnaissance au profit du consommateur d'un droit de résiliation pour motif légitime et impérieux. L'arrêt rendu le 15 décembre 2017 par la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion (RG n° 16/01118) en fournit une illustration.

En l'espèce, un contrat d'enseignement comportait une clause aux termes de laquelle en cas de résiliation à l'initiative de l'élève plus de 8 jours après la signature du contrat, les sommes versées demeurent acquises à l'établissement d'enseignement. Par ailleurs, ladite clause réservait à celui-ci la faculté de résilier le contrat deux à trois semaines après le début des cours s'il avère que l'élève se trouve dans l'incapacité de suivre les enseignements. La juridiction d'appel a considéré qu'une

telle stipulation crée un déséquilibre significatif au sens de l'ex-article L. 132-1 du Code de la consommation dès lors que « faisant du prix total de la scolarité un forfait intégralement acquis à l'appelante dès l'expiration d'un délai de huit jours suivant la signature du contrat avant même le début des cours, sans réserver le cas d'une résiliation pour un motif légitime et impérieux dans les premières semaines de cours, en l'occurrence l'incapacité de suivre les enseignements, [elle] créait, au détriment de l'élève, un déséquilibre significatif ; en effet, de son côté, l'établissement de formation se réservait la possibilité d'une résiliation pour un tel motif »[478]. Selon les juges, la clause litigieuse est abusive dès lors qu'elle réserve à l'établissement un pouvoir unilatéral de rupture pour un motif légitime et impérieux sans reconnaître un tel droit au profit de l'élève. Par conséquent, c'est le défaut de réciprocité dans l'attribution de la faculté de résiliation anticipée du contrat qui se trouve à l'origine du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Une telle solution n'est pas sans rappeler une recommandation de la Commission des clauses abusives suggérant que « soient éliminées des contrats proposés par les établissements d'enseignement les clauses qui ont pour objet ou pour effet (…) d'empêcher la résiliation du contrat à la demande du consommateur qui justifie d'un motif sérieux et légitime »[479]. Déduisant l'abus d'un défaut de réciprocité, la cour d'appel s'est par conséquent livrée à une appréciation concrète du déséquilibre significatif. Ce faisant, la solution se montre moins audacieuse que d'autres décisions qui ont paru se soustraire à une appréciation concrète du déséquilibre et ainsi admettre plus frontalement l'existence d'un droit de résiliation pour un motif légitime et impérieux au bénéfice du consommateur souscrivant un contrat d'enseignement[480].

Roberto Thiancourt

[478] CA de Saint-Denis de La Réunion, 15 décembre 2017, RG n° 16/01118.

[479] Cf. recommandation de la Commission des clauses abusives n° 91-01 du 7 juillet 1989.

[480] V. not., Civ. 1re, 13 déc. 2012, pourvoi n° 11-27.766, *D.* 2013, p. 818, note P. LEMAY ; *Ibid*., p. 945, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *CCC* 2013, n° 65, obs. G. RAYMOND ; *Defrénois* 2013, p. 781, obs. J.-B. SEUBE.

Droit des personnes – état civil – rectification – profession du père

Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion 15 décembre 2017, 16/00989

L'état civil, parce qu'il est un instrument de police juridique et non la consécration écrite de l'histoire des familles, est indisponible. Sans doute le principe d'indisponibilité recule-t-il à grands pas depuis quelques temps : Suppression de l'article 1128 du Code civil[481], admission du changement de nom sur motifs affectifs ou convenance personnelle[482], déjudiciarisation des procédures de changement de prénom[483] et du divorce sur consentement mutuel[484], assouplissement des conditions relatives au changement de sexe[485]... les exemples sont nombreux d'une plus grande prise en compte des volontés individuelles, ou d'un contrôle amoindri sur les évènements entrainant une modification substantielle de l'état des personnes. Mais le principe a encore, on l'espère en tout cas, de belles heures devant lui.

Paradoxalement, c'est ici dans l'un des éléments secondaires de l'état des personnes que le principe d'indisponibilité résiste le mieux : un père de famille avait saisi le Président du TGI de Saint Denis de La Réunion pour demander la rectification de l'acte de naissance de son fils. Il réclamait que la mention "*sans emploi*" sous la rubrique le désignant en qualité de père, soit remplacée par "*cadre supérieur*" ou, à défaut "*ex-cadre supérieur*".

Une telle mention n'emportant aucun effet juridique particulier, on suppose que c'est pour expurger l'acte d'une appréciation considérée comme dévalorisante, aux yeux de son fils et de la société, que l'homme formait sa demande. Celle-ci étant rejetée en première instance, l'homme fait appel, mais en vain : après avoir rappelé que la rectification d'un acte d'état civil n'est possible que si elle reflète la situation existante au moment où l'acte a été dressé, la Cour d'appel précise que, selon l'IGEC[486]

481 Ord. 10 février 2016
482 CE 31 janvier 2014, Dr. fam. 2014, Alerte 10.
483 C. civ. Art. 60 mod. par L. 18 novembre 2016.
484 C. civ. art. 229 s. mod. par L. 18 novembre 2016.
485 C. civ. art. art. 61-5 mod. par L. 18 novembre 2016.
486 Instruction générale de l'état civil

la profession qui doit être indiquée dans l'acte de naissance de l'enfant s'entend de celle actuellement exercée par le père, ou de celle qu'il exerçait en dernier lieu avant de cesser son activité professionnelle. Si la personne n'a jamais exercé de profession il convient d'indiquer "*sans profession*" et en cas de chômage la mention adéquate est "*sans emploi*". Or la Cour constate que, au moment de la naissance de l'enfant, le demandeur ne travaillait pas, alors qu'il avait exercé une profession jusqu'à l'année précédant la naissance, et qu'il n'avait pas mis fin pour autant à son activité professionnelle. La mention idoine était donc bien "*sans emploi*". La Cour souligne, à juste titre, que "*les changements intervenus dans sa situation professionnelle postérieurement à la naissance de l'enfant (...) ne peuvent donner lieu à rectification*".

Ce faisant, les juges dionysiens ne font qu'exprimer les liens étroits que l'état civil entretient avec la vérité historique : si ces liens sont parfois malmenés, cela ne doit faire oublier que l'état civil "*a pour fonction officielle, non de refléter une image sociale fluctuante, mais de préconstituer et de pérenniser la preuve authentique de faits historiques*"[487]. En ce sens, les actes d'état civil doivent demeurer le plus fidèle possible à la réalité de l'état des personnes qu'elles désignent et protègent.

Droit des personnes – nationalité par mariage – déclaration de nationalité –prescription – preuve de la fraude –communauté de vie – bigamie.

Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion 16 février 2018, n° 16/01806

L'article 21-2 du Code civil pose les conditions de l'acquisition de la nationalité à raison du mariage : le demandeur doit justifier d'une communauté de vie avec un conjoint français d'une durée d'au moins 4 années suivant le mariage, de la persistance de cette communauté de vie à la date de sa déclaration, et d'une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française.

Dans cette affaire le Ministère public avait fait usage de la faculté qui lui est ouverte par l'article 26-4 du Code civil de contester l'enregistrement de la déclaration de nationalité "en cas de mensonge ou de fraude" dans le délai de deux ans à compter de leur découverte. Selon

487 G. Cornu, Droit civil, Montchrestien, 10ème édition p. 263.

le Procureur le soupçon de fraude découlait du fait que, à la date du mariage invoqué par le demandeur, celui-ci était déjà engagé dans les liens d'une précédente union avec une ressortissante malgache, union qui n'avait été dissoute par le juge d'Antananarivo que 4 années après le second mariage.

Cet état de fait fonde selon la Cour d'appel de Saint Denis la double caractérisation du mensonge et de la fraude : le déclarant aurait en effet menti sur l'existence d'une première union, et son état de bigamie démontrait en outre l'absence de communauté de vie avec sa deuxième épouse.

Sur le premier point, le candidat à la nationalité française présentait une défense originale : il contestait l'existence même du premier mariage, soutenant que l'acte de mariage avait été dressé de manière frauduleuse par la prétendue conjointe, qu'il n'y avait jamais consenti, qu'il n'était même pas présent lors de la célébration... et qu'il n'avait lui-même été informé de l'opération que par un récent courrier du consulat. Mais faute d'avancer aucune preuve au soutien de ses allégations, l'appelant n'a pu convaincre les juges dionysiens, qui relèvent en outre que, dans la mesure où le premier mariage avait été dissout par un divorce, et non par un jugement d'annulation, la réalité de cette union devait être considérée comme établie. La charge de la preuve de l'inexistence ou de l'annulation du mariage pesant effectivement sur celui qui l'invoque, l'argument ne pouvait ici prospérer, et l'on ne peut qu'approuver l'arrêt sur ce premier point.

Sur le second point, les juges adoptent un raisonnement qui prête davantage le flanc à la critique. Reprenant les conclusions du Ministère public, la Cour d'appel estime en effet que "*l'état de bigamie dans lequel se trouvait (le déclarant) était incompatible avec l'existence d'une communauté de vie affective au sens de l'article 21-2 du Code civil*". Pourtant, si l'existence d'une communauté de vie est une notion de fait abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond[488], ceux-ci ne peuvent toutefois se contenter de généralités pour l'écarter, ainsi que l'avait fait par exemple la Cour d'appel de Paris qui avait retenu de manière contestable que "*la communauté de vie doit s'entendre (...) comme un élément de la conception monogamique française du mariage et ne peut s'accompagner de la conclusion d'une seconde union avant dissolution du mariage*"[489].

488 Cass. 1ère civ. 14 janvier 2015, Bull. civ. I, n°2
489 Paris 24 mai 1998, D. 1998, 517 note Guiho.

Cette technique consistant à inférer l'absence de communauté de vie du seul état de polygamie du conjoint a déjà été condamnée par la Cour de cassation : ainsi l'arrêt de Cour d'appel qui avait considéré que la situation de polygamie du mari faisait obstacle à la reconnaissance d'une communauté de vie réelle et constante, a-t-il été cassé pour défaut de base légale. Selon la 1ère chambre civile, la Cour d'appel aurait dû, outre l'état de bigamie, "*préciser en quoi la situation du mari (...) ne permettait pas de retenir l'existence d'un communauté de vie réelle*"[490]. De multiples circonstances peuvent en effet expliquer qu'un premier mariage contracté à l'étranger ne soit suivi d'aucun effet concret dans la vie des époux, et n'empêche pas l'existence d'une vie commune avec une tierce personne.

En l'espèce, l'annulation de la déclaration aurait donc dû être justifiée par des éléments concrets, propres à démontrer l'absence de communauté de vie du déclarant avec sa seconde épouse.

A défaut, le Ministère public aurait pu se fonder plus utilement, non sur l'absence de communauté de vie, mais sur l'article 21-4 al. 4 du Code civil. Celui-ci considère en effet que la situation effective de polygamie du conjoint est considérée comme un défaut *d'assimilation*, argument pouvant faire obstacle à la demande d'acquisition de la nationalité française. Encore eût-il fallu démontrer que l'état de bigamie était *effective*, c'est-à-dire réellement mise en oeuvre dans la vie des conjoints[491], ce qui n'était pas évident compte tenu des faits de l'espèce.

Une solution plus sûre aurait consisté pour le Ministère public à réclamer l'annulation du second mariage pour bigamie, sur le fondement de l'article 147 du Code civil. Le délai de prescription étant dans ce cas maintenu à 30 ans par le jeu de l'article 184 du Code civil, l'action en nullité était encore possible, et aurait entrainé *de facto* la nullité de la déclaration de nationalité.

Droit des personnes – nationalité par filiation – contestation – Ministère public - preuve d'extranéité non rapportée.

Cour d’appel de Saint Denis de La Réunion, 2 février 2018, n° 16 / 00877

490 Cass. 1ère civ. 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 134.
491 CE, sect. 11 février 1994, D. 1995, 108, note Guiho.

Le durcissement des conditions d'acquisition de la nationalité française n'a pas encore entrainé de renversement de la charge de la preuve, et c'est toujours au Ministère public de démontrer l'extranéité du défendeur, chaque fois que celui-ci peut se prévaloir d'un certificat de nationalité régulièrement délivré (C. civ. art. 30). La preuve est libre, et les juges savent se montrer exigeants, surtout lorsque les éléments litigieux sont susceptibles de résulter avant tout des aléas de la tenue des registres d'état civil dans le pays de naissance.

En l'espèce le défendeur, né à Madagascar de mère malgache, avait été reconnu par un ressortissant français huit ans après sa naissance. Il avait après sa majorité obtenu un certificat de nationalité française en application de l'article 18 du code civil.

Pour contester cette nationalité le Ministère public invoquait le caractère apocryphe de l'acte de naissance produit par le défendeur, en s'appuyant sur différentes anomalies qui avaient été relevées par les agents consulaires, lesquels avaient constaté en enquêtant sur place :

- que le duplicata du registre d'état civil correspondant à l'année de naissance du défendeur n'avait pas été déposé comme il se doit au Tribunal de première instance de Tananarive ;

- que la déclaration de naissance n'avait été faite que 21 jours après la naissance, alors qu'elle est censée intervenir au plus tard douze jours après la naissance de l'enfant ;

- que la mention relative à la reconnaissance de l'enfant consignée en marge de l'acte de naissance n'était pas signée ;

- que la déclaration de naissance sur les registres de l'état civil de la commune de naissance portait un numéro "bis".

Estimant au contraire que la preuve de l'extranéité n'était pas rapportée, la Cour d'appel déconstruit méthodiquement cette argumentation, en relevant tantôt que les allégations n'étaient pas suffisamment démontrées - et relevaient donc de la simple "supputation" - tantôt qu'elles étaient effectivement établies, mais ne prouvaient pas la falsification.

Ainsi la Cour relève-t-elle que l'absence de duplicata du registre d'état civil au TPI de Tananarive, pour être avérée, ne pouvait avoir pour effet d'annihiler toutes les naissances de l'année en cause, que la mention

"bis" peut parfois être utilisée pour réparer une omission, et que si la mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance n'était effectivement pas signée, l'acte de reconnaissance lui-même était bel et bien revêtu du sceau et de la signature de l'Officier d'état civil.

Rien n'est dit au sujet du retard dans la déclaration de naissance de l'enfant, mais les juges réunionnais savent sans doute que, en raison de l'isolement de certains lieux de vie et de la faiblesse des infrastructures routières ces délais sont fréquents dans l'Île Rouge... Un simple retard de déclaration est d'ailleurs un moindre mal, lorsque l'on sait que près d'un quart des enfants malgaches n'ont pas du tout d'acte de naissance, et que l'Unicef estime à un million le nombre d'adultes non enregistrés à Madagascar[492].

En tout état de cause, un tel retard n'était pas de nature à démontrer le caractère apocryphe de l'acte de reconnaissance, lequel avait été dressé plus de neuf ans après la naissance.

Refusant de faire peser sur le défendeur les conséquences de dysfonctionnements malheureusement fréquents dans les pays dépourvus de moyens administratifs et financiers, la Cour d'appel estime donc que l'intéressé peut légitimement se prévaloir de la nationalité française à raison de sa filiation.

5. Droit social

Rupture du contrat de travail – faute grave du salarié – atteinte à la vie privée des autres salariés

Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion, Ch. Soc., 12 décembre 2017, n°16/01272

D'un point du vue pragmatique, maintenir une bonne ambiance de travail est le challenge le plus sensible du manager, quel qu'il soit, afin d'éviter à tout prix l'application de cette maxime populaire qui éveille tant

492 Majunga, à l'ouest de Madagascar, serait la province où il y a le moins d'enregistrements (46 % des enfants non enregistrés). Les principales causes invoquées sont la méconnaissance des procédures par la population, et les dysfonctionnements administratifs.

l'ire de la sécurité sociale : « Si ton collègue de travail t'ennuie, évite le travail ».

Mais cette vision prend une autre tournure lorsque cette source anxiogène émane du responsable lui-même. Aussi, si le chef est un homme qui a besoin des autres493, il est cependant certains chefs dont les autres se passeraient volontiers.

Faits et procédure. Monsieur T. a été embauché à compter du 14 novembre 2011 par la société BURORUN-BUROVALLEE par contrat à durée indéterminée en qualité de responsable de rayon bureautique informatique.

Il était notamment reproché au salarié « d'avoir [le 26 juillet 2013] dérobé un dictaphone dans les stocks de la société et enregistré à leur insu ses collègues de travail dans les locaux de l'entreprise au moyen d'un dictaphone dissimulé ».

Monsieur T. a été régulièrement convoqué à un entretien préalable au licenciement par lettre du 01er août 2013 avec mise à pied conservatoire jusqu'à la notification de son licenciement pour faute grave, le 06 septembre 2013.

Par jugement en date du 08 juillet 2016, le Conseil de Prud'hommes de Saint Denis a requalifié le licenciement du salarié pour faute grave en licenciement sans cause réelle et sérieuse, et par suite condamné la société BURORUN à payer au salarié les indemnités afférentes.

La société a en toute logique interjeté appel du jugement rendu et c'est à un arrêt infirmatif en tous points que la Cour d'appel de Saint Denis a alors rendu.

Violation de la vie privée des salariés. Il est de jurisprudence constante494 que la vie privée du salarié est protégée des intrusions de l'employeur, notamment pour des faits de vidéosurveillance.

493 Citation Paul VALERY.

494 Soc. 20 nov. 1991, no 88-43.120 P: D. 1992. 73, concl. Chauvy; Dr. soc. 1992. 28, rapp. Waquet; RJS 1992. 25, no 1. ; Délib. CNIL no 2009-201, 16 avr. 2009: Dr. ouvrier 2010. 81, note Grévy; Sem. soc. Lamy 2009, no 1416, p. 3 ; Délib. CNIL 18 mars 2010: Sem. soc. Lamy 2010, no 1450, p. 2 ; CE 18 nov. 2015, no 371196: RJS 2/2016, p. 11, obs. Wolton, ibid. 2/2016, no 94; JCPS 2016. 1023, obs. Pagnerre.

En effet, la vidéosurveillance est par nature une atteinte à la vie privée, liberté fondamentale garantie et protégée dans un premier temps au titre de la liberté individuelle de chaque citoyen[495], puis à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui mentionne, comme le rappelle Vincent MAZEAUD[496], les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » au titre desquels figurent la « liberté »[497].

Toutefois, dans le cadre du droit du travail et conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution du 04 octobre 1958, le législateur a permis de déroger à cette liberté à deux conditions cumulatives : que l'atteinte soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir, et proportionnée au but recherché[498].

C'est d'ailleurs au visa de cet article L.1121-1 c.trav. que la Cour de cassation apprécie les restrictions apportées au droit à la vie privée des salariés.

Il en est de même quant à la surveillance clandestine des salariés[499], peu important – au regard de la protection accordée à la vie privée – l'auteur de cette surveillance clandestine, qu'il soit employeur ou salarié.

A ce titre, la faute grave de Monsieur T. est déjà suffisamment qualifiée et suffisante pour prononcer son licenciement, ainsi que le retient la Cour dans cet arrêt.

Victor Margerin

---

495 Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3 ; rappr. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

496 MAZEAUD V., Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 48 (dossier : vie privée) - juin 2015 - p. 7 à 20.

497 Cons. const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, cons. 45. ; Cons. const., 30 mars 2012, n° 2012-227 QPC, cons. 6.

498 Art. L.1121-1 c.trav.

499 Soc. 4 juill. 2012: Dalloz actualité, 26 juill. 2012, obs. Astaix; D. 2012. Actu. 1894; ibid. 2826, obs. Delebecque, Bretzner et Darret-Courgeon; Dr. soc. 2012. 1027, obs. Ray ; Soc. 5 nov. 2014: Dalloz actualité, 20 nov. 2014, obs. Fraisse; D. 2014. Actu. 2308; Dr. soc. 2015. 81, note Boulmier; RJS 1/2015, no 11 ; Soc. 19 nov. 2014, no 13-18.749: D. 2015. Pan. 834, obs. Porta ; Dr. soc. 2015. 83, note Boulmier; RJS 2/2015, no 77.

Rupture conventionnelle – indemnité légale ou spécifique – opposabilité ANI – secteur d'activité

Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion, Ch. Soc., 12 décembre 2017, n°14/01708, *Mutualité Fonction Publique Services c/Mme E.*

Faits et procédure. Madame E. a été embauchée par la MFP Services par contrat de travail à durée déterminée en 1986, avant de poursuivre dans une relation indéterminée en 1987.

Madame E. exerçait son activité en qualité de gestionnaire technique en prestations santé – statut employée.

La salariée a ainsi sollicité une demande de rupture conventionnelle par un courrier en date du 09 mai 2013. Le premier entretien prévu aux articles L1247-11 et suivants du Code du travail s'est ainsi déroulé le 03 juin 2013.

Il est à noter que le 18 juin 2013, lors d'un second entretien, l'employeur a explicité à Madame E. les modalités de calcul de l'indemnité de rupture conventionnelle.

En effet, et c'est là que se situait tout l'objet du litige, l'employeur a ainsi indiqué à sa salariée que le calcul de cette indemnité se ferait sur la base de l'indemnité légale de licenciement, en ce que l'obligation de verser une indemnité conventionnelle de licenciement – ainsi que prévu par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et son avenant du 18 mai 2009 n'était pas opposable à un employeur mutualiste.

Le formulaire de rupture conventionnelle a alors été signé le 03 juillet 2013, sans que le délai de rétractation ne soit opposé par la suite par l'une des deux parties.

Les relations contractuelles ont dès lors pris fin le 31 août 2013.

Néanmoins, Madame E. a saisi le Conseil de Prud'hommes de Saint Pierre le 20 novembre 2013 aux fins d'obtenir notamment un complément d'indemnité conventionnelle de licenciement au titre de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle – prévue par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 – correspondant à un reliquat de 2121.65€.

Les demandes de la requérante ont ainsi été accueillies par les premiers juges dans un jugement du 02 septembre 2014, duquel l'employeur a interjeté appel.

Moyen de la salariée. Il est particulièrement intéressant de s'attarder ici sur le principal moyen développé par Madame E. à l'appui de ses prétentions, à savoir l'application du principe de faveur.

Ledit principe, prévu à l'article L.2251-1 du Code du travail prévoit expressément que : *« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public »*.

La convention collective applicable à la société MFP Services n'est autre que celle de la mutualité, laquelle relève ainsi du secteur d'activité de l'économie solidaire et prévoit ainsi, à l'instar de nombre de textes collectifs une indemnité spécifique en cas de rupture du contrat de travail, supérieure à l'indemnité légale de licenciement.

Toutefois, et c'est en cela que le fond du litige tire toute sa substance, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et son avenant n°4 du 18 mai 2009 prévoient que l'indemnité de rupture conventionnelle ne pourra être inférieure non pas à l'indemnité légale de licenciement, mais à l'indemnité spécifique de rupture.

Et c'est bien ce dont se prévaut Madame E.

La société appelante ne manque alors pas de souligner qu'en dépit des arrêtés d'extension des 23 juillet 2008 et 26 novembre 2009 de l'accord national interprofessionnel, ces derniers n'ont pour objet que de rendre obligatoire sur l'intégralité du territoire les dispositions de l'accord, pour tous les employeurs compris dans son champ d'application. Et le champ d'application de l'accord exclut indéniablement les entreprises relevant du secteur d'activité de l'économie solidaire. C'est notamment ce qu'il ressort en outre de l'instruction DGT n°2009-25 du 08 décembre 2009.

L'argument de Madame E. visant à considérer que le principe de faveur, résultant des dispositions de l'article L.2251-1 du Code du travail, impose à un employeur de faire application d'une disposition d'un texte lui étant inopposable est-il recevable ?

En aucun cas. Mais en dépit de tout bon sens juridique, telle n'a pas été la solution retenue par le Conseil de Prud'Hommes de Saint Pierre.

Solution. Bien qu'apparemment très attirant dans tout contentieux de la juxtaposition des normes collectives de travail, le principe de faveur nécessite, à tout le moins, une juxtaposition de ces normes[500]…et tel n'était pas le cas en l'espèce.

Principe fondamental constitutionnellement reconnu et garanti[501], principe général du droit[502], sans pour autant être un principe fondamental reconnu par les lois de la République[503], l'ordre public social – quand bien même il se verrait menacé par d'actuelles remises en question[504]- peut se réjouir de voir en les conseillers prud'homaux d'ardents défenseurs de sa cause.

Gageons néanmoins que ce rappel du droit des relations collectives de travail par la Cour d'appel puisse, à l'avenir, appeler les conseillers prud'homaux à davantage de vigilance.

Victor Margerin

Rupture du contrat de travail – période d'essai – motif légitime – manœuvres frauduleuses du salarié – cabinet de recrutement

Cour d'appel de Saint Denis de La Réunion, Ch. Soc., 21 novembre 2017, n°15/00473
Mutuelle Mutualité de La Réunion c/Mme Meriem DAHEL épouse AMRANI

« On sait jamais, sur un malentendu ça peut marcher » [505]. Malheureusement, si l'amour n'était pas au rendez-vous pour Jean-Claude DUSSE dans le film précité, la pérennité de l'emploi ne l'était pas non plus pour l'appelante dans l'espèce considérée.

500 Soc. 6 oct. 2010: D. 2010. AJ 2436; RJS 2010. 844, no 943.
501 Cons. const. 25 juill. 1989: Dr. soc. 1989. 627; ibid. 701, note Prétot ; Cons. const. 6 nov. 1996, no 96-383 DC: GADT, 4e éd., no 157; Dr. soc. 1997. 25, note Morin; RJS 1996. 833, no 1296.
502 CE , ass., 8 juill. 1994: RJS 1994. 840, no 1386, note Prétot.
503 Soc.29 janv. 2014: Dalloz actualité, 19 févr. 2014, obs. Peyronnet.
504 MARGERIN V, « La reprise des contrats de travail sous le prisme des marchés publics », Thèse droit privé, 2016, 575 p.
505 Michel Blanc, Les bronzés font du ski (1979).

Faits et procédure. Préalablement à son embauche, la salariée avait fait l'objet d'une procédure de recrutement par le biais d'un cabinet de recrutement local, devant lequel elle s'est présentée en tant que titulaire du diplôme d'université de techniques audioprothétiques de l'Université de Montpellier, ancienne audioprothésiste libérale en Algérie de 2000 à 2003, à Annaba, où elle avait son propre cabinet.

Madame AMRANI est donc embauchée en date du 03 mars 2014 par la Mutelle Mutualité de La Réunion, par contrat de travail à durée indéterminée, au poste d'audioprothésiste – statut cadre. A ce titre, une période d'essai de trois mois renouvelable une fois était contractuellement prévue.

Par lettre recommandée en date du 15 juillet 2014, l'employeur notifie à la salariée la rupture de son contrat au stade de la période d'essai, au motif que *« le titre 'diplôme d'université de techniques audioprothétiques' est un titre non conforme à l'exercice de la profession d'audioprothésiste au sein du réseau Audio de la Mutualité de La Réunion »*.

Contestant la rupture de son contrat, la salariée saisit alors le Conseil de Prud'Hommes de Saint Pierre, lequel a non seulement retenu que la rupture du contrat de travail était abusive, et en sus, condamné l'employeur à payer pas moins de 100 000 euros à titre de dommages et intérêts pour rupture abusive en période d'essai.

C'est dans ce contexte critique que la société interjette appel.

Moyens des parties. Alors que les seconds juges auraient normalement eu à déterminer la prétendue adéquation d'une pratique et dudit diplôme, c'est sur un tout autre champ que la Cour situe son raisonnement.

En effet, l'intimée développe au soutien de ses prétentions qu'elle exerçait en Algérie en qualité d'audioprothésiste libérale mais surtout, « qu'elle a répondu à l'annonce d'un cabinet de recrutement, recherchant un audioprothésiste pour la Mutualité de La Réunion qui ne précisait pas que l'audioprothésiste recherché devait bénéficier du diplôme d'Etat », duquel la salariée ne s'est d'ailleurs jamais prévalu.

A l'inverse, la Mutualité expose quant à elle que la salariée l'a sciemment trompée et se prévaut alors de la *« confiance en un cabinet de recrutement dont l'analyse s'est révélée inexacte »*.

Problématiques. Au-delà de la seule considération de la reconnaissance des titres, ce sont bien des problématiques sous-jacentes que révèlent les faits de l'espèce, à savoir le mensonge par omission dans le cadre de l'entretien d'embauche et aussi, surtout, quid de la responsabilité du cabinet de recrutement ?

Sur l'absence de reconnaissance des diplômes. C'est véritablement sans grande surprise que la Cour se base sur les dispositions des articles L.4361-3 et 4 du Code de la santé publique, lesquels font état des conditions particulières d'accès à ladite profession en France et des modalités d'équivalence et de reconnaissance des diplômes étrangers.

La salariée n'apporte cependant aucun titre justificatif de sa qualification ni de sa formation en Algérie – mise à part une décision du 22 janvier 2000 du directeur de la santé et de la population l'autorisant à ouvrir un local de tests et adaptation des prothèses auditives à Annaba – République algérienne.

Partant, la salariée ne saurait utilement se prévaloir d'un exercice régulier de sa profession, ès qualités d'audioprothésiste diplômée d'Etat, conformément aux exigences du droit français.

Pour autant, et c'est ce que met en relief l'arrêt de la Cour d'appel, Madame AMRANI n'a jamais prétendu avoir cette qualité, laquelle n'apparaissait d'ailleurs aucunement sur l'offre d'emploi.

Sur les carences de la procédure de recrutement. Il ressort de l'appréciation de la Cour que l'offre d'emploi produite par le cabinet de recrutement faisait effectivement état de ce que le client recherchait un audioprothésiste diplômé d'une école d'audioprothésiste ayant une expérience, que l'emploi se situait à La Réunion. Les juges d'appel ont ainsi pu souverainement retenir que ladite annonce ne faisait aucune mention d'un quelconque « diplôme d'Etat ».

L'omission de cette information par le cabinet de recrutement est indéniablement une faute professionnelle de nature à engager sa responsabilité[506] en ce qu'elle a abouti au recrutement d'une personne ne disposant pas, non des compétences, mais des qualifications nécessaires.

---

506 Civ. 1 re. , 2 nov. 2005, n° 03-10.909, D. 2006. 62, obs. V. Avena-Robardet, et 2494, spéc. 2495, obs. C. Willmann.
« Mais attendu que la cour d'appel, après avoir exactement retenu que si, par principe, le conseil en recrutement n'était pas responsable des agissements ultérieurs du salarié embauché grâce à son entremise, il devait néanmoins répondre des conséquences

Pour autant, ainsi que le remarque la Cour, il est tout à fait possible – à l'instar de Madame AMRANI – d'être audioprothésiste sans pour autant être titulaire du diplôme d'Etat.

L'intimée avance en cela que « la pratique professionnelle distingue les titulaires du diplôme d'Etat habilités à travailler sans supervision et les autres audioprothésistes qui ne peuvent travailler que dans les cabinets comprenant a minima un diplômé d'Etat ».

Telle pouvait légitimement être la croyance de Madame AMRANI au cours de l'entretien – dont le déroulement n'est absolument pas rapporté ni même recherché par la Cour – en l'absence de toute mention afférente dans l'offre d'emploi.

Il n'apparaît nullement, en tout état de cause, que Madame AMRANI ait sciemment décidé de ne pas révéler au cabinet de recrutement qu'elle n'était pas titulaire du diplôme d'Etat, lequel n'était d'ailleurs pas mentionné dans l'annonce – qui plus est lorsqu'il lui était indiqué qu'elle exercerait ses fonctions sous la responsabilité du directeur général.

C'est alors que la Cour fait montre d'un raisonnement pour le moins étrange.

Sur le renversement de la charge de la preuve. Pour condamner Madame AMRANI et infirmer le jugement rendu en première instance en toutes ses dispositions, la Cour d'appel retient que cette dernière a sciemment trompé, par des manœuvres, la Mutualité de La Réunion.

---

dommageables de l'inexécution des obligations qui lui incombaient en vertu du contrat conclu avec son client, a relevé que, sur la recherche de la société Gaillard d'un comptable confirmé, expérimenté en comptabilité des copropriétés et disposant de connaissances en informatique, la société Eggo conseils s'était obligée à apporter tous les soins et diligences dans la sélection des candidats pour l'emploi en cause ;
qu'ayant constaté, sans inverser la charge de la preuve, que cette société n'avait opéré aucune vérification des informations portées sur le curriculum vitae de M. Y..., tant en ce qui concerne les diplômes invoqués que les emplois déclarés, ni même attiré l'attention de la société Gaillard sur cette absence de vérification et sur les risques d'une embauche dans de telles conditions, la cour d'appel a pu décider que la société Eggo conseils avait commis une faute dans l'exécution des obligations qu'elle avait souscrites et devait par conséquent répondre de ses manquements ; que, par ailleurs, la cour d'appel n'avait pas à répondre à l'allégation, dépourvue d'offre de preuve, selon laquelle la société Gaillard avait modifié les attributions de M. Y... ; qu'inopérant en sa dernière branche qui critique un motif surabondant, le moyen est mal fondé en ses autres griefs ; »

Néanmoins, les juges du fond ne rapportent, et ce à aucun moment, de telles manœuvres dolosives de la part de l'intimée visant à se prévaloir du diplôme d'Etat et se bornent à viser les dispositions des articles L.4361-3 et L.4361-4 du code de la santé publique, relatifs audit diplôme d'Etat.

Plus loin encore dans cette logique particulière, la Cour relève même, à la charge de l'intimée, qu'aucune mention n'était faite dans l'annonce quant à un exercice professionnel en collaboration avec un audioprothésiste diplômé d'Etat.

Dès lors, selon la Cour, il appartenait donc à Madame AMRANI, postulant pour un emploi, de veiller à la véracité des informations fournies par un cabinet de recrutement.

Loin du temps où le candidat à l'embauche pouvait encore user du *dolus bonus*[507] quant à ses compétences et qualifications – dans une certaine mesure toutefois[508] - il est désormais tenu, selon la Cour d'appel de Saint Denis, à une obligation de vigilance sur les termes et conditions de son éventuel recrutement.

Et cela, en dépit de toutes les conséquences que pourraient induire son licenciement…ou la rupture de son contrat dans le cadre de la période d'essai.

En définitive, renforçons les obligations du candidat à l'emploi et déchargeons les « professionnels du recrutement » de leur responsabilité…

Une telle aberration juridique, *« on sait jamais, sur un malentendu ça peut marcher »*.

Victor Margerin

507 Cass. Soc. 16 février 1999, n° 96-45565.
508 Cass. Soc. 25 novembre 2015, n° 14-21521.

II. Chronique de la jurisprudence administrative de la région Océan Indien

Sous la direction de Safia CAZET,

Maître de conférences en droit public

Avec la collaboration de

Didier BLANC, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Anjelee BEEGUN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Audrey DAMERON, Docteur en droit public de l'Université de La Réunion

Fleur DARGENT, Docteur en droit public de Aix-Marseille Université, ATER à l'Université de La Réunion

Olivier DESAULNAY, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Émilie GASTRIN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Justice MACARUELLA, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Victor MARGERIN, Doctorant en droit privé à l'Université de La Réunion

Rémi RADIGUET, Enseignant-chercheur à l'Université de Perpignan Via Domitia, Centre de droit économique et du développement (CDED), Membre associé de l'Institut Maurice Hauriou (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole

Josselin RIO, Doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

Tassadit YASSA, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

10.1. COLLECTIVITÉ TERRITORIALE

Communauté de commune — Contentieux électoral — Statut des conseillers communautaires — Remplacement de conseillers communautaires

Tribunal administratif de Mayotte, 26 mai 2016, *Mme Dj. S. et autres*, req. 1 600 264, 1 600 266, 1 600 272, 1 600 273, 1 600 294, 1 600 338 et 1 600 341.

Tribunal administratif de Mayotte, 26 mai 2016, *Préfet de Mayotte*, req. 1 600 293.

Didier Blanc, Professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Le traitement conjoint de ces deux jugements rendus par le Tribunal administratif de Mayotte démontre que la priorité accordée à l'intérêt juridique s'accorde mal parfois du respect de la chronologie.

Le premier jugement réunit deux contestations liées entre elles : celle sur l'élection des conseillers communautaires de la communauté de communes du Sud par le conseil municipal de Bandrélé ; celle de la présidente et des 6 vice-présidents de cette communauté de communes. Dans la mesure où la désignation du bureau repose sur la première élection litigieuse, dont les résultats ont lourdement pesé sur la désignation de l'exécutif local, elle est à son tour contestée.

Il convient donc d'examiner d'abord la matrice, à savoir la décision par le conseil municipal de Bandrélé de désigner deux de ses membres au sein du conseil communautaire en lieu et place de ceux ayant été valablement élus. Ces derniers, Mme Dj. S. et M. As., comptent assez naturellement au rang des plaignants, et reçoivent le renfort de l'autorité préfectorale en vertu du contrôle de légalité. Tous fondent leur action sur trois éléments : le maire n'est pas habilité à présenter au conseil municipal une nouvelle composition du conseil communautaire ; l'éviction méconnaît leur appartenance à ce conseil ; le vote a eu lieu à main levée.

Sur ce triple fondement, les deux élus évincés et le Préfet de Mayotte portent à titre principal une prétention : l'annulation de la délibération du 27 mars 2016 servant de support à la désignation des conseillers communautaires. Celle-ci est demandée au titre du recours en annulation et d'une protestation électorale enserrée dans de brefs délais aux termes de l'article R. 113 du Code électoral.

Les faits à l'origine de la décision du Tribunal administratif de Mayotte sont limpides. L'éviction des deux conseillers communautaires s'explique par leur soutien au candidat à la présidence de l'intercommunalité n'appartenant pas à leur commune tandis que leurs « remplaçants » ont permis l'élection à la tête de l'intercommunalité d'une adjointe au maire de la commune de Bandrélé. À l'heure où l'intelligence artificielle fait si l'on ose dire ses premiers pas dans les cabinets d'avocat, à n'en pas douter la solution aurait pu être robotiquement fixée ; elle n'aurait pas manqué de relever les défauts de la recevabilité de l'action préfectorale au regard des délais.

Il reste que face à des manœuvres aussi grossières le juge n'a pas à épuiser les ressources de la subtilité pour annuler la désignation des deux conseillers communautaires. Il lui suffit pour cela de s'appuyer en substance sur le statut des membres des conseils communautaires. Ils ne peuvent être remplacés discrétionnairement par le conseil municipal dont ils sont membres, quand bien même ils leur devraient leur élection au sein d'un EPCI créé par le Préfet. Les plaignants obtiennent ainsi satisfaction sans en revanche obtenir condamnation de la commune aux dépens et frais de justice.

Il s'ensuit que l'élection de la présidente et des 6 vice-présidents tombe d'elle-même reposant sur la composition viciée de son collège. Cette requête était portée par M. Md. Sh., augmentée de la circonstance selon laquelle la délibération litigieuse, non contente de procéder au remplacement des deux conseillers contenait également la convocation le 9 avril 2016 du conseil communautaire précisément pour procéder à l'élection de son exécutif et des vice-présidents. Si le Tribunal Administratif de Mayotte ne ressent pas le besoin de décider qu'il ne s'agit pas d'une attribution légalement détenue par le maire, le Conseil d'État ne va pas manquer de juger que « la réunion du conseil communautaire du 9 avril 2016 à 7 h 30 a été convoquée par une autorité incompétente »[509].

La limpidité de l'espèce et la violation flagrante du droit sont peut-être à l'origine de négligence des demandeurs – et du Tribunal administratif - ouvrant la voie à un appel formé devant le Conseil d'État. Joignant également les requêtes, l'annulation du jugement rendu par le TA est demandée en raison de manquements aux exigences procédurales (notification des protestations à leurs destinataires et délai de recours du déféré préfectoral). Face à la clarté des irrégularités formelles et

[509] CE, 26 avril 2017, req. 40 114 ; ECLI:FR:CECHR:2017:401144.20170426.

substantielles, le Palais royal annule tout à la fois le jugement rendu en premier ressort et l'ensemble des opérations électorales.

Vient comme un paradoxal surgeon le second jugement du même jour, le 26 mai 2016, reposant sur la requête du Préfet, et centré exclusivement sur le respect du quorum concernant la première réunion du conseil communautaire. Paradoxal en ce sens qu'il constitue le point de départ de la séquence contentieuse : le défaut de quorum (15 présents sur 30) avéré lors de la réunion n'empêche pas le conseil communautaire de se doter d'un président et de 9 vice-présidents ; les deux absents issus de la commune de Bandrélé vont être remplacés… car le temps presse, le budget d'un EPCI doit être adopté impérativement avant le 15 avril[510].

À nouveau, sans que tremble sa plume aux vents de l'océan Indien, le Tribunal administratif annule d'un seul trait les opérations électorales et les délibérations sur lesquelles elles reposent, au seul motif que la règle du quorum n'a pas été atteinte.

À l'exclusion de la saisine du Conseil d'État, la saga juridictionnelle aurait pu être close, mais c'était sans compter sur une nouvelle requête enregistrée par le Tribunal administratif de Mayotte et débouchant sur un jugement du 30 septembre 2016 (req. 1 600 638 et 1 600 640). Alors même que l'annulation du tribunal administratif n'est pas définitive en raison de la saisine du Conseil d'État à l'égard du premier jugement du 26 mai et du défaut de son prononcé, le maire n'organise pas moins de nouvelles élections au conseil communautaire. La première impossibilité juridique d'élire un conseil toujours en fonction en vertu d'une décision non définitive à céder devant la possibilité matérielle de nouvelles élections ; espérons que la seconde (deuxième ?) rappelée par le Conseil d'État suffise[511]. Quoi qu'il en soit, rien ne garantit qu'à l'avenir le chroniqueur n'ait pas à célébrer les retrouvailles de la communauté de communes du Sud avec le juge administratif.

Ainsi deux absences au conseil communautaire de la communauté de communes du Sud sont à l'origine de trois arrêts du Tribunal Administratif de Mayotte et de deux du Conseil d'État ; quand le vide politique crée le trop-plein contentieux.

Au-delà de cette distrayante affaire émaillant la vie locale, une conclusion au registre dubitatif s'impose : la qualité de *primus inter pares* du maire ne lui permet pas d'échapper à l'évidence légale, au surplus

[510] Article L. 1612-2 CGCT applicable en vertu de l'article L. 1612-20 CGCT.
[511] CE, 26 avril 2017, req. n° 403986 ; ECLI:FR:CECHR:2017:403986.20170426.

répétée, laquelle peut parfois distraire les autorités déconcentrées de l'État et le juge administratif au moment d'exercer le contrôle de légalité ; sans que pour autant la vérité du Droit en souffre ?

10.3. CONTRATS ET COMMANDE PUBLIQUE

Délai raisonnable de recours – Référé précontractuel – Décision individuelle d'éviction – Sélection des candidatures – Principe de sécurité juridique – Droit au recours

Tribunal administratif de La Réunion, ord. 19 octobre 2016, *Société réunionnaise de bureautique*, n° 1601022.

Olivier DESAULNAY, professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Le *« droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? »* s'interrogeait en 1980 le Doyen Vedel dans un article resté célèbre[512]. L'ordonnance rendue le 19 octobre 2016 par le Tribunal administratif de La Réunion, dans le cadre d'un référé précontractuel introduit par la Société réunionnaise de bureautique (SRB), invite à conclure que le droit administratif est voué à demeurer éternellement l'œuvre irréductible de son juge. Le juge administratif dionysien offre au regard une parfaite manifestation du phénomène jurisprudentiel : dans un premier temps, il convoque dans le contentieux précontractuel la règle relative au délai raisonnable de recours limité désormais à un an établie par voie prétorienne dans le cadre du recours en excès de pouvoir par le Conseil d'État la même année[513] pour, dans un second temps, interpréter celle-ci en vue de l'adapter aux particularités de l'office du juge du référé précontractuel en réduisant à trois mois ledit délai raisonnable.

Les faits de l'espèce étaient simples. Le CHU de La Réunion avait engagé une procédure de dialogue compétitif, sous l'empire du Code des marchés publics alors en vigueur, pour attribuer un marché de mise en place et de maintenance de solution d'impression. Cette procédure restreinte de passation nécessitait que le pouvoir adjudicateur effectue, d'abord, la sélection des candidatures avant d'opérer celle des offres reçues. Candidate à l'attribution du marché, la SRB a été évincée de la consultation au stade de la sélection des candidatures et dûment informée de cette décision le 18

[512] G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, p.40 et s.
[513] CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, req. n° 387763.

avril 2016. Elle obtient rapidement, après réclamation, une confirmation de cette décision le 12 mai 2016. Puis, plus de quatre mois s'écoulent avant que la société dépose une requête en référé précontractuel le 19 septembre 2016. Cette dernière est rejetée comme tardive par le juge des référés au motif soulevé d'office que le délai raisonnable de saisine du juge ne peut, en matière de référé précontractuelle et conformément au principe de sécurité juridique, excéder un délai raisonnable de trois mois à compter de la date à laquelle le requérant a eu pleinement connaissance de la décision d'éviction et alors même que le juge a été saisi avant la conclusion du contrat.

On ne trouve évidemment pas trace dans le Code de justice administrative (CJA) d'une telle règle de recevabilité limitant à trois mois le délai pour intenter un référé précontractuel contre une décision d'éviction d'un candidat. Au contraire, c'est une tout autre prescription qui s'en dégage : seule l'intervention de la signature du contrat est susceptible de rendre la requête tardive conformément à l'article L. 551-1 du CJA et l'interprétation constante établie par le Conseil d'État depuis son arrêt *« CCI de Tarbes »,*[514] et ce même si le délai de suspension de la signature n'a pas été respecté[515]. La solution du Tribunal administratif n'est cependant pas créée *ex nihilo*. Il s'agit de la transposition-adaptation au contentieux précontractuel de la règle, tirée de l'arrêt d'Assemblée précité *Czabaj* selon laquelle, au nom de la protection du principe de sécurité juridique, le requérant ne dispose plus que d'un délai raisonnable de un an pour saisir la juridiction administrative d'un recours contre une décision individuelle notifiée au destinataire, mais dont les délais et voies de recours ont été omis[516]. Jusqu'à l'intervention de cet arrêt, il était admis, conformément à la lettre de l'article R. 421-5[517] du CJA que le recours contre une décision administrative, omettant la mention des délais et voies de recours, pouvait s'effectuer en tout temps devant la juridiction administrative compétente. C'est dire que la nouvelle règle, *contra legem*, opère un sérieux

[514] CE, 3 novembre 1995, *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, req. n° 157304
[515] CE, 7 mars 2005, *Société GRANDJOUAN-SACO*, req. n° 270778.
[516] Le Conseil d'État considère ainsi que « *si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer le recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en eut connaissance* ».
[517] CJA, art. R. 421-5 : *« les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision ».*

rééquilibrage des droits au profit de l'administration défaillante. Une solution qui tranche avec la politique jurisprudentielle libérale qui animait la Haute juridiction jusqu'à présent, bien plus soucieuse d'offrir une voie de droit effective aux destinataires des décisions administratives[518]. Désormais, le Conseil d'État appréhende les effets de l'irrégularité de la notification, et notamment celle des voies et délais de recours, du point de vue du défendeur et non plus du requérant.

Toutefois, il paraît évident que l'ordonnance commentée ne s'en tient pas à la transposition mécanique de cette nouvelle règle au contentieux précontractuel. L'innovation jurisprudentielle par rapport à l'arrêt *Czabaj* est, en effet, double.

D'une part, l'effet de l'écoulement du délai raisonnable sur la recevabilité de la requête vaut désormais à l'égard d'une décision individuelle transmise à temps à un candidat et ne présentant aucun défaut d'information sur les voies et délais de recours contentieux. Il n'est donc plus question de réduire les effets négatifs d'une notification défectueuse sur l'allongement du délai de recours, mais, au contraire, d'une décision parfaitement régulière dont la contestation n'est pas perpétuelle.

D'autre part, le délai raisonnable est adapté aux particularités du contentieux précontractuel, passant de un an à trois mois. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre la mention des *« considérations d'urgence inhérentes à l'office du juge des référés »* qui implique, selon l'ordonnance, *« une définition particulière »* du délai raisonnable. En d'autres termes, la procédure du référé précontractuel étant, par définition, bornée dans le temps par la conclusion du contrat, le juge exerce son office dans une temporalité bien plus contrainte que celle du juge de l'excès de pouvoir. C'est dire que la requête en référé précontractuelle n'est plus seulement enfermée dans un délai conditionné par la seule intervention de la signature du contrat à l'issue de la procédure de passation, elle se voit opposer, dans

[518] L'administration ne pouvait se réfugier derrière l'absence de notification des voies et délais de recours pour retirer un acte au motif que celui-ci était toujours susceptible de recours (CE, Ass., 24 oct. 1997, *Mme de Laubier*, req. n° 123950, *Rec.*, p.371 ; *RFDA*, 1998, p. 527, concl. V. PECRESSE ; *AJDA*, 1998, p. 936, chron. T.-X. GIRARDOT et F. RAYNAUD) ; l'erreur dans l'indication des voies et délais de recours profite au destinataire (le délai plus court n'est pas opposable au requérant : CE, 22 oct. 2010, *Thiver*, req. n° 339363, *Rec.*, T., p. 893 ; le délai plus long profite au requérant : CE, 8 janv. 1992, *Masses*, req. n° 113114, *Rec.*, T., p. 1204 ; l'erreur sur le point de départ du délai profite au requérant : CE, 29 mars 2000, *Gluck*, req. n° 204611, *Rec.*, T., p. 1150 ; le délai équivoque n'est pas opposable au requérant : CE, 4 déc. 2009, *Ministre de l'Immigration c. Hammou*, req. n° 324284, *Rec.*, T., p. 781 et 884 ; *AJDA*, 2010, p. 555, note P. CAILLE ; *JCP adm.*, 2010, n° 1, p. 32, note L. DOMINGO).

l'hypothèse précise de l'information des candidats évincés dans une procédure restreinte de passation[519], une irrecevabilité pour tardiveté lorsque celle-ci a été déposée au-delà d'un délai de trois mois alors que la procédure de passation est encore loin d'être achevée par la conclusion du contrat.

Cette adaptation à la matière contractuelle de la décision *Czabaj* est audacieuse et révèle un certain réalisme de la part du juge des référés dionysien.

Il est, en effet, dans l'intérêt de l'acheteur public de voir purger rapidement la phase de sélection des candidatures de ses vices par une information appropriée des candidats évincés, plutôt que de risquer l'anéantissement de toute sa consultation, une fois l'attributaire du contrat désigné, par un recours d'un candidat qui n'aurait appris que tardivement son éviction. Dans le même sens, il est préférable pour le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques soumissionnaires que la contestation d'une prétendue illégalité du rejet des candidatures intervienne le plus tôt possible afin de sécuriser le déroulement des étapes suivantes de la procédure de passation. C'est d'ailleurs probablement dans cet esprit qu'il faille comprendre les dispositions du I de l'article 29 du décret du 1er février 2016 relatif aux concessions et de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui indiquent dans des termes similaires que l'acheteur doit notifier sa décision à chaque candidat « *dès qu'*[il] *a fait son choix pour une candidature ou une offre* » (concessions) ou « *dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre* » (marchés). La réduction du délai de recours précontractuel lorsque le candidat a été dûment informé de son éviction par le pouvoir adjudicateur tend donc à renforcer l'exigence de transparence des procédures et le contrôle de légalité de la phase de sélection des candidatures en invitant l'acheteur public à s'exposer le plus tôt possible au regard des candidats évincés ainsi qu'à celui du juge. En effet, *a contrario*, dans l'hypothèse d'un défaut d'information du candidat évincé ou d'une information tardive, la procédure de consultation ne sera plus à l'abri de l'exercice tardif d'un référé précontractuel. Mieux vaut prévenir que guérir, telle est la philosophie profonde du référé précontractuel. Et cette prévention doit intervenir le plus tôt possible afin de garantir la stabilité des situations contractuelles.

L'opérateur qui voit sa candidature rejetée à tout intérêt également à agir avec célérité dès qu'il a connaissance de son éviction, pour espérer que

[519] La solution ne vaut que pour une procédure restreinte de passation. Il est peu probable, en effet, qu'à la suite d'une procédure ouverte, sélection des candidatures et sélection des offres étant jointes, ou, en tout état de cause, à la suite de la sélection de l'attributaire, le pouvoir adjudicateur laisse s'écouler plus de trois mois pour signer le contrat.

le juge du référé précontractuel, dont l'office est de contrôler les motifs de rejet des candidatures[520], censure son éviction et contraigne le pouvoir adjudicateur à réexaminer sa candidature et, le cas échéant, l'admette à présenter une offre puis participer au dialogue ou à la négociation. Sur ce point, en l'espèce, le délai de quatre mois laissé par la société SRB entre la décision d'éviction et le dépôt de sa requête en référé n'est pas une stratégie des plus opportunes. Certes, la société requérante n'était pas en infraction avec l'état du droit positif qui lui laissait une grande latitude pour choisir le moment du dépôt de sa requête tout au long de la procédure de passation et jusqu'à la date butoir de la conclusion du contrat. Toutefois, cette attitude ne va-t-elle pas à rebours de l'effet utile du référé précontractuel qui se dégage aujourd'hui de la jurisprudence administrative ? À lire l'ordonnance commentée, c'est ce que le juge du référé précontractuel reproche au requérant, dont il est souligné le « *comportement inapproprié au regard du principe de sécurité juridique* » : avoir attendu que la procédure de passation soit quasiment achevée pour le saisir d'un recours qui, de toute façon, et jurisprudence *Smirgeomes* oblige, ne pouvait le conduire qu'à contester les motifs de son éviction au stade des candidatures, sans l'autoriser à développer quelque autre moyen que ce soit, nécessairement inopérant faute d'avoir pu le léser. Dit autrement, l'effet utile qui s'attache et qui doit s'attacher à cette voie de recours justifiait que le requérant agisse rapidement, ne serait-ce que pour garder une chance d'être admis à participer au dialogue.

Le juge ne censure-t-il finalement pas une forme d'abus de droit, voire de manquement à l'obligation de loyauté ? Ce ne serait pas la première fois que le juge administratif considère que le principe de loyauté des relations contractuelles peut trouver à s'appliquer avant la conclusion du contrat[521]. Même si l'ordonnance ne convoque pas explicitement ce principe, on peut sérieusement se demander ce que le requérant escomptait obtenir d'une saisine aussi tardive, alors qu'il avait eu toute latitude pour saisir le juge des référés si tôt son éviction connue le 18 avril 2016. Cette éviction l'avait d'ailleurs conduit à saisir dans un premier temps le pouvoir adjudicateur d'une « *réclamation* » à laquelle il lui avait été répondu assez rapidement, mais qui n'avait appelé de sa part aucune réaction immédiate.

La solution du tribunal, en s'inscrivant volontiers dans le sillon tracé par le précédent jurisprudentiel du Conseil d'État pour le creuser davantage,

[520] Voir par exemple CE, 17 juin 2015, *Commune de Montpellier*, req. n° 388596.
[521] Voir par exemple au cas particulier d'un marché de conception-réalisation et du versement de la prime : CE, 23 octobre 2013, *Société Bernard Leclerc Architectes*, req. n° 362437.

s'expose néanmoins aux critiques émises à l'égard de l'exercice illimité du pouvoir prétorien du juge.

Cette critique a été adressée à la décision *Czabaj* et grève tout autant celle des juges réunionnais. Si la considération suivant laquelle le juge est la *« bouche de la loi »* a sans doute quelque chose de suranné, l'audace sans cesse plus grande du Conseil d'État et, ici, d'un simple tribunal administratif devient inquiétante pour la sécurité juridique qu'elle entend pourtant garantir. Sans vouloir négliger l'intérêt du pouvoir d'interprétation du juge en cas d'obscurité, incohérence ou incomplétude du droit positif, force est de constater qu'en l'espèce le juge fait litière de tous les principes fondamentaux de notre État de droit en négligeant purement et simplement d'appliquer les lois et règlements codifiés, clairs et non équivoques. À cela s'ajoute que la nouvelle règle jurisprudentielle introduite par le tribunal est appliquée immédiatement au litige, impliquant sa rétroactivité là où le requérant avait pu nourrir une légitime certitude dans l'existence et la recevabilité d'une voie de droit ouverte par les textes[522].

Certes, un recours intenté 22 ans (cas de l'affaire *Czabaj*) après la notification de la décision individuelle faisant grief a de quoi laisser perplexe. Sans doute les hypothèses sont-elles nombreuses dans la matière contractuelle où l'excessive tardiveté d'un recours peut entraîner des conséquences passablement incompatibles avec l'intérêt général. De telles considérations ne doivent cependant pas occulter le fait qu'il est également d'intérêt général qu'un texte, qui fonde les requérants à exercer un recours dans une temporalité précise, ne soit pas sèchement neutralisé par la plume du juge. C'est bien du sacrifice de la sécurité juridique de l'administré, au profit de celle de l'administration, qu'il s'agit.

En outre, il pourrait être reproché à la solution des juges réunionnais son caractère potentiellement réversible au détriment direct de la légalité de la procédure de publicité et de mise en concurrence et des intérêts du candidat évincé. En effet, dans l'hypothèse où ce dernier, correctement informé de son éviction, n'agirait pas en temps utile, les illégalités susceptibles de grever la phase préalable de sélection des candidatures seraient couvertes par le simple écoulement du délai de trois mois. Situation qui pourrait donner lieu à l'ouverture d'un contentieux devant le juge de la validité du contrat par ce même requérant insuffisamment diligent. C'est sans doute pour éviter qu'une telle situation ne se présente que le juge fait le

[522] Le Conseil d'État a, quant à lui, expressément rejeté la possibilité d'user de son pouvoir de moduler les effets dans le temps de sa règle jurisprudentielle dans l'arrêt *Czabaj* sans que les motifs puissent emporter une parfaite adhésion et alors même que l'énormité des conséquences de l'introduction d'un nouveau délai de recours de un an parait évidente.

choix d'un délai encore suffisamment long (trois mois) et de réserver le cas de circonstances particulières qui restent à définir.

Il est enfin permis de douter de la liberté prise par le juge réunionnais avec la règle jurisprudentielle établie par le Conseil d'État. La position de ce dernier n'est-elle pas franchement dénaturée en l'espèce par le Tribunal administratif ? La limitation dans le temps des recours par l'exigence nouvelle d'un délai raisonnable de un an répond à une nécessité simple : borner plus strictement dans le temps un recours devenu perpétuel afin de garantir la sécurité juridique. Or, le référé précontractuel n'est pas indéfiniment ouvert comme l'est le recours en excès de pouvoir à l'encontre d'une décision individuelle à l'information défectueuse. Il faut insister sur le fait que, par définition, ce recours est arrêté précisément dans le temps par l'intervention de la signature du contrat qui oblige le juge à déclarer un non-lieu à statuer. Sur ce point, le juge réunionnais ne serait-il pas allé trop loin dans l'exercice de son pouvoir prétorien ? La question mérite d'être posée dans la mesure où, dans le même contexte, le Tribunal administratif de Paris[523] n'a pas retenu la même interprétation, considérant qu'un candidat évincé demeurait libre d'ouvrir une action en référé précontractuel tout au long de la procédure de passation et jusqu'à son achèvement.

En somme, « point trop n'en faut ». L'avertissement vaut tout autant pour le requérant, bénéficiant parfois d'un délai déraisonnablement long de recours, que pour le juge lorsqu'il use de son pouvoir prétorien de manière illimitée. Or, à la faveur d'un pourvoi en cassation formé contre une ordonnance ultérieure du même tribunal [524], réitérant l'innovation jurisprudentielle commentée, le Conseil d'État a cru bon de rappeler implicitement cette maxime au juge des référés réunionnais en l'annulant pour erreur de droit[525]. Reprenant ainsi la maîtrise du champ d'application de *sa* règle, la juridiction suprême s'attache à rappeler qu'il convient cette fois de s'en tenir à l'application scrupuleuse des textes législatifs et réglementaires. Ces derniers font du référé précontractuel un recours qui peut être exercé « *à tout moment de la procédure* » et ce jusqu'à « *la signature du contrat* » dans le but de *« prévenir l'introduction de recours remettant en cause le contrat lui-même après sa signature et alors qu'il est en cours d'exécution »*. Ni plus, ni moins, mais exactement.

[523] TA Paris, 21 avril 2017, *Société Extérion Média France*, req. n° 1704976.
[524] TA de La Réunion, 10 mai 2017, *société ECI*, req. n° 1700293.
[525] CE, 12 juillet 2017, *société ECI*, req. n° 410832.

10.5. DOMAINE PUBLIC

Construction irrégulière – Aucune régulation possible – Démolition – Mise en demeure – Pouvoir discrétionnaire du préfet

TA La Réunion, 31 mars 2016, *M. Th. c/Préfet de La Réunion*, req. n° 1500900

Audrey Dameron, Docteur en droit public de l'Université de La Réunion

Il est d'usage de dire que lorsqu'une construction est irrégulière, il est rare de parvenir à obtenir sa démolition, tant les conditions sont délicates à réunir. La présente affaire laisse penser que le requérant connaît cet usage. Il s'est toutefois confronté à une administration, au sens large du terme, particulièrement volontariste.

En l'espèce, M. Th. obtient, le 17 octobre 2006, un permis de construire un hangar agricole d'une surface de 205 m^2, en zone classée NC par le Plan d'Occupation des Sols (POS) applicable à l'époque sur la commune de l'Entre-Deux. Il demande ensuite un permis modificatif afin de créer un vide sanitaire de 67 m^2, qu'il obtient le 4 août 2008. Un agent assermenté a néanmoins constaté, le 3 mars 2009, que la construction s'étendait en réalité sur 433,50 m^2, en contradiction avec l'autorisation d'urbanisme et la vocation agricole de la parcelle.

Par un permis modificatif délivré le 30 avril 2009, il lui est autorisé une construction de 135 m^2 en vue d'une chambre froide.

Toutefois, un arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, rendu le 8 août 2013, confirme un jugement du tribunal correctionnel de Saint-Pierre du 26 juin 2012, et le condamne à démolir les constructions irrégulières dans un délai de 6 mois. Cette condamnation est désormais définitive puisque l'administré est même allé jusqu'en cassation, mais son pourvoi a été rejeté.

C'est alors que le préfet lui adresse, le 10 août 2015, une mise en demeure de démolition, sous peine d'exécution d'office et à ses frais. C'est ainsi que le juge administratif se trouve saisi de cette affaire : par le truchement de la mise en demeure préfectorale.

Après le moyen classique de légalité externe tenant à l'incompétence du sous-préfet de Saint-Pierre pour édicter la décision litigieuse, rapidement écarté puisque ce dernier disposait bien de la

délégation du préfet, le juge administratif analyse la mise en demeure sur le fond.

Tout d'abord, la règle en matière de mise en demeure de l'administration de procéder à la démolition ou à la mise en conformité de la construction litigieuse ne constitue nullement une « *obligation* » puisque l'autorité administrative « *peut*[526] *faire procéder d'office à tous travaux nécessaires à l'exécution de la décision de justice* »[527]. Pour ce faire, le juge rappelle qu'elle doit « *apprécier si la construction litigieuse est susceptible d'être régularisée en tenant compte de la nature et la gravité de l'infraction relevée par le juge pénal, des modalités de régularisation envisagées et des règles d'urbanisme applicables à la date à laquelle elle est amenée à prendre position* ».

Une décision définitive du juge judiciaire condamnant à la démolition n'engendre donc pas automatiquement une mise en demeure puisque l'administration peut encore apprécier les possibilités de régularisation.

En l'espèce, il s'avère que la construction litigieuse n'a pas été régularisée et qu'elle n'est pas régularisable.

Une construction non régularisée. Le requérant, à l'appui de ses allégations contre la mise en demeure, invoque un constat d'huissier, ayant eu lieu le 5 septembre 2015. Cependant, celui-ci relève que la construction ne correspond toujours pas à un hangar agricole, mais davantage à une maison d'habitation ou à un local commercial, au vu des « *multiples ouvertures, des pièces avec boiseries et du carrelage au sol* ». La vocation agricole de la parcelle n'est donc toujours pas respectée.

Une construction non régularisable. Le dernier argument du requérant reposait sur le règlement de la zone agricole du nouveau Plan Local d'Urbanisme (PLU) de la commune de l'Entre-Deux, en vigueur depuis 2011, lequel admet les constructions à destination agrotouristique, dès lors que les activités engendrées constituent un prolongement de l'acte de production ou ont pour support l'exploitation, tels que les locaux de vente de produits de la ferme ou encore les locaux d'accueil et d'hébergement touristique ou de restauration.

Cet argument avait déjà été utilisé par le requérant devant la cour d'appel, mais cette dernière l'avait rejeté au motif qu'aucune preuve n'était apportée quant à la réalité d'une activité agricole ou d'une table

526 Souligné par nous.
527 Article L. 480-9 du code de l'urbanisme.

d'hôte. L'inspiration du requérant, défenseur chevronné de la construction litigieuse, était alors citée par le juge civil et le juge administratif ne semble pas y résister non plus : « *le prévenu ayant d'ailleurs déclaré [qu'il était agriculteur-designer-antiquaire-entrepreneur et que rien ne l'empêchait de construire un hangar de luxe]* ».

En tout état de cause, la bonne foi, peut-être tardive, du requérant est prouvée par trois demandes de permis de régularisation. La première est refusée le 6 janvier 2015. La deuxième est manifestement classée sans suite le 13 novembre 2015 du fait de l'abandon du projet. Au jour de la décision, la dernière se trouve toujours en cours d'instruction, mais le juge considère que le projet ne présente de toute façon pas les caractéristiques d'un projet agricole ou agrotouristique, nécessaires à la régularisation au titre du nouveau PLU.

Par conséquent, la décision du préfet de La Réunion de mettre en demeure le requérant de procéder à la démolition de la construction, conformément à l'injonction du juge pénal, est légalement justifiée. La requête est donc rejetée.

Une administration volontariste. Bien que juridiquement justifiée, cette décision étonne par le caractère particulièrement volontariste de l'administration, que celle-ci soit municipale, préfectorale, ou juridictionnelle.

En effet, les services municipaux chargés de l'urbanisme ne disposent pas toujours de moyens nécessaires au récolement[528]. En outre, le juge pénal jouit d'une liberté d'appréciation pour prononcer une mesure de démolition,[529] car il ne s'agit que d'une mesure à caractère réel destinée à faire cesser une situation illicite, non une sanction pénale pouvant être prononcée à titre principal[530]. Ainsi, comme l'auteur de ces lignes le remarquait lors d'un précédent numéro de la revue[531], il peut être tenu compte de la situation du prévenu pour lui éviter la démolition : chômage, proximité avec des parents dépendants, voire même rupture d'égalité avec des voisins ayant eux aussi construit en méconnaissance

528 L'auteur de ces lignes a pu en faire état au moment de la réforme des autorisations d'urbanisme : *Les communes et le nouveau régime des autorisations d'urbanisme*, Mémoire, 2009, Université de La Réunion, 69 p.

529 Voir notamment Cass. Crim., 14 février 1984, Bull. Crim., n°60 ; Cass. Crim., 9 avril 2002, n° 01-81142 ; Cass. Crim., 2 mai 2012, n° 11-85187 ; Cass. Crim, 21 octobre 2003, Bull. Crim., n°197 ; J.-H. ROBERT *Dr. pénal*, 2004, comm. 40.

530 Cass. Crim, 19 octobre 2004, *Dr. pénal*, 2000, comm. 8, obs. J.-H. ROBERT.

531 « De l'engagement classique de la responsabilité pénale à la sanction critiquable des infractions d'urbanisme », *RJOI* 2014, n° spécial, p. 64.

des dispositions du code de l'urbanisme. Pour autant, si certains ont pu pointer du doigt l'inadaptation du droit pénal de l'urbanisme à son objet[532] ou encore ses similitudes avec un « *recueil des erreurs législatives, réglementaires et parfois judiciaires à ne pas renouveler* »[533], il faut reconnaître que toutes les décisions administratives et juridictionnelles en l'espèce s'accordent en vue de la démolition de la construction litigieuse, peut-être en raison d'une certaine lassitude des services municipaux de l'Entre-Deux.

Pour autant, la construction en cause n'est toujours pas démolie. L'administré étant particulièrement prêt à défendre son projet, il a interjeté appel. La cour administrative d'appel de Bordeaux devrait se prononcer sous peu.

Expropriation – Opération d'aménagement – Résorption de l'habitat insalubre – Membres personnellement intéressés – Concertation préalable – Bilan coût-avantage

TA La Réunion, 26 octobre 2016, *Époux F et autres c/Préfet de La Réunion*, req. n° 1400466-1400669-1400672-1400673

Audrey Dameron, docteur en droit public de l'Université de La Réunion

Plusieurs propriétaires des secteurs de « Butte citronnelle », « Pied des Roches » et « Ravine Sheunon », de la commune de L'Étang-Salé attaquent le projet d'aménagement et de résorption de l'habitat insalubre (RHI) pour lequel ils sont expropriés. Pour ce faire, et de façon classique dans le cadre d'une opération complexe comme celle-ci, leurs requêtes, déposées entre 2014 et 2016, sont dirigées à la fois contre l'arrêté de déclaration d'utilité publique (DUP), en date du 11 janvier 2010 et contre l'arrêté de cessibilité de leurs parcelles, en date du 13 janvier 2014.

Après avoir rapidement écarté les arguments opposés à la DUP, valablement publiée et affichée, pour forclusion ; le juge administratif étudie les moyens formés à l'encontre de l'arrêté de cessibilité, relatifs également, grâce à la gymnastique de l'exception de l'illégalité, à la DUP. Variés et nombreux, mais restant vains quatre de ces moyens retiennent l'attention.

532 H. JACQUOT, J. PRIET, *Droit de l'urbanisme,* Paris, Dalloz, 6e éd., p. 920.
533 J.-H. ROBERT, *RSC*, 2000, p. 401.

Le rejet de la qualification de membres personnellement intéressés. La DUP est notamment fondée sur des délibérations du conseil municipal, du 21 août 2004 et du 27 août 2008, portant respectivement approbation de l'opération d'aménagement et de la RHI, ainsi que de la convention publique d'aménagement avec la SODEGIS d'une part, et approbation du dossier d'enquête préalable et autorisation de la SODEGIS à solliciter l'ouverture de l'enquête publique d'autre part.

Il est argué de la présence, à ce conseil municipal, de membres personnellement intéressés. En pareille hypothèse et en vertu de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les délibérations sont illégales, lorsque deux conditions sont remplies : il faut un intérêt personnel, pas nécessairement financier et distinct des autres habitants de la commune, et il faut que le membre ait exercé une influence décisive sur la délibération.

La première hypothèse concerne une conseillère municipale et se fonde sur deux arguments : d'une part, elle possède des parcelles incluses dans le périmètre litigieux, d'autre part, elle fait l'objet d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pour prise illégale d'intérêt, au titre de l'article 432-12 du Code pénal. Ces deux arguments sont rejetés comme insuffisants, notamment car elle n'a pas pris de part active aux débats ni aux travaux préparatoires[534].

La seconde hypothèse concerne le maire et un conseiller municipal, tous deux administrateurs de la SODEGIS, titulaire d'une convention publique d'aménagement pour réaliser l'opération. Néanmoins, cette circonstance n'a pas été jugée suffisante pour entacher la délibération d'illégalité. En effet, l'article L. 1524-5 alinéas 11 et 12 du CGCT prévoit que les élus locaux agissant en tant que mandataires de sociétés d'économie mixte (SEM) ne peuvent être regardés intéressés du seul fait de leurs fonctions, lorsqu'ils délibèrent sur une convention d'aménagement[535].

La jurisprudence traditionnelle exige en effet des éléments plus probants. En témoigne un arrêt rendu récemment par la cour administrative d'appel de Bordeaux[536], à propos d'une délibération à

[534]Voir par exemple *a contrario* : CE, 17 février 1993, *Desmons*, req. n° 115600.
[535]CE, 10 décembre 2012, *Auclair c/Cne de Bagneux*, req. n° 354044 ; *AJDA*, 2013, p. 1059, note C. DEVES ; *BJCP*, 2013, p. 89, obs. P. TERNEYRE ; *JCPA*, 2013, n° 2014, note S. BRAMERET.
[536]CAA Bordeaux, 12 janvier 2017, *Association de défense des riverains, propriétaires et cultivateurs contre le projet d'implantation de la zone artisanale à la Motte-la Vallée et autres*, req. n° 14BX03698.

laquelle avait siégé un conseiller municipal condamné pour prise illégale d'intérêt en raison de sa participation à l'administration et à la surveillance de la révision du plan local d'urbanisme (PLU), alors qu'un terrain lui appartenant a été l'une des rares parcelles à bénéficier d'un changement de zonage, sans motif d'intérêt général expliquant ce décroché peu justifié urbanistiquement. La délibération a donc été partiellement annulée.

L'obligation de procéder à une concertation préalable : un argument prometteur, mais rejeté. À ses articles L. 300-2 et R. 300-1, et dans leur version applicable à l'espèce, le code de l'urbanisme prévoit une procédure de concertation préalable pour « *toute opération d'aménagement réalisée par la commune ou pour son compte lorsque, par son importance ou sa nature, cette opération modifie de façon substantielle le cadre de vie ou l'activité économique de la commune et qu'elle n'est pas située dans un secteur qui a déjà fait l'objet de cette [formalité à l'occasion du PLU ou d'une ZAC]* ». Pourtant, une liste limitative s'applique et s'éloigne allègrement de la notion d'aménagement urbain puisque ne sont visées que des opérations relevant davantage de l'aménagement du territoire, telles que les investissements ferroviaires, portuaires ou routiers. Cette restriction n'existe plus dans les mêmes termes aujourd'hui, mais demeure malgré tout.

Selon une vision défendue par l'auteur de ces lignes[537], l'opération en cause répond à la qualification d'aménagement urbain : il s'agit d'une opération de RHI, prévoyant des travaux immobiliers d'équipement et de construction, visant un projet urbain d'intérêt général portant sur l'habitat, et ce à l'échelle de quartiers, futurs lieux de vie grâce à l'offre nouvelle d'équipements publics et de services de proximité. Ainsi, cette seule qualification aurait dû suffire à imposer la procédure de concertation préalable, laquelle constitue un marqueur de l'aménagement urbain[538]. Si ce n'est pas encore l'option choisie par le législateur, il s'en approche[539]. Il est donc permis de penser que cet argument prometteur devrait pouvoir aboutir à moyen terme.

Un bilan coût-avantage positif. Le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique représente le point d'ancrage du contrôle du

[537] A. DAMERON, *L'aménagement urbain - Contribution à la reconnaissance d'une notion juridique*, thèse La Réunion, 2015, L'Harmattan, Paris, 2017, 659 p.
[538] Voir la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 *relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement*.
[539] Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 *relative à la partie législative du livre 1er du code de l'urbanisme*.

bilan[540]. En l'espèce, il s'attache à trois points de la balance : le caractère d'intérêt général de l'opération, le caractère indispensable de l'expropriation pour réaliser l'opération et enfin, le caractère juste de l'indemnisation.

Tout d'abord, il est vérifié que l'opération présente bien un intérêt général. Ce contrôle est validé puisque l'opération s'attèle, dans une zone comprenant 77 logements insalubres, à remédier aux problèmes d'insalubrité, de circulation et de réseaux, en renforçant le maillage transversal et vertical des secteurs, en améliorant la desserte des quartiers, en créant 504 logements collectifs, 100 logements individuels, des équipements publics, ainsi que des services de proximité. L'intérêt n'est donc pas que financier au profit des élus et de l'aménageur.

Ensuite, il est vérifié s'il n'était pas possible de réaliser l'opération sans recourir à l'expropriation. Or, si les terrains communaux pouvaient accueillir des logements, l'opération vise précisément les parcelles insalubres et les zones de friche litigieuses. Les propriétés communales ne présentent donc pas de conditions équivalentes.

Enfin, il est vérifié que l'indemnisation des propriétaires expropriés ne soit pas vile. Les requérants arguaient de la première proposition amiable de la SODEGIS, plus généreuse que le montant de cession déterminé par le juge de l'expropriation. Cet argument est néanmoins écarté, car ce dernier n'est nullement tenu par les bonnes volontés pouvant émerger durant la phase amiable. C'est bien là le risque de refuser la phase amiable.

Par conséquent, les inconvénients allégués ne suffisent pas à retirer au projet son caractère d'utilité publique. Le bilan s'avère positif, la DUP n'est pas illégale.

Une notification suffisante de l'arrêté de cessibilité. L'arrêté de cessibilité est critiqué sur son caractère incomplet, notamment quant à sa notification.

Ainsi, la notification du dépôt du dossier d'enquête parcellaire par l'expropriant aux propriétaires concernés n'a été adressée qu'à un des époux F. alors que le bien en question est un bien acquis par la communauté. L'autre époux n'en a donc pas eu communication officielle. Cet argument est néanmoins écarté, car il n'est pas prouvé que les époux F. étaient séparés en fait ou en droit à la date de la décision attaquée.

[540]CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »*, req. n° 78825.

Madame F. a donc bien dû en être informée.

Ce raisonnement fait écho à celui adopté en contentieux de l'urbanisme. En effet, l'article R. 600-1 du code prévoit l'obligation, pour quiconque attaque une autorisation d'urbanisme, de notifier sa requête tant à l'autorité émettrice qu'à son (ou ses) bénéficiaire (s), sous peine de rendre sa requête irrecevable. Le juge interprète néanmoins souplement cette règle rigide : une notification à une personne liée de droit au titulaire véritable de l'autorisation litigieuse satisfait à cette exigence. Il en est ainsi des époux : « *dès lors qu'il n'était pas contesté que M. et Mme X ne sont pas séparés de corps, la notification à M. X au domicile commun du couple d'une lettre qui aurait dû être adressée à sa conjointe satisfait aux exigences de cet article* »[541].

Autant de points de vulnérabilité en cas d'expropriation, pour peu d'annulations juridictionnelles.

Droit des collectivités territoriales – droit administratif des biens – aliénation du domaine privé communal – retrait d'un acte individuel créateur de droits acquis – avis du service des domaines

Tribunal administratif de La Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

Romuald Sevagamy, Doctorant en droit public à l'Université de Montpellier

L'aliénation des biens appartenant au domaine privé communal peut inviter les acquéreurs à la patience. Le jugement rendu le 12 janvier 2017 par le Tribunal administratif de la Réunion l'illustre bien. En l'espèce, par une délibération du 30 juin 2007, le conseil municipal de la Possession avait approuvé la vente de terrains communaux au profit des époux S. et C. et de deux sociétés civiles immobilières. Le prix de cession précisé par cette délibération était déterminé sur la base de 50 euros le m^2 conformément à l'avis du service des domaines émis le 10 novembre 2006. Mais, nonobstant les multiples démarches des acquéreurs, la commune n'accomplit pas les diligences nécessaires pour que la vente soit entérinée.

[541]CE, 7 août 2008, *Cne de Libourne*, req. n° 288966.

Huit années plus tard, à la suite de sa séance du 24 juin 2015, le conseil municipal de la Possession prit plusieurs délibérations qui redéfinirent les conditions de vente des terrains en cause. Par une première délibération du 24 juin 2015, le conseil municipal décida d'*« abroger »*[542] sa délibération du 30 juin 2007 afin de modifier le prix de vente au m^2. En référence à un nouvel avis du service des domaines du 8 décembre 2014, le prix au m^2 fut fixé à 250 euros. Puis par cinq autres délibérations du 24 juin 2015, le conseil municipal proposa un nouveau prix de vente aux différents acquéreurs sur la base de cette nouvelle estimation du service des domaines. Les acquéreurs demandèrent ainsi l'annulation de ces délibérations du 24 juin 2015 au motif que celles-ci méconnaîtraient leurs droits acquis[543] résultant de la délibération du 30 juin 2007. Fort logiquement, le Tribunal administratif de la Réunion fit droit à leur demande.

Sur la modification des conditions de la vente. Le juge administratif estime en l'espèce que le nouveau prix de vente constitue non pas *« une simple revalorisation de la base tarifaire arrêtée en 2007 »*[544] comme le soutient la commune, mais bien *« une évaluation totalement nouvelle du prix de la cession »* [545] . D'autant que ce quintuplement du prix de vente n'est justifié ni par la commune ni par le dernier avis du service des domaines. Par conséquent, les délibérations attaquées ont eu pour effet de modifier *« l'une des conditions et caractéristiques essentielles de la vente »*[546], laquelle peut influer de manière significative sur le consentement du cocontractant. Il est ainsi probable que certains requérants n'auraient pas accepté d'acquérir les terrains concernés à ce prix. Par ailleurs, bien que les délibérations attaquées évoquent une *« abrogation »* de la délibération du 30 juin 2007, le Tribunal administratif de La Réunion considéra à juste titre qu'il s'agissait d'un retrait. En effet, contrairement à l'abrogation qui ne vaut que pour l'avenir, le retrait est rétroactif, de sorte que l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé en tout ou en partie.

---

[542] Par référence à l'*« abrogation »* de la délibération du 30 juin 2007 évoquée dans les délibérations du 24 juin 2015.

[543] Les droits acquis sont des *« droits définitivement constitués et insusceptibles d'être remis en cause »* (P.-L FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, LGDJ, 10è éd., 2015, p. 371.)

[544] TA de Saint Denis de La Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

[545] TA de Saint Denis de La Réunion, *idem.*

[546] *Ibid.*

Sur le retrait de la décision individuelle créatrice de droits. Depuis la jurisprudence *Ternon* [547], le retrait des actes individuels explicites créateurs de droit[548], même illégaux, est enfermé dans un délai de 4 mois à compter de la date de la prise de la décision[549]. Aussi, le jugement du Tribunal administratif de La Réunion ne manque pas de rappeler la solution dégagée par cet arrêt de principe [550]. Mais préalablement à l'examen de la condition de délai, encore faut-il être en présence d'une décision individuelle créatrice de droits.

En l'espèce, la qualification de la délibération du 30 juin 2007 en décision individuelle créatrice de droits acquis par le juge administratif ne soulevait pas de difficulté particulière. Non seulement la vente des terrains en cause avait été décidée par cette délibération, mais aucune intention de renonciation de la part des requérants n'avait pu également être mise en évidence. Partant, le constat de l'irrespect du délai de 4 mois fut tout aussi aisé à établir puisque le retrait de cette décision était intervenu presque huit années plus tard. Dès lors, si la jurisprudence *Ternon* peut dans certains cas, comme en l'espèce, être favorable aux administrés, elle n'en demeure pas moins controversée[551].

Question préjudicielle - Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction - Domaine privé de l'État - Compétence du juge judiciaire- Cession d'immeuble - Mayotte

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *Anli A. c/Conseil départemental de Mayotte*, req. n° 1400728

Tribunal des conflits, 6 juin 2016, *A. A. c/Conseil départemental de Mayotte*, req. n° C4050.

---

[547] CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197018. Concl. SENERS, *RFDA* 2002, p. 77. Auparavant, le retrait d'un acte créateur de droit restait possible aussi longtemps que le juge avait la possibilité de l'annuler, et ce même indéfiniment (CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*).

[548] Ne sont donc pas concernées les décisions implicites d'acceptation.

[549] Sur la question du point de départ du délai, voir notamment CE, Sect. 21 décembre 2007, *Société Bretim*, req. n° 285515

[550] Voir Cons. 5, TA de Saint Denis de la Réunion, 12 janvier 2017, *Époux S. et autres c/Commune de la Possession*, req. n° 1500761, 1 500 817, 150 818, 1 500 839

[551] Pour une critique positive voir notamment, chronique M. GUYOMAR et P. COLLIN, *AJDA*, 2001, p.1034. Pour une critique négative, voir notamment, Y. GAUDEMET, « Faut-il retirer l'arrêt *Ternon* ? », *AJDA*, 2002, p.738

Tassadit YASSA, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Il est des contentieux dont les subtilités de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnels ne plaident pas en faveur du maintien de la dualité de juridiction. Le contentieux domanial est de ceux-là[552], comme en témoigne la décision du Tribunal des conflits du 6 juin 2016[553] prise sur renvoi du jugement du Tribunal administratif de Mayotte du 21 janvier 2016 relative à la cession d'un bien immobilier de l'État.

En l'espèce, le grand-père du requérant a acquis un terrain de 10 hectares appartenant au domaine de privé de l'État via un contrat de vente régi par le décret du 28 septembre 1926. Conformément aux dispositions du décret du 4 février 1911 alors en vigueur[554], il a tenté d'obtenir une immatriculation qui n'a pu aboutir. En effet, une opération de bornage a conclu en 1957 à l'appartenance du terrain à une réserve forestière appartenant à l'État.

Se prévalant de sa qualité d'héritier le requérant M. A a saisi le tribunal administratif aux fins de faire reconnaître son droit de propriété sur le terrain acheté par son grand-père en 1950 en faisant annuler la décision du conseil général de Mayotte ayant déclarée la vente caduque.

Une question de compétence jugée sérieuse ayant été soulevée devant le tribunal administratif, ce dernier a renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits qui s'est prononcé en faveur de la compétence du juge judiciaire.

Cette décision semble *a priori* conforme à la jurisprudence constante. En effet, comme le rappelle le Tribunal des conflits « *le contrat opérant la vente d'une parcelle du domaine privé d'une personne publique est, en principe, un contrat de droit privé qui relève de la compétence du juge judiciaire* ».

Elle est pourtant beaucoup plus surprenante qu'il n'y paraît si on se réfère à l'article L3231-1 du CGPPP[555] qui dispose que « *sont portés*

---

[552] Y. LAIDIE, « Domaine/Patrimoine - Gestion du domaine privé et dualisme juridictionnel : pour une simplification des règles de compétence », *JCP A*, n° 25, 27 Juin 2016, 2180.

[553] *Contrats-Marchés publ*. 2016, comm. 216, obs. H. HOEPFFNER ; *JCP A* 2016, 2193, obs. H. de GAUDEMAR.

[554] Désormais article 2509 et suivants du Code civil.

[555] Cette compétence dérogatoire est le résultat de l'interprétation extensive par le juge administratif de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII qui disposait que *« le conseil de préfecture prononcera : [...] sur le contentieux des domaines nationaux* ».

devant la juridiction administrative les litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'État ». – La présentation schématique « domaine privé – juge judiciaire/domaine public – juge administratif » se pare en effet d'une subtilité lorsque la personne publique propriétaire est l'État. Car si les actes de gestion du domaine privé relèvent bien du juge judiciaire, les actes de disposition relèvent quant à eux du juge administratif. Eu égard à cette disposition, il aurait donc fallu conclure à la compétence du juge administratif.

Néanmoins, le Tribunal des conflits en a jugé autrement en vertu de l'adage *lex specialis.* En effet, si par principe c'est le juge administratif qui est compétent en matière de cession de biens immobiliers appartenant à l'État, cette compétence s'efface si un texte spécial en dispose autrement.

Or constatant, que le décret du 28 septembre 1926, qui est toujours en vigueur[556], attribue compétence aux juridictions judiciaires pour tout litige relatif aux ventes et aux opérations d'immatriculation qu'il entend réglementer et dont relève le cas d'espèce, le Tribunal des conflits juge qu'il appartient « *aux juridictions judiciaires de connaître de tout litige relatif à cette vente et, en particulier, de la portée et de la régularité des opérations d'immatriculation dont elle a fait l'objet qui, tant sous l'empire du décret du 4 février 1911 que du Code civil, relèvent également par nature et par application de ces textes, de la juridiction judiciaire* ».

Convention d'occupation - Domaine privé – Non-renouvellement

Tribunal administratif de La Réunion, 24 août 2016, ord. réf., *Mme D. c/. ONF*, req. n° 1600771

Justine MACARUELLA, Doctorante en droit pénal à l'Université de La Réunion

---

Pour un historique détaillé des origines de cette compétence dérogatoire : N. TILLI, « Les ventes des immeubles relevant du domaine privé de l'État », *AJDA,* 2010, p.714 ; A. ERYGNOUX, « Que reste-t-il de la spécificité de l'État en matière domaniale après le code général de la propriété des personnes publiques », *Droit et ville*, n° 65, 2008, p. 160.

[556] Ne suivant pas les conclusions du rapporteur public sur ce point, le Tribunal des conflits juge que le décret de 1926, qui relève du domaine de la loi tel que défini par l'article 34 de la constitution, n'a pu être abrogé par le décret du 12 octobre 1992. Il ne l'a pas non plus été par l'ordonnance n° 92-1129 du 22 octobre 2012.

Investissant pleinement son office, le juge des référés du Tribunal administratif de La Réunion a admis l'extension du recours en contestation de la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles à une mesure de refus de renouvellement d'un contrat administratif.

Le juge fut saisi par la gérante d'un restaurant situé en plein cœur d'une forêt domaniale gérée par l'Office National des Forêts (ONF). La requérante bénéficiait depuis près de cinquante ans de conventions d'occupation temporaire du domaine privé, successives ou renouvelées, son établissement étant devenu au fil des années un véritable emblème local dans un environnement d'exception. La dernière convention arrivait à terme le 30 juin 2016 et prévoyait que tout renouvellement devait être sollicité expressément, à défaut de quoi l'occupant était réputé y avoir renoncé. La demande de renouvellement fut adressée à l'ONF le 31 janvier 2015. S'ensuivirent des échanges avec la cocontractante sur les modalités de son renouvellement, cette dernière se voyant finalement notifier un refus pour motif d'intérêt général un mois avant l'expiration du terme de la convention. L'ONF invoquait en effet la mise en œuvre d'un projet d'intérêt général de grande ampleur en vue de la revalorisation du site.

L'occupante a alors intenté un recours en référé-suspension le 1er juillet 2016 afin d'obtenir, outre la suspension de la décision de refus de renouvellement, la reprise des relations contractuelles.

Le juge des référés, appliquant la méthode classique en la matière[557], retint l'urgence en jugeant que le refus de renouvellement portait une atteinte grave et immédiate à la situation et aux intérêts, commerciaux et financiers, de la requérante, alors que l'ONF ne rapportait pas de manière suffisamment précise l'existence du projet d'intérêt

[557] CJA, art. L. 521-1 : « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » ; sur la condition d'urgence v. CE, 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, req. n° 228815, *AJDA*, 2001, n° 5, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Recueil Dalloz* 2002, n° 28, note R. VANDERMEEREN : « la condition d'urgence à laquelle est subordonné le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ».

général invoqué et l'incompatibilité du maintien dans les lieux qui en résulterait. L'absence d'éléments de nature à étayer la réalité du projet viciait également la motivation de la décision de refus de renouvellement. En somme, faute de motivation suffisante et de motif réel, le doute sérieux sur la légalité de la décision fut caractérisé.

La requérante obtint du juge la suspension de la décision de non-renouvellement et la reprise des relations contractuelles. La solution est doublement intéressante : la décision de refus de renouvellement ayant été appréhendée comme une mesure de résiliation du contrat, le juge a prononcé la reprise des relations contractuelles au-delà du terme de la convention.

Jurisprudence *Commune de Béziers II*. Dans sa décision *Commune de Béziers II*[558], le Conseil d'État consacrait en mars 2011 la possibilité pour une partie à un contrat administratif de saisir le juge du contrat d'un recours de plein contentieux en contestation d'une mesure d'exécution de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. L'office du juge des référés était par là même déterminé, le recours au fond à l'issue duquel la règle fut consacrée ayant été accompagné d'un référé-suspension[559]. Dès mai 2011, la Haute juridiction avait l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à une mesure de résiliation d'une convention d'occupation du domaine public[560]. Les recours en contestation de la validité des mesures d'exécution du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles visent d'ailleurs de façon privilégiée les mesures de résiliation. De telles mesures peuvent en effet s'avérer particulièrement attentatoires à la situation du cocontractant, quel qu'il soit. Il n'en va pas différemment pour l'occupant du domaine public qui y exerce, comme en l'espèce, son activité économique. Si le juge use en l'espèce de règles jurisprudentielles classiques, leur application à une décision de refus de renouvellement d'un contrat administratif est en revanche singulière.

---

[558] CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, req. n° 304806, *AJDA*, 2011, n° 12, note A. LALLET ; *RDI* 2011, n° 5, note S. BRACONNIER ; *DA*, 2011, note F. MELLERAY et F. BRENET.

[559] Pour la première suspension en référé-suspension dans le cadre d'une demande de reprise des relations contractuelles : CE, 17 juin 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 388433, *JCPA* 2015, n° 26, note L. ERSTEIN ; *RFDA*, 2015, n° 5, note G. PELLISSIER.

[560] CE, 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense* (EPAD), req. n° 328525, *Contrats et marchés publics*, 2011, n° 7, note P. SOLER-COUTEAUX ; *AJDA*, 2011, n° 20, note R. GRAND ; *RDI*, 2011, n° 9, note O. FREVOT.

Application à une décision de refus de renouvellement : poursuite des relations contractuelles. Une mesure de résiliation d'un contrat implique qu'il soit mis fin aux relations contractuelles avant le terme initialement prévu. Dans cette hypothèse, la reprise des relations contractuelles vise à limiter pour le cocontractant les effets néfastes d'un retrait anticipé de la convention alors que le contrat aurait pu être exécuté jusqu'à son terme initial. En revanche, le refus de renouveler signifie qu'une fois la convention arrivée au terme prévu, de nouvelles relations contractuelles seront exclues. La possibilité de solliciter la reprise des relations contractuelles semble donc plus difficile à justifier ici, dans la mesure où il s'agirait non pas de faire *reprendre* les relations contractuelles conformément à un cadre contractuel initial, mais de *poursuivre* les relations contractuelles en dehors dudit cadre. En d'autres termes, l'administration pourrait être contrainte de contracter, y compris par le juge des référés. Une Cour administrative d'appel avait déjà admis, sur le principe, l'application de la jurisprudence *Commune de Béziers II* à une décision de refus de renouvellement d'une autorisation d'occupation du domaine public, mais avait considéré que « la poursuite ou la reprise des relations contractuelles était de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général »[561]. En l'espèce, le juge des référés, en ordonnant la suspension de la décision de refus de renouvellement et la poursuite des relations contractuelles, a bel et bien contraint l'ONF à poursuivre l'exécution d'une convention d'occupation qui était pourtant arrivée à son terme. L'efficacité de la procédure de référé-suspension prend alors une envergure certaine, la requérante se voyant bien fondée à demeurer légalement sur les lieux jusqu'à l'issue de l'instance au fond.

Application à une décision de refus de renouvellement : autorisation d'occupation domaniale. La faculté de contraindre l'administration à contracter, quoique surprenante, peut néanmoins être comprise à l'aune du régime du renouvellement des conventions d'occupations du domaine public. S'il est constant que l'occupant n'ait aucun droit au maintien sur le domaine public, il n'en demeure pas moins que la personne publique gestionnaire du domaine doit examiner les demandes de renouvellement au regard des garanties présentées pour la meilleure utilisation du domaine[562] et ne peut rejeter une telle demande qu'en vertu d'un motif d'intérêt général[563]. Tel est précisément le raisonnement appliqué en creux par le juge des référés lorsqu'il relève en

[561] CAA Bordeaux, 31 janvier 2012, *Commune de Rabastens de Bigorre*, req. n° 10BX02230, *Contrats et marchés publics*, 2012, n° 4, note J.-P. PIETRI.
[562] CE, 14 octobre 1991, *Hélie*, req. n° 95875.
[563] CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, req. n° 395314 ; *AJDA*, 2017, n° 4, note J.-M. PASTOR ; *Contrats et marchés publics*, 2017, n° 3, note G. ECKERT.

l'espèce, au titre de l'examen du doute sérieux sur la légalité de la décision, l'absence de réalité d'un motif d'intérêt général avec lequel le maintien dans les lieux de l'occupante serait incompatible[564]. Ces règles trouvent leur fondement dans le régime spécifique de la domanialité publique, animé par l'équilibre délicat entre valorisation du domaine public, intérêt général et intérêt des occupants privatifs. Elles ne retrouvent pas d'équivalent en matière de conventions d'occupation du domaine privé, quand bien même il s'agirait de contrats administratifs. En l'espèce pourtant, la convention d'occupation du domaine forestier était une convention d'occupation du domaine privé[565], sans préjudice de sa nature administrative découlant de la présence de clauses exorbitantes du droit commun[566]. La décision rendue s'inspire ainsi des règles applicables au contrôle des décisions de refus de renouvellement des autorisations d'occupation du domaine public. L'appréciation était permise par l'office du juge de la validité des mesures d'exécution du contrat administratif, la reprise des relations contractuelles ne pouvant être ordonnée que si « les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante » et « si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général »[567]. En l'espèce, il apparait logique que la reprise des relations contractuelles ne portât pas atteinte à l'intérêt général, dès lors que le vice était précisément tiré de l'absence de réalité du motif d'intérêt général. En raison de la nature administrative de la convention d'occupation du

[564] Considérant 4 : « l'ONF n'a pas été en mesure de justifier, dans le cadre de la présente instance, de l'existence d'un projet qui aurait été d'ores et déjà défini avec un minimum de précision et dont la finalité ou les modalités révèleraient l'incompatibilité du maintien dans les lieux de l'actuelle activité de restauration » ; Considérant 5 : « le moyen tiré de l'insuffisance de la motivation (…) ainsi que le moyen tiré du caractère infondé, faute d'élément concret permettant de l'étayer, du motif de refus reposant sur la nécessaire valorisation et renaturation du site incluant la "mise en place d'un projet ambitieux avec la commune", sont de nature à créer un doute sérieux quant à la validité de l'acte de non-renouvellement ».

[565] CGPPP, art. L. 2212-1 : « Font également partie du domaine privé : 1° Les chemins ruraux ; 2° Les bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier. ».

[566] Considérant 2.

[567] CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, *op. cit.* : « Considérant que, pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse » ; v. pour une application récente par le juge des référés : CE, 16 novembre 2016, *Commune d'Erstein*, req. n° 401321 ; *JCPA*, 2017, n° 4, note J. MARTIN et G. PELLISSIER ; *AJCT*, 2017, n° 4, note S. HUL.

domaine privé, le contrôle du refus de renouvellement tend à s'aligner, dans le cadre de ce contentieux spécifique, sur celui des refus de renouvellement des conventions d'occupation du domaine public. L'occasion fut donnée au Conseil d'État de se prononcer sur la question, sur pourvoi en cassation de l'ONF.

Approbation du Conseil d'État. Par une décision rendue le 29 mars 2017[568], le Conseil d'État annulera l'ordonnance rendue par le juge des référés au motif que le recours, intenté après l'expiration de la convention, était devenu sans objet[569]. Les juges du Palais Royal vont toutefois préciser que « le juge du contrat était compétent pour connaître de la contestation par Mme D. de la validité du refus de l'Office national des Forêts de renouveler la convention »[570]. Le contentieux de la validité des refus de renouvellement des contrats administratifs est donc désormais explicitement – et nouvellement – attribué au juge du contrat[571], le cocontractant de l'administration pouvant solliciter la suspension de ce refus et la reprise des relations contractuelles. Il reste cependant à déterminer dans quelle mesure le juge serait en mesure de faire droit à la *poursuite* des relations contractuelles au-delà du terme contractuel. Une telle demande pourrait en effet s'avérer sans objet si, même saisi en cours d'exécution contractuelle, le juge statuait à une date postérieure à l'expiration du terme de la convention. Par ailleurs, il est permis de douter que le juge puisse ordonner la poursuite des relations contractuelles si la convention en cause n'a pas prévu la possibilité d'un renouvellement[572]. Des précisions futures du Conseil d'État dépendra l'efficacité de la voie de recours ainsi ouverte aux cocontractants.

---

[568] CE, 29 mars 2017, *Office national des forêts*, req. n° 403257, *AJDA*, 2017, n° 13, note D. POUPEAU ; *AJCT*, 2017, n° 9, note G. LE CHATELIER ; *Contrats et marchés publics*, 2017, n° 6, note G. ECKERT.

[569] CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers, op. cit.* : « Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour apprécier la condition d'urgence (…) ».

[570] *Ibid*., considérant 2.

[571] Sur ce point, v. G. ECKERT, *op. cit*.

[572] G. LE CHATELIER, *op. cit.*

10.7. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL

Promesse de CDI – agent public – CHU - non-respect – éviction illégale

Tribunal administratif de La Réunion, 30 novembre 2016, *M. P. c/CHU de La Réunion*, req. n° 1500153

Victor Margerin, Doctorant en droit privé à l'Université de La Réunion

La question de la précarité du travail, tant en droit privé qu'en droit de la fonction publique, n'est pas une nouveauté. Néanmoins, cette précarité peut également se manifester sous l'angle de l'avant-contrat. Nous souhaitons, en guise de prolégomènes, mettre en relief une certaine convergence jurisprudentielle à ce sujet entre les deux branches du droit des relations de travail, public et privé. Cela, avant de mettre en exergue l'interprétation factuellement compréhensible, mais juridiquement critiquable du présent jugement.

La promesse d'embauche en droit du travail. – Tout d'abord, le droit du travail reconnaît pleinement la qualification d'une promesse d'embauche, mais semble encore sujet à quelques débats doctrinaux et jurisprudentiels. Comme le remarque le professeur Mouly, *« le problème est de savoir à partir de quel moment les négociations sont suffisamment avancées pour que leur accord puisse valoir contrat de travail »*[573]. Le contrat de travail, bien que particulier par essence, se calque en effet sur les dispositions générales du droit des obligations du Code civil. Tout le débat se situe donc sur le fait de savoir si cette promesse doit être considérée comme unilatérale,[574] car émanant du seul employeur, ou bien synallagmatique et valant contrat[575].

Les partisans de la seconde hypothèse, qui considèrent que la promesse d'embauche vaut contrat de travail, sont eux-mêmes scindés en deux camps. Les premiers s'appuient sur un courant jurisprudentiel considérant que le contrat ne peut être formé que lorsque les parties se sont entendues sur les éléments essentiels de ce dernier[576]. Pour les

[573] J. MOULY, « Promesse d'embauche et contrat de travail : quelle frontière ? », *Dr. soc*., 2016, p. 288.
[574] Art. 1124 c. civ.
[575] À l'instar de l'art. 1589 c. civ. relatif à la promesse synallagmatique de vente.
[576] Cass. Soc., 12 juillet 2006, n° 04-47.938, *Bull. Civ. V*, n° 244, *RDT* 2006. 311, obs. G. AUZERO ; Cass. Soc., 12 juin 2014, n° 13-14.258, *Bull. Civ. V*, n° 138,

seconds, à l'inverse, le contrat serait formé dès lors que les parties se seraient entendues *a minima* sur l'emploi et la date d'entrée en fonction[577].

À l'inverse, une récente jurisprudence vient raviver le débat doctrinal sur la promesse d'embauche en rejetant son caractère synallagmatique. C'est en effet ce qu'il ressort d'un récent arrêt[578] de la Cour de cassation dans lequel les hauts magistrats retiennent qu'un salarié ayant accepté la promesse d'embauche en contrat à durée déterminée - *a posteriori* de la rupture de son contrat de travail à durée déterminée et dans un délai raisonnable – doit bénéficier de l'indemnité de précarité. Ainsi que le remarque le professeur Tourneaux, *« on pressentait de plus en plus distinctement que la Cour de cassation cherchait à revenir à une approche plus classique de la promesse de contrat […]. C'est dans cette direction, de mieux en mieux banalisée, que la chambre sociale semble poursuivre son chemin dans une banale affaire relative au paiement d'une indemnité de fin de contrat de mission »*[579].

L'éviction d'un agent public. – La principale difficulté en la matière vient du fait que se mêlent, en droit de la fonction publique, la situation des agents titulaires, recrutés *via* ou suite à l'obtention d'un concours, et celle des agents non titulaires, recrutés par contrat à durée déterminée ou indéterminée.

En l'espèce, le requérant était recruté en qualité de technicien supérieur et a fait l'objet de plusieurs contrats successifs, le dernier ayant été conclu pour la période du 01er mai 2012 au 30 avril 2013. Le 19 avril 2013, le directeur du CHU refuse le renouvellement du contrat.

Ici, trois principes doivent être mis en exergue. Tout d'abord, tout emploi permanent a vocation, sauf dérogation légale, à être pourvu par

---

*D.*2014.1331 ; *ibid.* 2 015 829, obs. J. PORTA et P. LOKIEC ; *Dr. soc.,* 2014, p. 773, obs. J. MOULY ; *ibid.* 2015, p. 206, chron. S. TOURNAUX.

577 Cass. Soc., 15 décembre 2010, n° 08-42.951, *Bull. Civ. V*, n° 296, *D.* 2011. 170 ; *RDT* 2011. 108, obs. G. AUZERO ; *JCP E* 2011. 1272, note G. FRANÇOIS ; *JCP S*, 2011, p. 1104, note C. PUIGELIER ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 97, p. 17, note D. HOUTCIEFF ; Cass. Soc., 25 novembre 2015, n° 14-19.068, *Société Stade phocéen* : *Dr. Soc*., 2016, p. 288.

578 Cass. Soc., 5 octobre 2016, n° 15-28.672, *A paraître au Bulletin* ; *Rev. Trav*,. 2016, p.700.

579 S. TOURNEAUX, « La promesse d'embauche vaut contrat de travail… si le salarié l'accepte ! », *Rev. Trav*., 2016, p.700.

des agents fonctionnaires titulaires[580]. Il découle donc de ce premier point qu'aucun agent contractuel ne saurait se prévaloir d'un quelconque droit à reconduction de son contrat[581]. Enfin, en raison du caractère de l'emploi occupé par l'agent contractuel et en contrepartie de ce qui précède, l'autorité compétente ne peut refuser le renouvellement du contrat de l'agent que pour des motifs de service[582] ou en raison de ce que son comportement n'a pas donné satisfaction.

Au vu de ces principes, la décision du directeur du CHU semblait déjà illégale, ainsi que les juges administratifs l'avaient retenu dans un premier jugement retenant la responsabilité de l'administration hospitalière[583].

Néanmoins, dans la présente affaire, le requérant entend se prévaloir de l'illégalité de la décision d'éviction afin d'obtenir réparation des préjudices résultant de l'illégalité de la mesure, et notamment en raison de la promesse de recrutement que l'administration lui avait fait miroiter. C'est ce dernier point qui va tout particulièrement retenir notre attention.

La promesse de recrutement de l'agent public. – Le juge du plein contentieux, à la suite d'une instruction dûment diligentée, ne manque pas de retenir certains éléments venant corroborer les prétentions du requérant. À charge pour l'administration, il est en effet retenu que la direction du GHSR avait explicitement envisagé une possibilité de « stagiairisation » ou à tout le moins une renégociation de son contrat en vue d'une transformation en CDI.

Dès lors, soit l'agent se voyait nommer stagiaire en vue de sa titularisation dans la fonction publique hospitalière, soit il voyait changer la nature de son contrat. Dans les deux hypothèses retenues par la juridiction, il s'agit indéniablement d'une proposition d'un nouveau

---

[580] Loi n° 23-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 3 ; CE, 30 juin 1989, *Assemblée permanente des chambres de commerce et d'industrie c/Mme Attias*, req. n° 85474.
[581] CE, 10 juillet 2015, req. n° 374157, *M. A.B. c/Département de la Haute Corse* : T. *Lebon* ; CAA Bordeaux, 6 janvier 2014, req. n° 12BX02342 ; CE, 23 février 2009, *Moutterlos*, req. n° 304995 ; CE, 10 avril 1991, req. n° 77600 ; CE, 5 septembre 1990, req. n° 82837 ; CE, 23 janvier 1981, req. n° 17932.
[582] CE, 21 juillet 1989, req. n° 58910.
[583] TA La Réunion, 28 mai 2014, req. n° 1300838.

contrat, laquelle est regardée en jurisprudence comme étant une promesse d'engagement[584].

À l'appui de cette qualification factuelle en tant que promesse, le Tribunal de céans fait état de certaines circonstances particulières quant au recrutement du requérant. À ce titre, il est établi que le centre hospitalier lui assurait un accompagnement pour l'obtention d'un master à l'Université, et que le requérant participait activement à la réorganisation complète du service de restauration. Quelles autres garanties de la bonne foi de l'administration aurait-il bien pu obtenir ?

Ces éléments fondent ainsi un faisceau d'indices concordant à la reconnaissance, par le juge, d'une promesse d'embauche. Partant, l'illégalité de l'éviction du requérant, ainsi que le non-respect par l'administration de sa propre promesse, cause à celui-ci un préjudice qu'il convient de réparer[585].

Néanmoins, cette reconnaissance d'une promesse d'engagement n'est pas sans susciter quelques interrogations au vu de l'état du droit privé sur la question.

Les éléments matériels de la promesse d'engagement. – Alors que le débat sur la promesse d'embauche se situe, en droit privé, au niveau de son caractère unilatéral ou synallagmatique, force est de constater que la sémantique est toute autre en droit public.

En effet, il ne ressort à aucun moment du présent jugement, une quelconque matérialisation de la promesse d'engagement. Cette dernière est interprétée en ce sens, comme nous l'avons souligné précédemment, en raison de la seule appréciation des faits et du faisceau d'indices dégagé par l'instruction du juge. Les seuls éléments susceptibles d'être considérés comme actes administratifs à part entière sont les échanges entretenus entre l'agent et la direction, au titre desquels celle-ci envisage la « stagiairisation » ou le recrutement en CDI.

Qu'en est-il alors des mentions minimales de l'emploi et de la date de prise de fonction, telles qu'entendues par la Haute juridiction

---

[584] CAA Versailles, 10 novembre 2005, req. n° 04VE00895 ; v. également E. AUBIN, « Les conséquences juridiques des promesses non tenues faites aux agents contractuels de droit public », *AJDA*, 2006, p. 158.

[585] CAA Versailles, 05 juillet 2012, req. n° 10VE02451, *M. Shaker c/Commune de Livry-Gargan* : *AJFP*, 2013, p. 47 ; TA Cergy-Pontoise, 05 décembre 2011, req. n° 0901468, *M. Laroze c/Commune d'Argenteuil* : *AJFP*, 2012, p. 334 ; TA Amiens, 4 décembre 2007, req. n° 0603044, *Mme Coudevylle c/Ville de Soissons* : *AJFP*, 2008, p. 97.

judiciaire ? Serait-ce à dire que la promesse faite à l'agent contractuel public serait soumise à un régime dérogatoire aux principes mêmes du droit des obligations ?

Dans plusieurs espèces[586] où les juges administratifs retiennent le non-respect par l'administration de sa promesse d'engagement, ceux-ci font explicitement référence non seulement à la qualification du poste, à la date de prise de fonctions, ainsi qu'à la rémunération. Bien qu'ayant trait à la fonction publique territoriale, ces décisions juridictionnelles nous semblent, à la lecture combinée de l'article 4 du décret[587] n° 91-155 du 6 février 1991 et de l'article 3 du décret[588] n° 88-145 du 15 février 1988, incontestablement transposables à la fonction publique hospitalière.

Lesdites dispositions prévoient substantiellement que les agents contractuels sont recrutés par écrit, et que le contrat précise sa date d'effet, sa durée, le poste occupé, la catégorie hiérarchique, et les modalités de rémunération. Partant, un écrit de l'administration reprenant les éléments essentiels, tels que la qualification du poste, la date de prise des fonctions ainsi que la rémunération, pourrait valablement emporter qualification en contrat de droit public. En ce sens que la promesse d'engagement vaudrait elle-même contrat, au formalisme minimal certes, mais contrat tout de même.

Le Tribunal administratif de La Réunion viendrait-il considérer par ce jugement que la promesse d'engagement émise par l'administration, en dehors de tout formalisme et même d'écrit, vaudrait contrat de droit public ?

Cette considération, qui apparaît incontestablement *contra legem*, peut toutefois s'entendre, en opportunité, face à des abus caractérisés d'une administration peu regardante à sa gestion des ressources humaines… mais elle ne saurait en aucun cas être justifiée en droit.

---

[586] *Ibid*. 13.

[587] Décret n° 91-155 du 6 février 1991, relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

[588] Décret n° 88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.

Harcèlement moral vertical – suspension des fonctions de l'agent suspecté de harcèlement moral – retrait des indemnités de l'agent suspecté de harcèlement moral

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *M. Ch.*, req. n° 1400425.

Émilie GASTRIN, Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

L'insaisissable harcèlement moral dans la fonction publique

Si l'on observe encore une sorte de désaveu vis-à-vis du harcèlement moral dans la fonction publique[589], les conflits de plus en plus nombreux portés auprès du juge commencent à former un véritable vivier de ressources en quête de l'insaisissable notion. Le contentieux d'outre-mer n'y échappe pas[590]. Et le jugement sur le point d'être commenté s'ajoute à cette liste.

Soupçonné de faute grave constitutive d'un harcèlement moral envers sa supérieure hiérarchique, M. Ch., technicien de l'environnement à l'Agence des aires marines protégées de Mayotte, s'est vu tout d'abord suspendu de ses fonctions et, ensuite, privé de ses indemnités. Contestant ces mesures auprès du tribunal administratif, ce même tribunal considéra que rien n'attestait que les faits reprochés à M. Ch. à l'égard de sa supérieure hiérarchique étaient constitutifs d'un harcèlement moral, ni n'avaient un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension à son encontre.

Cette affaire, dans la manière dont elle a pris forme, contient une originalité. Si les conflits ayant trait au harcèlement moral ont fini par habituer les plus intéressés à voir dans le rôle de l'harceleur présumé, le supérieur hiérarchique, et dans le rôle de la victime, l'agent subordonné,

---

589 V. *Infra.* II, sous-titre *Le harcèlement moral, entre reconnaissance et méconnaissance*

590 Au sein de la Revue Juridique de l'Océan Indien de l'an passé, note sous TA de Saint-Denis, 5 mars 2015, *M. M.-K. S.*, req. n° 1300845, *RJOI*, n° 23, 2016, p. 125-128, note A. BEEGUN ; « Protection fonctionnelle des agents publics : admission de la présomption de harcèlement moral par le juge de l'excès de pouvoir », note sous TA de Saint-Denis, 26 mars 2015, *M. Ohanian*, req. n° 1301014, 1 301 381, *ibidem*, p. 129-132, note J. MACARUELLA ; À connaitre également la tenue de la conférence-débat, « L'action du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations et le harcèlement moral dans l'emploi privé et la fonction publique, en métropole et à La Réunion : évolutions juridiques et enjeux locaux », le 6 juillet 2017, Université de La Réunion.

ici le schéma est inversé[591]. Par ailleurs, si l'on note des procès au cours desquels la victime présumée du harcèlement forme le recours, en l'espèce c'est l'harceleur initialement suspecté, M. Ch., qui se trouve être le demandeur en instance[592]. Cette affaire révèle également une difficulté. On constate un manque de précisions factuelles, ne permettant au lecteur ni de mieux appréhender les éléments constitutifs d'un harcèlement moral ni de consentir finalement au jugement du tribunal[593].

Les lignes qui suivent porteront dans un premier temps sur l'approche qu'a fait le tribunal administratif de la suspicion de harcèlement moral pesant sur M. Ch. (I) et dans un second temps sur les diverses approches que l'on tend à faire de la notion (II).

I.- L'absence de faits constitutifs d'un harcèlement moral

En l'espèce, le tribunal dénoua le conflit en deux temps : en rejetant les faits constitutifs de harcèlement moral et en jugeant, en toute conséquence, infondée la décision de suspension du requérant.

Un rejet express de faits constitutifs de harcèlement moral. Dans le cadre d'un conflit portant sur le harcèlement moral, la tâche du juge consiste en la détermination premièrement d'agissements répétés de la part du requérant, deuxièmement d'une dégradation des conditions de travail de sa supérieure hiérarchique, et troisièmement de l'atteinte aux droits et à la dignité de sa supérieure hiérarchique, altérant sa santé ou susceptibles de compromettre son avenir professionnel[594].Bien que cela ne soit pas exposé dans le jugement, on suppose que le juge s'est livré à une appréciation des argumentations de chaque partie en vue de la détermination de faits constitutifs de harcèlement moral[595]. Mais ce qui

[591] Pour une autre illustration jurisprudentielle d'un harcèlement moral vertical inversé, se référer à CAA de Paris, 7 avril 2016, *La poste*, req. n°14PAO2307, *AJFP*, 2016, p. 293.

[592] Ce cas de figure ne semble pas avoir été véritablement envisagé dans le cadre de la charge de la preuve. L'arrêt de principe en matière de charge de la preuve n'envisage que l'hypothèse où d'une part, le requérant est la victime présumée du harcèlement, en principe l'agent subordonné, et d'autre part le supérieur hiérarchique, harceleur présumé, est le défendeur censé démontrer que ses agissements se justifient par des considérations étrangères à tout harcèlement (CE, 11 juillet 2011, *Montaut*, req. n° 321225).

[593] Le présent jugement ne fait quasiment pas état des faits exacts reprochés au requérant.

[594] V. l'article 6 ter *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 14 juillet 1983 p. 2174 ; Loi juillet n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* du 18 janvier 2002, p. 1008.

[595] CE, 11 juillet 2011, *Montaut, précit.*

semble surtout avoir retenu son attention, c'est le dossier de la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, autorité alors compétente pour connaître, à ce moment-là et en ce domaine-là, des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées contre le requérant. Suite à l'analyse de ce dossier, il conclut qu'aucun fait reproché au technicien n'était constitutif d'un harcèlement moral[596].

De ce jugement, l'on regrettera deux choses : la quasi-absence des évènements ayant donné naissance au litige et le retour écrit très incomplet de la question fondamentale de ce conflit, l'existence ou non de faits constitutifs d'un harcèlement moral.

Tout d'abord, cette affaire laisse un gout d'inachevé en ce qu'il place le lecteur face à un conflit dénué de faits. Il apparaît de manière évidente que des tensions aient entaché les relations professionnelles entre M. Ch. et sa supérieure hiérarchique. Sans cela, il n'y aurait pas eu de conflit. Pourtant, le juge n'indique pas les raisons de la détérioration de leurs rapports, pas plus qu'il ne les décrit. Par conséquent, *quid* des agissements qu'aurait commis le requérant à l'encontre de sa supérieure hiérarchique ? Peut-être le tribunal a-t-il voulu, par prudence, ne pas relever les faits existants, en connaissance de toute la difficulté qu'il y a à appréhender les faits constitutifs d'un harcèlement moral et des avis divergents quant à leur appréciation. Si telle fut son intention, cette démarche ne paraît pas forcément audacieuse en ce qu'elle laisse libre cours à l'imagination du lecteur quant à la fiabilité du jugement.

Ensuite, la notion de harcèlement moral n'est quasiment pas expliquée ni justifiée alors qu'il s'agit de la notion phare de l'affaire. De plus, le lecteur tardera à voir apparaître la notion de harcèlement moral pour ne la voir citée qu'une seule fois au milieu du troisième considérant. Par ailleurs, des textes figurant au visa du jugement, aucun d'entre eux ne vise expressément la notion de harcèlement moral. Certes, la loi du 13 juillet 1983 y est inscrite. Mais le juge ne s'en sert pas pour détecter une quelconque trace de harcèlement. Il se sert plutôt de l'article 30 de la loi pour traiter la question de la suspension du fonctionnaire[597].

---

[596] On peut lire au troisième considérant du jugement ce qui suit : « *(…), il ressort des pièces du dossier que la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, autorité compétente à l'égard des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre des membres du corps technicien de l'environnement, a estimé que les fautes que l'agence entendait imputer à M. Ch., et notamment les faits de harcèlement moral sur sa supérieure hiérarchique, n'étaient pas constituées (…)* ».

[597] *« (…) au vu du dossier soumis au tribunal, les faits pris en compte par l'auteur de la décision (…) ne peuvent être regardés comme présentant, à cette date, un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension*

Dans la forme comme dans le fond de ce jugement, tout se passe comme si le juge exprime une sorte de désaveu quant à la caractérisation du harcèlement moral.

Le caractère disproportionné de la suspension du requérant de ses fonctions. Dans un second temps, le tribunal jugea de manière beaucoup plus complète l'illégalité la décision de suspension qu'avait prise le directeur de l'Agence à l'encontre du requérant, M. Ch. Selon le juge, les faits reprochés à M. Ch. ne présentent pas *« un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension conservatoire »*[598].

Que soit prononcée l'illégalité de la décision de suspension du requérant n'étonne guère. Pour commencer, dans une pure logique d'analyse, une fois le harcèlement non décelé, les décisions prises sur ce fondement deviennent infondées à leur tour. Ensuite, l'usage qu'a fait le directeur de l'agence de la mesure de suspension de M. Ch. fut en incohérence avec les finalités même de la mesure. La suspension de type conservatoire consiste en sa mise à l'écart d'un fonctionnaire qui aurait commis une faute grave, le temps qu'un jugement ou une sanction soit prononcé à son encontre[599]. La suspension n'est en rien d'une mesure disciplinaire et elle ne préjuge pas de la sanction qui sera finalement appliquée. Il s'agit d'une mesure de précaution, prise dans l'intérêt du service[600]. De plus, si une mesure de suspension est décidée à l'encontre

---

conservatoire à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983 » (considérant n° 3 du jugement). L'on précisera que c'est la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JORF* du 18 janvier 2002 p. 1008) qui a introduit la notion de harcèlement moral dans le statut de la fonction publique et intégré la notion au sein du code du travail, du code pénal ainsi que dans la loi du 13 juillet 1983.

[598] Au considérant 3 du jugement, « *(…) il n'apparaît pas que le dossier au vu duquel le ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie a pris position ait été différent, s'agissant des éléments permettant de se prononcer sur la matérialité des faits reprochés, de celui sur la base duquel l'Agence des aires marines protégées avait estimé devoir prendre la mesure de suspension conservatoire (…) ; qu'au vu du dossier soumis au tribunal, les faits pris en compte par l'auteur de la décision (…) ne peuvent être regardés comme présentant, à cette date, un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité de nature à justifier la mesure de suspension conservatoire à l'article 30 de la loi du 13 juillet 1983* » ; Pour les conditions de vraisemblance et de gravité, v. CE, 10 déc. 2014, *Maixent c/Université de Poitiers*, req. n° 363202, *AJFP*, 2015, p. 85 et s., note FORTIER ; CE, ord. réf., 5 nov. 2012, *Maixent c/Université de Poitiers*, req. n° 363203.

[599] Conformément à l'article 43 du décret du 17 janvier 1986 ; V° Suspension et discipline, *in Statuts et catégories d'agents*, Le portail de la fonction publique, 22 novembre 2016, [En ligne] https://www.fonction-publique.gouv.fr

[600] CE, Ass., 29 avr. 1994, *Colombani*, Lebon 209, concl. FRATACCI ; *AJDA* 1994, p. 376, chron. MAUGUE et TOUVET ; CE, sect., 8 avr. 1994, *Gabolde*, req. n°145780 et

d'un agent public, ce dernier conserve le bénéfice de son traitement, de ses indemnités. Ce principe ici est en adéquation avec le caractère non disciplinaire de la décision de suspension [601]. Or, l'on constate que l'administration décida d'assortir la décision de suspension du retrait des indemnités de M. Ch.[602]. Cette démarche de l'administration employeuse de M. Ch. n'est pas sans soulever de sérieux doutes quant à ses motivations véritables et quant au caractère disciplinaire de la décision de suspension[603].

II-La difficile caractérisation de la notion de harcèlement moral

Appréhender le harcèlement moral n'est pas simple. Susceptible de servir de prétexte pour voir engager la responsabilité d'un collègue dont on ne pourrait congédier par d'autres moyens, ou encore arme de résistance face aux prérogatives pourtant légitimes de l'administration, le phénomène peut également se confondre avec d'autres situations [604], occultant ainsi les intentions de l'harceleur présumé et de la victime présumée. Le présent jugement illustre certaines de ces difficultés.

Harcèlement moral vs sanction déguisée. La doctrine a déjà rappelé que peut se cacher derrière la poursuite de faits constitutifs de harcèlement moral, une intention de nuire l'agent public que l'on tend à suspecter d'harceleur[605].

N'y avait-il, en l'espèce, aucun élément laissant penser à des agissements constitutifs d'un harcèlement moral réel ? Ou s'agissait-il d'un prétexte servant à sanctionner M. Ch. à cause de tensions avec sa supérieure hiérarchique ? Le tribunal n'apporte aucun élément sur la question et se contente de conclure en l'absence de trace de harcèlement

---

146921, *RFDA*, 1994, p. 465, concl. FRATACCI ; CE, 29 janvier 1988, req. n° 58152 ; CE, 7 novembre 1986, req. n° 59373, Lebon, 1986 ; « Théorie générale de la suspension dans la fonction publique », *RDP*, 1928, p. 735, note G. JEZE.

[601] CE, 29 janvier 1988, req. n° 58152.

[602] Dans le premier considérant, le tribunal écrivit à propos du requérant que « *l'intéressé a saisi le tribunal (…) pour demander l'annulation de cette décision et le prononcé de diverses injonctions, concernant notamment la restitution des indemnités dont le bénéfice lui avait été retiré en conséquence de la mesure de suspension (…)* ».

[603] *Infra*. II.

[604] Parmi ces situations, l'on citera les tensions avec des collègues, l'insuffisance managériale, les contraintes nées des relations de subordination, la souffrance au travail…

[605] A. PUPPO, « La lutte contre le harcèlement moral dans la fonction publique : soumission ou dignité ? », *AJFP*, 2002, p. 36 et s. ; Pour une illustration jurisprudentielle de faits mettant l'accent sur la confusion entre « sanctions déguisées » et « harcèlement moral », v. B. HECKEL, « Harcèlement à l'eau : un moyen pas très moral », *AJFP*, 2004, p. 18 et s.

moral. Quoi qu'il en soit, l'absence des faits dans ce conflit ne peut que laisser le lecteur imaginer en ce sens – ou pas – les intentions de la victime présumée et du directeur de l'agence.

Le harcèlement moral, entre reconnaissance et méconnaissance. Ce jugement est révélateur de tout le trouble existant autour de la notion de harcèlement moral.

D'un côté, on assiste à une évolution juridique en matière de reconnaissance du harcèlement moral. Partant de l'existence d'un véritable statut juridique reconnu aux victimes de harcèlement au sein de la fonction publique, les droits de ces victimes se sont renforcés avec la mise en place du dispositif de protection fonctionnelle [606] et d'une procédure de référé-liberté[607]. Les obligations de l'administration se sont, quant à elles, renforcées en la reconnaissance d'une responsabilité en cas d'inaction de sa part[608]. À titre d'équilibre, le Conseil d'État a fini par reconnaître le partage des responsabilités en cas de contribution de l'agent victime à la dégradation de ses conditions de travail[609]. En l'espèce, on observe une administration désireuse de faire reconnaître l'existence d'une situation de harcèlement moral à l'encontre de l'un de ses agents publics. Le présent conflit révèle cette part de la reconnaissance du harcèlement moral à travers les démarches parfois excessives du directeur de l'agence. On ne saura toutefois jamais ce qui a animé une telle attitude de la part de l'administration : excès de zèle dans la quête d'un

---

[606] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2 ; CAA de Nancy, 2 août 2007, *Commune de Hoenheim*, req. n° 06NC01324 ; CE, 12 mars 2010, req. n° 308974, *Commune de Hoenheim*, Lebon T. p. 821 ; *AJFP*, 2010, p. 255, concl. E. GEFFRAY ; *AJDA*, 2010, p. 526 ; *AJDA*, 2010, p. 1138, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI ; *JCP Adm.*, 2010, p. 2154, note D. JEAN-PIERRE ; CE, 8 mars 2010, req. n° 335543, inédit au Lebon ; CE, 4 avril 2011, req. n° 334402, inédit au Lebon.

[607] Depuis une décision de 2014, l'agent public harcelé peut lancer la procédure de référé-liberté. Il s'agit d'une mesure d'extrême urgence dans laquelle le juge statut en 48 heures sur des faits constitutifs de harcèlement moral (CE, juge des référés, 19 juin 2014, *Commune du Castellet*, req. n° 381061).

[608] TA de Cergy-Pontoise, 11 février 2016, *Mme C.*, req. n° 1402702 ; « Responsabilité de l'administration du fait du harcèlement sexuel et moral exercé par ses agents : quand le juge tape du poing sur la table », note sous CAA de Versailles 16 juillet 2015, req. n° 13VE02274, *AJFP*, 2015, p. 352 ; « Harcèlement moral et responsabilité de l'employeur : menacer de sanctions les auteurs des faits n'est pas une cause exonératoire », note sous CAA de Lyon 8 juillet 2014, *AJFP* 2015, p. 39 ; « Harcèlement moral dans la fonction publique et responsabilité de l'administration », concl. sur CAA de Marseille, 4 avril 2014, *M. et M^me^ Rieux*, req. n° 11MA1684, *RFDA*, 2014, p. 973, note I. HOGEDEZ.

[609] CE, 24 novembre 2006, *Mme A.*, req. n° 256313

harcèlement moral ? Crainte de voir sa responsabilité engagée du fait de son inaction [610]?

D'un autre côté, on assiste à un déni du phénomène, comme si le harcèlement moral serait encore tabou au sein de la fonction publique.

Plusieurs raisons à cela. Premièrement, l'existence du harcèlement moral semble, aux yeux de beaucoup, encore surprenante dans la fonction publique, secteur censé véhiculer des valeurs telles que la neutralité ou encore la lutte contre les discriminations. De ce fait, le phénomène placerait son procédurier, sa victime en principe, dans une situation délicate aux yeux de ses supérieurs hiérarchiques et de ses collègues[611].

Deuxièmement, la preuve du harcèlement moral reste difficile à rapporter. Certains l'ont écrit : « *Invoquer le harcèlement est une chose, démontrer son effectivité en est une autre* »[612]. Sans doute, cette difficulté se justifie-t-elle parce que la notion même est au carrefour d'autres notions, la rendant ainsi difficile d'accès. Par exemple, il n'est pas rare que la notion se confonde avec certaines formes de management qualifiées d'autoritarisme. En effet, il peut arriver que certaines méthodes de management soient qualifiées de tellement brutales et inadéquates que leur auteur soit démis de ses fonctions sans pour autant que les actes commis soient constitutifs de harcèlement moral. Certes, ces méthodes peuvent déboucher sur des tensions entre personnes d'un même service à l'instar du harcèlement moral. Pour autant, ces actes sont animés, non par une intention de nuire à l'agent, mais par des considérations liées au bon fonctionnement du service public[613].

---

[610] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2 ; TA de Cergy-Pontoise, 11 février 2016, *Mme C.*, req. n° 1402702 ; CE, sect. 20 mai 2016, *Hôpitaux civils de Colmar*, req. n° 37571.

[611] Le harcèlement moral dans la fonction publique, du fait du lien entre l'agent et le service public, est un phénomène extrêmement tabou. Au-delà du statut, l'idée même de poursuivre un État bienfaiteur était impensable pour les agents il y a encore une dizaine d'années et le lourd devoir d'obéissance avait créé des usages professionnels ancrés dans une dimension de « l'indiscutable », le dialogue social étant peu ouvert. Les obligations teintant les rapports agents/administration sont empreintes de notions fortes comme l'autorité hiérarchique, l'intérêt supérieur du service, quelle que soit la compétence individuelle. La loi du silence y est souvent constatée, peu importe que le harcèlement moral provienne d'un supérieur hiérarchique ou de collègues de travail.

[612] E. AUBIN, « Fonction publique : contentieux du déroulement de carrière », *in* Répertoire de contentieux administratif, § n° 77, avril 2017.

[613] V. en ce sens, CAA de Marseille, 22 février 2015, *Boulanger*, req. n° 03MA1229 ; TA de Marseille, 21 octobre 2005, *Perru Poupon*, req. n° 020852 ; CAA de Douai, 26 avril 2005, *Hassam*, req. n° 02DA00284.

In fine, à défaut d'en apprendre davantage aux plus curieux sur la caractérisation du harcèlement moral, ce jugement a au moins le mérite d'éclairer les plus courageux sur les ambiguïtés de la fameuse notion.

Fonction publique territoriale – suspension – fonctionnaire – poursuites pénales – partie civile – annulation.

Tribunal administratif de La Réunion, 3 mars 2016, *M. D. c/ Commune de Saint André,* req. n° 1400071

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

C'est ici un point particulier du droit de la fonction publique qui intéresse le Tribunal administratif de La Réunion. Préalable à une procédure disciplinaire pour faute grave, et pouvant éventuellement être concomitante à la mise en mouvement de l'action publique, la mesure de suspension de l'agent public fait montre de certaines particularités.

En l'espèce, le requérant, ingénieur principal de la fonction publique territoriale, a été suspendu de ses fonctions à titre conservatoire par une décision du maire de la commune de Saint André en date du 10 décembre 2012. Ladite suspension est justifiée par la collectivité par la lettre de dénonciation envoyée par un administré et imputant au requérant des faits de chantage, à la suite de laquelle le maire de la commune décide de déposer plainte près le procureur de la République.

Il ne transparaît pas du présent jugement, et ce à aucun moment, une quelconque saisine de la commission de discipline – pourtant obligatoire dès le prononcé de la décision de suspension[614], mais dont le non-respect ne rend pas la mesure illégale pour autant[615].

Néanmoins, il ressort que par un arrêté du 5 avril 2013 le maire de la commune décide, en l'absence de toute mise en œuvre de l'action publique par le procureur de la République, de reconduire cette suspension. Le Tribunal administratif, saisi quant à la contestation de la première mesure de suspension et de sa reconduction, estime alors - dans un précédent jugement devenu définitif [616] - que si la suspension prononcée en 2012 était justifiée, l'arrêté du 5 avril 2013 devait quant à lui être annulé. Les magistrats motivent leur décision en retenant que ledit

[614] Art. 30 de la loi du 13 juillet 1983.
[615] CAA Paris, 27 mai 1999, req. n° 97PA03167, *M. L. c/ministre de l'Intérieur*.
[616] TA Réunion, 20 mars 2014, *M. Dalleau c/. Commune de Saint André.*

arrêté a été pris à la suite d'une première suspension de quatre mois. À ce titre, il ressort qu'en l'absence[617] de prise de sanction disciplinaire ou de poursuites pénales de l'agent durant ce délai de quatre mois, ce dernier doit être – de plein droit – rétabli dans ses fonctions.

Par un nouvel arrêté, en date du 25 novembre 2013 et prenant effet au 13 novembre 2013, date à laquelle le maire de la commune de Saint André se constitue partie civile[618] pour les mêmes faits, une mesure de suspension de l'agent est prise, toujours sur le fondement des faits de chantage.

Se fondant sur le même article 30 de la loi « Le Pors » que lors de son jugement précédent, le Tribunal administratif de La Réunion accueille les prétentions du requérant et annule l'arrêté litigieux du 25 novembre 2013.

Bien que non mentionné, le caractère rétroactif dudit acte administratif n'aura certainement échappé aux magistrats. Il conviendra d'apprécier que ces derniers aient également pu avancer ce moyen pour trancher le litige dans le sens de l'annulation[619].

Ce jugement, à la frontière du droit administratif et du droit pénal, fait de ce sujet transverse l'occasion idéale pour mettre en exergue la particularité de la procédure de suspension de l'agent public lorsque ce dernier fait l'objet de poursuites pénales.

Suspension du fonctionnaire. - Il est en premier lieu nécessaire de rappeler que la mesure de suspension n'est pas une sanction disciplinaire, mais une mesure conservatoire[620], faisant grief à l'agent à qui elle est

---

[617] Loi n° 83-634, dite loi « Le Pors », du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

[618] Art. 85 Code de procédure pénale : *« Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42. Toutefois, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à la condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas lui-même les poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat* […] ».

[619] CE, 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »* : *Lebon* p. 289 ; CE, Sect. 25 mars 1983, *Conseil de la Région parisienne des experts comptables et comptables agréés* : *Lebon* p. 137 ; CE, Sect. 30 septembre 1988, *Ville de Nemours c/. Mme M.*, req. n° 85099 : *Lebon* p. 320.

[620] CE, ass., 13 juillet 1966, *FEN, Synd. général de l'éducation nationale : Lebon* 1966, *p. 497 ; RDP*, 1966, p. 1152, concl. J. RIGAUD *; RDP*, 1967, p. 152, note M. WALINE.

notifiée. Ainsi que l'exposait[621] feu monsieur le professeur Chapus, *« une mesure non pas disciplinaire, mais d'urgence destinée, dans l'intérêt du service, à interdire à titre provisoire l'exercice de ses fonctions à un agent public auquel une faute grave est reprochée, de façon que sa présence ne risque pas de troubler le fonctionnement du service »*.

Ce pouvoir de la collectivité, que l'on pourrait qualifier de « préventif », pourrait indéniablement être source d'un certain arbitraire, raison pour laquelle le législateur est venu encadrer son exercice en le soumettant à une faute grave ainsi qu'à un délai strict tel que vient nous le rappeler le présent jugement.

Faute grave. – L'article 30 de la loi « Le Pors » précise d'emblée que la suspension de l'agent peut être prononcée *«* [e] *n cas de faute grave »*. Le texte n'est cependant pas explicite puisqu'il ne détermine pas si la faute grave doit être avérée ou simplement supputée. Le Conseil d'État, saisi de cette interprétation quelque temps avant la loi de 1983 avait déjà explicité que les faits commis par l'agent et dont la gravité lui est reprochée *« doivent présenter un caractère de vraisemblance suffisant »*[622]. Il s'en déduit nécessairement que les faits à l'origine de la suspension de l'agent doivent être suffisamment établis, que les présomptions doivent être suffisamment sérieuses [623] , pour que l'administration décide de prononcer la suspension[624].

L'intérêt de la mesure de suspension est ainsi *« d'éviter le scandale ou la gêne que peut causer la présence effective dans un emploi public d'un agent soupçonné de faute grave et de faciliter l'exercice de poursuites qui doivent être incessamment entreprises à son encontre »*[625].

La faute grave peut ainsi résulter de la violation par l'agent des obligations qu'il tient de sa fonction à l'instar d'un manquement à son devoir de réserve [626] ou son refus d'appliquer les instructions de son

---

[621] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, t. II, 2001, n° 404.
[622] CE, 2 mars 1979, req. n° 11336, *Commune d'Asnières-sur-Oise ;* CE, 11 juin 1997, req. n° 142167, *M. Benjamin X.*
[623] TA Melun, 04 novembre 2003, n° 002728-5, *M. B.* ; CAA Lyon, 4 novembre 2003, req. n° 00LY01194, *ministre de l'Intérieur c/Cerdan ;* CAA Lyon, 2 octobre 2001, req. no 97LY00165, *Commune de Billom ;* CAA Lyon, 19 juin 2001, req. n° 99LY02140, *ministre de l'Éducation nationale c/O ;* CE 26 juin 1987, req. n° 75569, *M. Max X.*
[624] CE 5 mars 2008, req. no 312719, *M. Bruno A.*
[625] V. concl. RIGAUD, sur CE Ass., 13 juillet 1966, *Fédération de l'Éducation nationale*, *Lebon* 497 ; *AJDA*, 1967, p. 51.
[626] CE 22 novembre 2004, req. n° 244515, *ministre de l'Éducation nationale c/M. A.*

supérieur[627]. Elle peut de même être justifiée par la commission – ou du moins sa forte présomption – par l'agent, d'une infraction pénale : actes de violence entre agents [628], mise en danger délibérée de la vie d'autrui[629]…

Ainsi, il serait légitime pour une collectivité de procéder à la suspension un agent si des faits de chantage lui étaient imputables et que les pièces rapportées présentaient une certaine vraisemblance. Toutefois, plusieurs difficultés se manifestent dans l'hypothèse d'une suspension de l'agent en raison de poursuites pénales… ou de leur absence comme tel est le cas en l'espèce.

Délai. – Dans la présente affaire, le Tribunal administratif de La Réunion renvoie à un précédent jugement faisant état de la validité de la suspension prononcée à l'encontre du requérant. Ainsi qu'il l'a été évoqué, la commune – en la personne du maire – a estimé qu'il existait des présomptions sérieuses quant à la commission du délit de chantage[630] par son agent. Ces présomptions ont fait l'objet d'un dépôt de plainte par le maire, lequel n'a pas été suivi d'une mise en œuvre de l'action publique par le procureur de la République, rendant *de jure* illégale la reconduction de la suspension.

Cette illégalité est alors prononcée sur le fondement de l'article 30[631] de la loi « Le Pors », précité, prévoit explicitement que la situation du fonctionnaire suspendu *« doit être définitivement réglée dans le délai de quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, aucune décision n'a été prise par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire, l'intéressé, sauf s'il est l'objet de poursuites pénales, est rétabli dans ses fonctions* […] *»*.

Poursuites pénales. - Le raisonnement du juge administratif pourrait alors se comprendre eu égard à l'absence de déclenchement de l'action publique.

Néanmoins, le second et présent jugement doit connaître de la légalité d'une nouvelle suspension de l'agent, mais cette fois-ci en raison

---

[627] CAA Paris, 12 février 2008, req. n° 06PA03202, *M. Thierry X*.
[628] CAA Bordeaux, 7 avril 2009, req. n° 07BX01914, *Région Martinique* ; CE 9 déc. 1970, *Commune de Neuilly-Plaisance*, Lebon 738.
[629] CAA Lyon, 25 janvier 1999, req. n° 95LY02280, *Commune de Ramatuelle*.
[630] Art. 312-10 c. pén. : *« Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende »*.
[631] Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, art. 26- I-2°.

de la constitution avec partie civile de la mairie de Saint André. Les magistrats administratifs accueillent la demande d'annulation du requérant en ce que, bien que mettant en mouvement l'action publique, la constitution de partie civile ne saurait justifier une nouvelle suspension au sens de l'article 30 de la loi « Le Pors ».

Il convient alors de remarquer toute la subtilité du raisonnement livré par le juge administratif.

En effet, à l'inverse de la plainte simple, la plainte avec constitution de partie civile produit les mêmes effets qu'un réquisitoire du procureur de la République[632], et met en mouvement l'action publique par la saisine directe du juge d'instruction[633]. Indéniablement, il ne saurait être contesté que le requérant fait l'objet – à la date de l'arrêté du 25 novembre litigieux – de poursuites pénales. Les juges d'appel de Bordeaux[634] ont ainsi souverainement apprécié qu'une administration puisse à bon droit prolonger la suspension en raison d'une plainte avec constitution de partie civile.

Toutefois, l'interprétation stricte du texte visé par le présent jugement, ainsi que la nouvelle rédaction de ce paragraphe de l'article 30 tel qu'issu de la loi du 20 avril 2016, vise l'hypothèse d'une prolongation de la mesure de suspension en raison de poursuites pénales. Ainsi que le reprennent les magistrats de l'espèce, il est bien question d'une prolongation et non de nouvelles poursuites.

Dès lors, aux yeux du juge, il importe peu que les poursuites pénales soient effectives ou non, puisqu'elles ne visent pas à prolonger une mesure encore en cours d'exécution, mais uniquement à justifier un nouvel arrêté pris en considération des mêmes faits.

Si l'ancienne rédaction de l'article 30 pouvait être interprétée comme étant de nature à empêcher toute nouvelle suspension de l'agent poursuivi pénalement, il faut se féliciter du nouvel arsenal juridique mis à disposition de la collectivité. La nouvelle rédaction dudit article offre en effet à l'administration de nouveaux moyens pour écarter l'agent « dans l'intérêt du service », tout en lui offrant une garantie satisfaisante de ses droits.

---

[632] Jurisprudence constante ; voir à ce titre notes sous art. 1er Code de procédure pénale.
[633] Cass. Crim., 17 janvier 1983 : *Bull. Crim.* n°1 ; *JCP* 1984. II. 20 232, note JEANDIDIER ; Cass. Crim. 4 janvier 1990 : *Bull. Crim*. n°7.
[634] CAA Bordeaux, 08 juillet 2008, req. n° 06BX00316, *M. José Manuel X.*

Protection fonctionnelle – refus – motif d'intérêt général – inaction

Tribunal administratif de La Réunion, 3 mars 2016, *M. V. c./ SDIS Réunion*, req. n°1301202.

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

Le pouvoir de direction de tout cadre dirigeant – évoluant dans le secteur public ou privé – se définit traditionnellement par un pouvoir de contrôle et de sanction. Néanmoins, l'art du management ne saurait se satisfaire d'une définition juridique, autant que la gestion des ressources humaines ne saurait se défaire de cette qualification d'« humaine ».

Qu'il soit salarié ou agent public, chaque travailleur est une pierre de l'édifice entreprenarial, dont la taille et le polissage incombent aux seuls dirigeants.

Par le présent jugement, le Tribunal administratif de la Réunion a ainsi entendu rappeler à l'organe exécutif des Services D'Incendies et de Secours, la teneur et la portée de ses obligations.

Le requérant, exerçant en tant que directeur du SDIS Réunion, a été victime de diffamations par voie de presse[635], lesquelles insinuaient de graves manquements à son devoir de probité. La condamnation pénale de l'organe de presse est intervenue par un jugement du tribunal correctionnel de Saint Denis en date du 15 avril 2014, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 7 mai 2015.

Dès le début de cette affaire, l'agent s'estimant victime de diffamation sollicite de son administration la protection fonctionnelle pour la prise en charge de ses frais de justice. En l'absence de réponse, le requérant entame donc seul les procédures afin de faire cesser les atteintes. Parallèlement, la présidente de l'organe exécutif du SDIS rejette alors sa demande au titre « d'un prétendu motif d'intérêt général » eu égard à « l'insuffisance des chances de succès de l'action en justice entreprise », ainsi qu'au fait que d'autres plaintes, dans d'autres mises en cause, ont été prises en charge au titre de cette protection, mais n'ont pas prospéré devant la justice pénale. À la suite de la condamnation en voie d'appel de l'organe de presse pour diffamation, la collectivité a accueilli

[635] Éditorial du Journal de l'Ile de la Réunion, 21 novembre 2012.

la demande du requérant par lettre en date du 27 juillet 2015, soit plus de deux ans après les faits. Néanmoins, cette reconnaissance est restée lettre morte, car n'ayant reçu aucune effectivité par la suite.

Le requérant s'estime ainsi lésé et décide de porter l'affaire près la juridiction administrative afin de faire reconnaître le caractère fautif de l'inaction de l'administration dans la mise en œuvre de sa protection fonctionnelle. Cette demande est favorablement accueillie par la juridiction de céans, qui retient non seulement le caractère légitime de l'annulation de la décision implicite de rejet adressée à son encontre le 2 juillet 2013, mais également la condamnation du SDIS au remboursement de ses frais de justice et à des dommages et intérêts.

Les faits de la présente espèce permettent ainsi de revenir sur les caractères de la protection fonctionnelle. Cette dernière est-elle ainsi innée pour les agents publics ou répond-elle à des considérations de faits et de droit particulières ?

Le présent jugement emporte deux particularités dans le cadre général du contentieux de la protection fonctionnelle (I). En effet, bien qu'il ne permette aucunement de douter de l'illégalité du refus *a priori* du contentieux (II), il s'attarde également sur l'absence d'effectivité de cette reconnaissance *a posteriori* (III).

La protection fonctionnelle de l'agent public : un devoir de la collectivité

Ainsi qu'en fait état le tribunal de céans, l'article 11, alinéa 3, de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dispose que *« la collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires*[636] *contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes, à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté »*.

La particularité de cette protection est établie lorsqu'il s'agit de diffamation, condamnée par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Cette dernière la définit comme *« toute allégation ou imputation*

[636] À noter que la protection fonctionnelle n'est plus réservée qu'aux seuls agents titulaires et contractuels (CE, Ass., 16 octobre 1970, *Époux Martin*, *JCP* 1971. II . 16 577 concl. BRAIBANT, et extension par la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996), mais également aux collaborateurs occasionnels du service public (CE, 13 janvier 2017, *M. A.B.*, req. n° 386799, *Lebon* ; *AJDA*, 2017, p. 80 ; *ibid.* 1075 ; *AJFP*, 2017, p.174).

d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

Comme le remarque monsieur Frédéric Colin[637], il n'appartient pas, en principe, ni à l'administration ni au juge administratif, de sanctionner directement une action diffamatoire. *« Mais celle-ci est susceptible de développer différents aspects spécifiques en droit de la fonction publique »*. En effet, il découle du texte même de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, que la collectivité est tenue non seulement[638] de protéger l'agent, mais également de lui assurer réparation de son préjudice.

Pour ce faire, deux conditions doivent ainsi être réunies : la qualité d'agent public – qui a été exposée *supra* et qui appréciée de manière assez large par le juge administratif – et le lien avec l'exercice d'une fonction publique.

Ce lien avec l'exercice – et donc pas nécessairement pendant l'exercice – est apprécié en considération du fait que l'agent soit « *visé en tant que tel en raison de sa qualité, de ses activités ou de son comportement* […] »[639]. La Haute juridiction administrative retient de manière générale que *« les menaces ou attaques peuvent trouver leur cause tant dans les fonctions actuelles que dans les fonctions antérieures de l'agent »*[640]. Le lien avec les fonctions a ainsi été retenu pour des allégations et appréciations diffamatoires à l'égard du comportement d'un secrétaire général de préfecture dans l'exercice de ses fonctions[641].

En l'espèce, les conditions de qualité d'agent public du requérant – par son grade d'officier supérieur directeur du SDIS - et d'atteinte en lien avec les fonctions – par le manquement imputé à son devoir de probité – sont pleinement remplies. Restait à savoir si l'administration pouvait

---

[637] F. COLIN, « La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2016, p.1219.

[638] CE 16 décembre 1977, *Vincent, Lebon* 507, *AJDA*, 1978, p. 577, concl. DENOIX DE SAINT MARC ; *RDP*, 1979, p. 914 ; CE Sect., 18 mars 1994, M. *Gérard Rimasson, Lebon* 147 ; *AJDA*, 1994, p. 408, chron. C. MAUGÜE et L. TOUVET, p. 374 ; *D*. 1994. *IR*. 93 ; *Dr. adm.* 1994, n° 251 ; *JCP* 1994. *IV*. 1360 ; *LPA* 1994, no 75, p. 31 ; *RFDA* 1994. 634 ; *RDP*, 1995, p. 1387 ; CE 21 février 1996, *M. de Maillard, Lebon* 48 ; *Dr. adm*. 1996, n° 162, obs. D. PIVETEAU ; *JCP* 1996. *IV*. 1104 ; *RFDA*, 1996, p. 404.

[639] G. BRAIBANT, conclusions sur CE, Ass., 16 octobre 1970, *Époux Martin, JCP* 1971. II . 16 577.

[640] CE, Ass., 14 févr. 1975, *Teitgen, Lebon* 111 ; *RDP*, 1975, p.1460 ; *D.* 1976, p.175, note LINDON ; *JCP*, 1976. *II*. 18 315, note Y. PITTARD et J. ROSSINYOL.

[641] *Ibid.* 6.

refuser d'accorder au requérant le bénéfice de la protection fonctionnelle par le biais d'un motif d'intérêt général.

L'illégalité du rejet de la demande de protection fonctionnelle

Il ressort de l'arrêt *Teitgen*, précité, que l'administration peut valablement refuser de faire droit à la demande de protection fonctionnelle d'un de ses agents pour des raisons d'intérêt général. Un tel motif a, par exemple, été retenu pour refuser ladite protection à un agent entretenant avec sa hiérarchie et ses collègues, des relations de travail gravement et durablement conflictuelles[642].

Dans un arrêt plus récent, le Conseil d'État a rappelé[643] qu'il ne saurait être dérogé à cette protection que dans un but d'intérêt général, et a précisé que « *si cette obligation peut avoir pour objet, non seulement de faire cesser les attaques auxquelles le fonctionnaire ou l'agent public est exposé, mais aussi de lui assurer une réparation adéquate des torts qu'il a subis, laquelle peut notamment consister à assister, le cas échéant, l'agent concerné dans les poursuites judiciaires qu'il entreprend pour se défendre, il appartient dans chaque cas à la collectivité publique d'apprécier, sous le contrôle du juge et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de la question posée au juge et du caractère éventuellement manifestement dépourvu de chances de succès des poursuites entreprises, les modalités appropriées à l'objectif poursuivi* ».

Deux enseignements majeurs peuvent être tirés de ces arrêts.

Tout d'abord, l'obligation pour la collectivité de faire cesser les attaques auxquelles l'agent est exposé et de lui assurer la réparation de ses préjudices. À cet égard et dans notre espèce, il appartenait à la plus haute « instance »[644] du SDIS d'assurer cette protection par tous les moyens

---

[642] CE, 26 juillet 2011, *Mirmiran,* req. n° 336114, *JCP Adm.*, 2011, Actu. 565 ; voir également CE, 20 avril 2011, *Bertrand*, req. n° 332255, *AJDA*, 2011, p. 1441, note Ph. LAGRANGE ; *JCP Adm*. 2011. *Actu.* 324, obs. J.-G. SORBARA, et 2012, n° 2001, chron. D. SEBAN et M. HENON ; *RFDA*, 2011, p. 638.

[643] CE, 31 mars 2010, *Ville de Paris,* req. n° 318710, *Lebon* 91, *AJDA*, 2010, p. 704 ; *JCP Adm*. 2010. *Actu*. 291 ; *RFDA*, 2010, p. 647 ; *RLCT* 2010, n° 59, p. obs. E. GLASER.

[644] CE, 18 octobre 1989, *Ville de Saint-Maur-des-Fossés c/M. Cagnon, RFDA*, 1991, p.136 ; CE 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim,* req. n° 308974, *AJDA*, 2010, p. 526, obs. M.-C. de MONTECLER ; *JCP Adm.*, 2010. *Actu.* 262 ; *Dr. adm.*, 2010, comm. 79 ; *BJCL* 2010. 208, concl. E. GEFFRAY ; *RLCT,* 2010, n° 59, p. 21, obs. E. GLASER.

nécessaires et visant à faire cesser la diffamation publique par voie de presse.

Cependant, et dans un second temps, il convient de noter qu'il appartient à la collectivité d'apprécier les modalités appropriées à l'objectif poursuivi. Cette considération des mesures à prendre – c'est-à-dire de protection et/ou de réparation – doivent ainsi s'apprécier au regard des circonstances de l'espèce, *« notamment de la question posée au juge et du caractère éventuellement manifestement dépourvu de chances de succès des poursuites entreprises »*. Ce caractère n'est donc qu'un volant d'ajustement aux mains de la collectivité pour déterminer si elle doit procéder à la protection et/ou à la réparation du préjudice de l'agent public au titre de la protection fonctionnelle. Il n'est en aucun cas un motif d'intérêt général sur lequel la collectivité peut se fonder pour refuser à l'agent la protection qui lui est due.

Dès lors, la décision de rejet de la collectivité se fondant sur une telle appréciation doit être regardée comme dépourvue de tout motif d'intérêt général et être annulée[645]. Ce que retient le Tribunal.

En outre, l'illégalité du rejet par la collectivité de la demande du requérant est d'autant moins contestable que cette dernière lui en octroie le bénéfice à la suite de la condamnation en appel de l'organe de presse. En s'abstenant néanmoins de toute mesure effective par la suite.

La préjudiciable inaction de la collectivité

Il est surprenant de voir ces deux pans du contentieux de la protection fonctionnelle réunis en un même jugement tant ils sont opposés.

En effet, si l'absence d'un motif d'intérêt général est en soi condamnable, l'inaction de la collectivité ayant accordé le bénéfice de la protection à son agent l'est tout autant. Tout autant si ce n'est plus au regard du préjudice moral qui peut en résulter pour cet agent. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la gravité d'un tel préjudice à propos d'un tract mettant en cause la probité d'un universitaire[646].

À ce titre, le requérant demandait notamment à obtenir la prise en charge des frais afférents aux poursuites engagées, ainsi que l'octroi de

[645] *Ibid.* 4 ; CE, 28 mai 2003, *Mme Marie-Françoise X.*, n° 245069.
[646] CE 14 décembre 2007, *Juan*, req. n° 307950, *Lebon* T. 873, *AJDA*, 2007, p. 2409, obs. M.-C. MONTECLER ; *AJFP*, 2008, p. 136, concl. C. LANDAIS, note R. FONTIER.

dommages et intérêts pour la réparation du préjudice moral – conjointement à la réparation obtenue pour la diffamation elle-même[647].

Reconnaissant la faute du SDIS dans l'inaction de la mise en œuvre de la protection fonctionnelle de son directeur, le Tribunal administratif de la Réunion a ainsi prononcé la prise en charge de ses frais de justice, déduction faite des frais afférents à l'article 475-1 du code de procédure pénale, antérieurs et actuels, un pourvoi en cassation étant encore en cours au moment des faits.

Pour reprendre les termes de monsieur Frédéric Colin, qui a su, habilement, mettre des mots sur les maux, *« la diffamation à l'encontre d'un agent […], peut constituer un moyen efficace de discréditer l'agent en question, mais aussi, au-delà, l'administration à laquelle il appartient. La vigilance des différents employeurs publics doit donc être de mise en la matière, pour garantir une réponse cohérente et globale »*[648].

S'en remettre au juge, pour de tels faits, en dit souvent suffisamment sur le management et la considération accordée par le manager à ses équipes.

Fonction publique territoriale – révocation – annulation – procédure disciplinaire – délai – proportionnalité - réparation

Tribunal administratif de Mayotte, 28 novembre 2016, *M. H. c/Conseil Départemental de Mayotte*, req. n° 1500697

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

« Il faut toujours protester contre l'injustice et la bêtise, gueuler, écumer et écraser quand on le peut »[649]. Voilà exactement ce qu'il convient de faire à la lecture du présent jugement.

[647] *« Au cas de faute dans l'exercice de l'obligation de protection, l'indemnité allouée tend à la réparation globale de la totalité des préjudices subis »* : CE, 02 avril 1971, *Commune de Condé-sur-Escaut, Lebon* 275 ; *AJDA*, 1971, p. 425 ; *RDP*, 1971, p. 1351.
[648] F. COLIN, « La protection contre la diffamation en droit de la fonction publique », *RFDA*, 2016, p. 1219.
[649] Gustave FLAUBERT ; Lettre à George Sand, le 5 septembre 1873.

Par un arrêté en date du 13 octobre 2014, le président de ladite collectivité notifie, à un fonctionnaire de son administration, une mesure de suspension. Par un autre arrêté en date du 27 novembre 2015, pris en considération du premier, il est alors notifié au même agent titulaire la volonté de lui infliger la sanction de la révocation[650] à compter du 1er janvier 2016, ce que ce dernier entend contester devant la juridiction de céans.

Procédure disciplinaire et délai raisonnable. - De prime abord, une suspension de plus d'un an menant à une révocation laisse croire à une faute d'une gravité sans nom, quoique l'on puisse légitimement s'interroger sur le délai écoulé entre la mesure et la sanction[651]. Ce délai, qui serait considéré en droit privé comme manifestement disproportionné et suffisant, *a minima*, à obtenir la requalification du licenciement[652], n'est toutefois pas enfermé en droit public où l'imprescriptibilité est le principe[653].

Plus globalement concernant ce délai, il convient également de remarquer que la faute imputable à l'agent, objet de la présente procédure disciplinaire, découle de sa condamnation pénale en 2010 pour un usage illicite de cannabis l'année antérieure. Eu égard au principe d'imprescriptibilité de l'action disciplinaire susvisée – qui froisserait n'importe quel lecteur travailliste – le moyen tiré de la longueur du délai écoulé ne saurait être utilement invoqué[654].

Néanmoins, force est de constater que le juge administratif fait montre depuis un certain temps d'une souplesse dans l'appréciation de ce

---

[650] Cessation définitive des fonctions d'un fonctionnaire : CE, 9 octobre 1992, req. n° 96359, *Ville de Marseille.*

[651] Rappelons à ce titre qu'à l'instar de la mise à pied conservatoire en droit du travail, la suspension de l'agent public ne constitue pas une sanction et doit être justifiée par la faute grave reprochée à l'agent : CE, ass., 13 juillet 1966, *FEN, Synd. général de l'éducation nationale : Lebon* 1966, *p. 497 ; RDP*, 1966, p. 1152, concl. J. RIGAUD *; RDP*, 1967, p. 152, note M. WALINE ; Cass. Soc. 08 novembre 1978 : *Bull. Civ*. V, n° 745 ; *D*. 1979. *IR* 230, obs. PELISSIER ; Cass. Soc. 26 novembre 1987, n° 85-40.637 : *Dr. Soc.* 1989, p. 287, note RAY.

[652] Cass. Soc. 30 octobre 2013 : *Dalloz Actualité*, 27 novembre 2013, obs. FRAISSE ; *RDT*, 2014, p. 47, obs. VARIN ; Cass. Soc. 18 février 1998, n° 96-40.219.

[653] CE, 31 mai 1989, req. n° 70096, *Tronchet :* JurisData n° 1989-043203 *; Dr. adm.* 1989, comm. 399 ; CE, 14 juin 1991, req. n° 86294, *Aliquot* : JurisData n° 1991-045246 *; AJDA*, 1991, p. 575, chron. C. MAUGÜE et R. SCHWARTZ.

[654] CE, 7 févr. 2001, req. n° 210574, *Thomas : JurisData* n° 2001-062028 *; Lebon* 2001, tables, p. 838.

délai. La Cour administrative d'appel de Marseille[655] a ainsi retenu que *« si aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire, ni même ne fait obligation à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire d'engager une telle procédure, il appartient cependant à cette autorité, sauf à méconnaître un principe général du droit disciplinaire de respecter un délai raisonnable entre le moment où elle a connaissance des faits commis par son agent, susceptibles de donner lieu à sanction disciplinaire, et le moment où elle décide de lui infliger une telle sanction ;* […] *»*.

En retenant l'ancienneté des faits invoqués à l'appui de la sanction, il ne fait aucun doute que les juges du Tribunal administratif de Mayotte renvoient directement – quoiqu'implicitement - à ce caractère raisonnable et à la jurisprudence de la CAA de Marseille susvisée.

Proportionnalité de la sanction. - Au-delà de la question du délai, se pose naturellement la problématique de la proportionnalité de la sanction. En effet, dans la présente espèce, les magistrats administratifs ne manquent pas de soulever d'emblée le caractère disproportionné de cette dernière et de prononcer l'annulation de la décision administrative *« sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens invoqués »*.

Cette promptitude à soulever la disproportion doit être à notre sens déduite de la nature du contrôle opéré par le juge à cette fin. Si celui-ci jouit d'un pouvoir normal pour contrôler l'existence et la qualification de la faute disciplinaire [656], il se limite toutefois à l'erreur manifeste d'appréciation quant au degré de la sanction [657]. A notamment été considérée comme erreur manifeste d'appréciation l'exclusion prononcée pour une durée de 6 mois en raison de l'ignorance d'instructions procédant de l'autorité territoriale, la prise de congés sans autorisation, ainsi que l'utilisation d'un véhicule de l'Administration à des fins personnelles [658]. De même quant à la rétrogradation d'un agent ayant manqué de respect à la personne du maire en le qualifiant de « Roi Soleil »[659]. Au regard des affaires susvisées, la gravité de la faute du requérant dans notre espèce serait-elle caractérisée ? Rien n'est moins sûr.

---

[655] CAA Marseille, 13 décembre 2011, req. n° 09MA03062, P. *: JurisData* n° 2011-030808 *; JCP A* 2012, *act.* 166 ; *AJDA*, 2012, p. 837, note G. PEISER.

[656] CAA Nancy, 20 octobre 2005, req. n° 04NC00473, *Commune de Maizières-lès-Metz.*

[657] CE, 9 juin 1978, *Lebon : Lebon* 1978, p. 245, concl. B. GENEVOIS.

[658] CAA Marseille, 18 janvier 2011, req. n° 10MA03422, *SIVOM Littoral des Maures c/D*.

[659] CE, 26 novembre 2010, req. n° 315468, *Mireille A.* : *JurisData* n° 2010-022740 ; voir également : CAA Lyon, 28 décembre 2001, req. n° 98LY01259*, Commune d'Aix-*

Il convient cependant de souligner ici que la faute invoquée par l'administration à l'appui de la sanction de l'agent résulte, ni plus ni moins, d'une condamnation pénale. Sans revenir sur l'invocation « tardive » de ladite condamnation par la collectivité à l'appui de la sanction, n'y aurait-il pas lieu de considérer que l'administration soit tenue par la portée du jugement répressif ? Il en est ainsi notamment lorsque l'agent a été sanctionné *a priori* d'une condamnation – ou d'une relaxe – au pénal, la collectivité devant en tirer par la suite toutes les conséquences de droit[660]. La Haute Juridiction administrative retient qu'il en est de même lorsque la sanction administrative est prononcée *a posteriori* du jugement pénal[661], non seulement pour apprécier l'existence de la faute disciplinaire, mais également sa gravité.

Ce sont donc sur ces considérations que le juge administratif de Mayotte retient qu'eu égard à l'infraction pénale – matériellement établie et reconnue quoique soutienne le requérant – et à la « faible » condamnation prononcée par le juge répressif, le prononcé d'une révocation – sanction la plus importante du droit de la fonction publique – est une erreur manifeste d'appréciation.

Droits de la défense. - Il est étonnant toutefois de constater que le présent jugement n'a été rendu qu'à la seule analyse d'un moyen de fond, alors même que le requérant invoquait le non-respect par la collectivité de la procédure disciplinaire, et, partant, de la violation des droits de la défense.

Bien que titulaire de l'opportunité des poursuites, l'autorité investie du pouvoir de nomination doit respecter une procédure disciplinaire stricte sous peine de nullité de celle-ci. Ainsi convient-il de saisir le conseil de discipline, seule autorité investie du pouvoir disciplinaire, par un rapport d'enquête précisant les faits reprochés à l'agent ainsi que leurs circonstances[662].

---

les-Bains : *JurisData* n° 2001-175720 *;* CAA Bordeaux, 13 octobre 1997, req. n° 96BX01701, *Commune de Reignac-de-Blaye* : *JurisData* n° 1997-049964 *;* CE, 30 avril 1997, req. n° 146658, *C* : *JurisData* n° 1997-050267 *; Dr. adm.* 1997, comm. 249.

[660] CE, 21 septembre 2011, req. n° 349222, *Ministre de la Défense et Anciens combattants* : *JurisData* n° 2011-019452 ; *JCP A* 2011, act. 636.

[661] CE, 27 juillet 2009, req. n° 313588, *Ministre de l'Éducation nationale c/Boulonnois* : *JurisData* n° 2009-006551.

[662] CAA Marseille, 20 avril 2010, req. n° 08MA01299, *OPDHLM Mistral Habitat* ; voir également S. BOLLE « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique », *RFDA*, 2001, p. 421.

Élément substantiel par nature, la communication du dossier de l'agent est l'essence même du respect des droits de la défense[663] et ne saurait souffrir aucune exception sans vicier la procédure et encourir l'annulation[664].

Ce droit à communication est d'ailleurs reconnu même en dehors de toute procédure disciplinaire. En ce sens, l'article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose en son troisième alinéa que *« tout fonctionnaire a accès à son dossier individuel dans les conditions définies par la loi »*. La Commission d'Accès aux Documents Administratifs[665] expose de manière claire et constante que *« chaque dossier administratif d'un agent, quels que soient les documents qui le composent, lui est communicable de plein droit »*. La Cour administrative d'appel de Paris[666] rappelle également que *« le dossier du fonctionnaire doit comporter toutes les pièces intéressant la situation administrative de l'intéressé, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité ».*

Pareillement, il est curieux de ne pas trouver de développement quant à l'exigence de motivation de la décision administrative[667].

Bien qu'il ne soit pas question d'en déduire une quelconque hiérarchisation des griefs, il nous paraît troublant de s'interroger et de rendre une décision de justice fondée uniquement sur la disproportion d'une sanction, tout en passant sous silence la violation de droits constitutionnellement reconnus et garantis – à l'instar du respect des droits de la défense[668] dans la présente espèce.

---

[663] Article 4 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989.

[664] CE, 21 juin 1996, req. n° 140775, *Commune de Buchères* : *JurisData* n° 1996-050957 ; *Lebon* 1996, p. 235.

[665] CADA, avis, n° 2008064, n° 20080189, n° 20080615.

[666] CAA Paris, 2 avril 2014, req. n° 11PA05306 ; CE, 2 avril 2015, req. n° 370242 : *AJFP*, 2016, p. 42 ; voir en matière contentieuse : CE, 14 février 1992, req. n° 91324, *Commune de La Garde : JurisData* n° 1992-041339 *;* CAA Paris, 31 mars 1998, n° 96PA03491, *Synd. CGT communaux Poissy* : *JurisData* n° 1998-042162.

[667] Loi n° 79-587, 11 juillet 1979 modifiée, relative à la motivation des actes administratifs, codifiée aux articles L211-1 et s. du Code des relations entre le public et l'administration ; CE, 28 mai 1965, req. n° 58411, *Riffault* : *Lebon* 1965, p. 315 ; *Rev. adm.* 1965, p. 590, concl. N. QUESTIAUX ; CAA Nancy, 19 octobre 2006, req. n° 05NC01074, *Commune de Mont-Saint-Martin.*

[668] Cons. Const. Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006 : *Rec*. 50 ; *LPA* 5 avril 2006, note SCHOETTL ; *AJ* 2006. 1961, note GESLOT ; *LPA* 13 avril 2006, note MATHIEU ; *RDP*, 2006, p.769, note CAMBY.

Toutefois, cette distinction pourrait se comprendre au regard des conséquences, pour l'agent, découlant de l'annulation de l'acte administratif attaqué.

Réparation et réintégration. – Le dispositif du présent jugement est lui aussi surprenant – décidément - en ce qu'il ne prévoit que l'annulation de l'arrêté portant radiation, à compter du 1er janvier 2016.

Le fait que la réintégration de l'agent ne soit pas expressément prévue n'emporte que peu de conséquences. En effet, il est acquis en jurisprudence que *« lorsque la sanction disciplinaire est annulée, la collectivité doit en effacer les conséquences et procéder à la réintégration de l'agent et à une reconstitution de carrière »*[669]. Celles-ci sont donc de droit et ne sauraient souffrir aucune contestation.

Néanmoins, il n'est à aucun moment question de la réparation du préjudice subi par l'agent, du fait de l'illégalité de la sanction prononcée, ainsi que de sa suspension de plus d'un an – qui bien que n'ayant pas le caractère d'une sanction disciplinaire[670], devrait, en raison de son caractère accessoire, *a minima* ouvrir droit à réparation. La responsabilité de l'administration est inéluctablement engagée en raison de la faute[671] tirée de l'illégalité de la sanction infligée à son agent[672].

Il convient de souligner que pour déterminer le montant de la réparation à accorder à l'agent du fait de sa révocation illégale, le juge administratif tient compte de ce que l'annulation soit prononcée sur le fond ou sur un simple vice de procédure[673]. Le Conseil d'État expose toutefois que *« si l'intervention d'une décision illégale peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État, elle ne saurait donner lieu à réparation, si, dans le cadre d'une procédure régulière, la même décision aurait pu légalement être prise »*[674].

---

669 CE, 17 mars 1961, *Ducout c/Commune de Mont-Dore* : *Lebon* 1961, p. 189. – O. SIMON, « Les obligations de l'autorité administrative après annulation de l'éviction de l'agent public », *AJFP* 1999, n° 3, p. 7. ; E. DELACOUR, « Les conséquences de l'annulation par le juge administratif d'une mesure d'éviction d'un fonctionnaire », *Gaz. cnes* 17 juillet 2002, p. 58.

670 *Ibid*. 3.

671 CE, Sect., 26 janvier 1973, *Driancourt* : *Lebon* 1973, p. 77.

672 CAA Bordeaux, 19 octobre 1995, *Commune du Mans* : *AJDA*, 1996, p. 193.

673 CE, 18 juin 1986, req. n° 49813, *Krier* : *JurisData* n° 1986-042140 ; *Lebon* 1986, p. 166 ; CE, 7 février 1990, req. n° 88668, *Commune de Beaucaire* ; CAA Nantes, 26 avril 2002, req. n° 99NT02915, *Michèle X*.

674 CE, 7 juin 2010, req. n° 312909, *B.* : *JurisData* n° 2010-008798.

En dépit de cette « aspiration » à réparation du préjudice subi par le fonctionnaire, celle-ci n'est pas pour autant due de droit. Il appartient en effet au salarié victime d'établir un lien de causalité direct entre le dommage subi et la faute de l'administration[675]. Chose qui, visiblement, n'a pas été fournie par le requérant dans la présente espèce… au même titre, plausiblement, qu'une demande préalable[676] d'indemnisation à la collectivité.

Mise à la retraite d'office. - Absence de proposition de reclassement

Tribunal administratif de La Réunion, 17 mars 2016, *Mme V.*, n° 1100202

Fleur Dargent, Docteur en droit public, Aix-Marseille Université, ATER à l'Université de La Réunion

Si un fonctionnaire est victime d'un accident en dehors du cadre de son service, l'empêchant de poursuivre sa fonction professionnelle, il doit, dans la mesure du possible, et à sa demande, se voir proposer un reclassement par l'administration avant que puisse être envisagée une autre mesure telle que la mise à la retraite d'office.

Le 11 mai 2006, une fonctionnaire du Trésor est victime d'un grave accident de la circulation, l'empêchant de poursuivre son activité professionnelle. Elle a été placée en congé de maladie ordinaire jusqu'au 10 mai 2007 puis en disponibilité d'office, une fois ses droits à congé épuisés. Le comité médical départemental a, le 6 mai 2010, retenu son « *inaptitude totale et définitive aux fonctions exercées, sans possibilité de reclassement* ». En outre, la commission de réforme a émis un avis favorable à la mise en retraite d'office pour invalidité non imputable au service alors même que l'intéressée a demandé à reprendre le travail à compter du 23 août 2010. Le directeur général des finances publiques a décidé, par un arrêté du 31 décembre 2010, de la mise à la retraite d'office de la requérante à compter du 11 mai 2010.

Selon un rapport d'expertise produit le 14 août 2014 à la demande du tribunal, les graves séquelles de la plaignante ont évolué très favorablement depuis 2006, au point d'être aujourd'hui quasi inexistantes,

[675] CE, 9 février 2011, req. n° 332627, *D.* : J*urisData* n° 2011-332627 ; *JCP A* 2011, 2198, note J. MOREAU.
[676] Art. R 421-1 CJA.

le déficit de ses capacités physiologiques n'étant déjà plus en 2010 que de 15 %, compte tenu de l'amélioration constante de son état de santé depuis son accident. La requérante souffrait également de troubles dépressifs en 2010 qui avaient donné lieu à l'application d'un taux d'invalidité de 10 % lors de l'expertise psychiatrique mise en œuvre dans le cadre de la procédure de mise à la retraite pour invalidité. Or, le rapport d'expertise de 2014, s'il évoque un « *trouble de personnalité de type sensitif* », note l'absence de « *stress post-traumatique caractérisé au sens psychiatrique » et d'un « registre de personnalité paranoïaque constituée* ». En outre, le jour de l'expertise, l'intéressée ne présentait « *aucun trouble dépressif ni anxieux* ». Il ne résulte pas des éléments du rapport d'expertise présenté le 14 août 2014 que la dépression dont la requérante souffrait en 2010 représente un taux supérieur à 10 % ni que l'invalidité puisse être considérée comme définitive, notamment au vu de l'évolution favorable de la pathologie. Le tribunal relève que si l'éventualité d'une récidive dépressive n'est pas exclue par le rapport d'expertise, elle concerne l'hypothèse d'un reclassement dans son ancien service.

Le tribunal conclut que c'est à tort que le directeur général des finances publiques a décidé par arrêté du 31 décembre 2010, de la mise à la retraite d'office de la requérante pour invalidité permanente et définitive. Il annule l'acte et enjoint à l'autorité administrative de procéder à la réintégration de la requérante.

La décision du directeur général des finances publiques n'était guère surprenante. En effet, il s'en est remis, en 2010, à l'avis du comité médical départemental et à celui de la commission de réforme, deux organismes qui n'ont officiellement aucun pouvoir décisionnel, mais dont l'avis est, en pratique, très souvent suivi. Bien que l'administration, comme c'est toujours le cas en matière d'avis simple, ne puisse se sentir en situation de compétence liée lorsqu'elle prend sa décision, sous peine d'annulation de celle-ci, elle s'en remet souvent au sens de l'avis. Le caractère laconique des avis rendus, et la composition de ces organismes, notamment la commission de réforme, n'incitent pas les autorités compétentes à s'en écarter, guidées par la volonté de « *garantir la légalité de leurs décisions et de se prémunir de tout risque en termes de responsabilité, et ce, alors même que les enjeux, notamment financiers, ne sont pas moindres pour la collectivité comme pour l'agent* »[677].

Toutefois, en l'espèce, c'est le caractère potentiellement évolutif de la pathologie de la requérante, face à celui, nécessairement définitif, de la

[677] N. KACZMARCZYK, « L'avis de la commission de réforme : quelle latitude pour la collectivité ? », *AJCT*, 2015, p. 523.

décision de mise à la retraite d'office qui pose question. Les règles en la matière imposent un certain nombre de garde-fous afin de préserver le fonctionnaire de l'arbitraire. Si l'article L. 29 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que « *le fonctionnaire civil qui se trouve dans l'incapacité permanente de continuer ses fonctions en raison d'une invalidité ne résultant pas du service et qui n'a pu être reclassé dans un autre corps en application de l'article 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée peut être radié des cadres par anticipation soit sur sa demande, soit d'office (…)* », les dispositions combinées de l'article 63 de la loi du 11 janvier 1984, et les articles 1er et 2 du décret du 30 novembre 1984 établissent les règles relatives à la procédure de reclassement. Il en résulte, selon le tribunal administratif, reprenant une formule désormais classique en la matière que « *lorsqu'un fonctionnaire est reconnu, par suite de l'altération de son état physique, inapte à l'exercice de ses fonctions, il incombe à l'administration de rechercher si le poste occupé par ce fonctionnaire ne peut être adapté à son état physique ou à défaut, de lui proposer une affectation dans un autre emploi de son grade compatible avec son état de santé ; que si le poste ne peut être adapté ou si l'agent ne peut être affecté dans un autre emploi de son grade, il incombe à l'administration de l'inviter à présenter une demande de reclassement dans un emploi d'un autre corps ; que ces dispositions, en subordonnant le reclassement à la présentation d'une demande par l'intéressé, ont pour objet d'interdire à l'employeur d'imposer un reclassement, qui ne correspondrait pas à la demande formulée par le salarié, mais ne le dispensent pas de l'obligation de chercher à reclasser celui-ci* ». Ces dispositions sont particulièrement protectrices dans la mesure où la mise à la retraite d'office ne peut intervenir sans que des solutions de reclassement aient été proposées - et non imposées - au fonctionnaire, qui doit tout de même en faire la demande.

Cette solution textuelle avait été retenue de longue date par la Haute juridiction administrative qui a considéré, dès 1965, que l'administration a l'obligation de chercher à reclasser un fonctionnaire reconnu comme inapte à poursuivre l'exercice de sa fonction avant de prendre une mesure de disponibilité d'office ou de retraire pour invalidité[678]. Par la suite, le Conseil d'État a érigé en principe général du droit d'obligation de l'employeur de chercher à reclasser un salarié définitivement inapte à occuper son emploi[679], bien que ce principe, plus général, ne constitue pas

[678] CE, 17 février 1965, *Ministre de l'Intérieur c/Faucet*, req. n° 61666, Leb. p. 115. Voir également TA Châlons-sur-Marne, 7 juin 1994, *Renve*, req. n° 93-1541.
[679] CE, 5e et 7e sous-sect., 2 octobre 2002, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Meurthe-et-Moselle*, req. n° 227868.

une garantie supplémentaire par rapport aux solutions déjà admises par les textes et la jurisprudence concernant les fonctionnaires des trois corps.

En l'espèce, il est patent que le directeur général des finances publiques a pris une décision en se fondant uniquement sur les avis rendus par la commission de réforme et le comité médical départemental, sans chercher une solution de reclassement, alors que l'intéressée avait demandé à reprendre le travail dès le 23 août 2010 et que son état s'était déjà sensiblement amélioré depuis l'accident de la circulation dont elle avait été victime en 2006 et poursuivait son évolution dans un sens favorable. L'annulation était donc logique, induisant la réintégration de la requérante.

Le juge administratif se trouve, dans ce type de cas, en position de combattre la tentation du non-reclassement qui étreint parfois l'administration, permettant à travers la mise à la retraite d'office, de recruter un agent en pleine santé et de laisser au contribuable le soin de payer la pension pour un agent mis au rencard[680].

Lanceur d'alerte - fonctionnaire -accident de service

Tribunal administratif de La Réunion, 5 décembre 2016, *Mme Cl. c/CHU de La Réunion*, req. n° 1400727, 1 500 633, 1 600 473

Fleur Dargent, Docteur en droit public, Aix-Marseille Université, ATER à l'Université de La Réunion

Lorsqu'un fonctionnaire alerte son employeur sur les dysfonctionnements affectant son service, il doit bénéficier d'une protection contre d'éventuelles mesures discriminatoires.

En l'espèce, la requérante exerçait les fonctions de dosimétriste[681] au service de radiothérapie-curiethérapie du pôle cancérologie du groupe hospitalier sud Réunion. Constatant de graves dysfonctionnements de nature à affecter gravement la sécurité des patients dans son service, elle a, depuis l'année 2010, alerté oralement son employeur, puis par écrit les

[680] R. FONTIER, « Droit et pratique du reclassement pour maladie ou handicap », *AJFP*, 2008, p. 246.

[681] Le métier de dosimétriste consiste à « préparer et planifier les traitements par radiations ionisantes en lien avec le physicien médical et le médecin prescripteur, mettre en œuvre les outils permettant le calcul des doses reçues par le patient et de protéger les tissus sains. Source : http://infos.emploipublic.fr/a-la-une/voulez-vous-devenir-dosimetriste/.

19 décembre 2012 et 25 février 2013, en relatant ces dysfonctionnements dans le détail.

Toutefois, le 2 décembre 2013, elle a subi un choc traumatique, constaté par son médecin traitant, lorsqu'elle a été informée de sa mutation d'office dans un autre service. Le 29 janvier et 21 mai 2014, le directeur général du CHU l'a placée en congé de maladie ordinaire à demi-traitement à compter du 1er décembre 2013, refusant, par une décision du 20 octobre 2015, de reconnaître l'imputabilité au service de l'accident du 2 décembre 2013 et de ses suites.

La requérante demande au tribunal d'annuler les décisions du 29 janvier 2014, du 21 mai 2014 et du 20 octobre 2015 et de condamner l'hôpital à lui verser une indemnité de 350 452 euros pour le préjudice subi du fait de l'illégalité des décisions et en conséquence des fautes commises par l'établissement en refusant de lui accorder la protection statutaire qui lui est due, notamment en sa qualité de lanceur d'alerte.

Le tribunal, citant l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 qui a trait notamment à l'indemnisation du fonctionnaire victime d'un accident de service, reprend la formule classique en la matière : « *Considérant qu'un accident survenu sur le lieu et dans le temps du service, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice par un fonctionnaire de ses fonctions ou d'une activité qui en constitue le prolongement normal présente, en l'absence de faute personnelle ou de toute autre circonstance particulière détachant cet avènement, le caractère d'un accident de service* ».

Si l'accident s'est bien produit sur le lieu et dans le temps du service, hypothèse qui pose le moins de difficulté pour reconnaître la qualification d'accident de service, reste à déterminer s'il est bien imputable à l'administration. En l'espèce, il est survenu lorsque la requérante a été informée de sa mutation, le médecin chargé d'émettre un avis médical sur la brutale dégradation de son état de santé a estimé le 9 octobre 2014 qu'elle avait présenté une réaction émotionnelle adaptative en lien avec un évènement administratif dans un contexte de confit ancien, tandis que la commission de réforme, chargée de l'examen de l'affaire le 24 septembre 2015, n'a pu dégager de majorité pour ou contre la reconnaissance de l'imputabilité au service. Enfin, l'examen du dossier ne révèle pas de circonstances particulières ni de fautes personnelles de l'agent susceptibles de détacher cet accident du service. C'est donc à tort que la requérante a été placée en congé de maladie ordinaire à demi-traitement, le CHU devra donc la placer à compter du 2 décembre 2013 en situation de congé maladie à plein traitement inhérent au régime des accidents de service et donc, lui verser des rappels de traitement.

L'imputabilité au service d'un accident tel qu'il est survenu en l'espèce n'est pas, en soi, originale, dans la mesure où a pu être regardée comme non détachable du service la crise d'angoisse d'un fonctionnaire, survenue sur son lieu de travail, dans un contexte de relations conflictuelles avec sa hiérarchie[682]. En revanche, lorsqu'aucun lien ne peut être établi entre l'accident et le service, le Conseil d'État a pu se montrer plus sévère, notamment dans le cas d'un malaise cardiaque survenu pourtant sur le temps et le lieu de travail[683].

Le tribunal administratif se penche ensuite sur la demande indemnitaire de la requérante. Celle-ci a alerté, depuis 2010, de manière régulière ses supérieurs hiérarchiques des dysfonctionnements majeurs affectant son service et de nature à porter gravement atteinte à la sécurité des patients. Sans réponse à des lettres adressées les 19 décembre 2012 et 25 février 2013, elle a informé l'agence régionale de santé Océan indien le 29 mars 2013, celle-ci décidant de mener des investigations supplémentaires les 23 et 24 avril 2013, mettant en évidence des insuffisances en termes d'organisation et de fonctionnement. Ces insuffisances ont conduit l'agence à suspendre, dès le 27 mai, l'ensemble des activités de radiothérapie externe, de curiethérapie et de scanographie de l'établissement pendant plusieurs mois, jusqu'à ce qu'elles aient cessé.

Or, la requérante a subi, postérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 1351-1 du code de la santé publique (relatives aux lanceurs d'alerte), des mesures discriminatoires, prenant la forme notamment de mentions négatives au titre de son évaluation professionnelle de l'année 2013 alors que jusque-là, elle n'avait reçu que des mentions élogieuses. En outre, elle a été invitée à rejoindre sa nouvelle affectation dès le 3 décembre 2013, lors de son retour d'un arrêt de travail, sans avoir été mise à même de discuter du bien-fondé de la mesure d'évincement de ses fonctions de dosimétriste, cette mesure n'étant pas justifiée par l'intérêt du service. Enfin, ayant été victime d'un accident le 3 décembre, la requérante a été confrontée au refus répété de son employeur de lui accorder le bénéfice du régime d'accidents de service, en méconnaissance de la protection dont elle aurait dû bénéficier en tant que lanceur d'alerte.

Si les faits de harcèlement moral et de méconnaissance du droit de retrait invoqués ne sont pas assez caractérisés en l'espèce, la faute commise par le CHU en méconnaissance de l'article L. 1351-1 du code de

[682] TA Paris, 22 mai 2014, req. n° 1015847, confirmé par CAA Paris, 31 décembre 2015, *Société Orange*, req. n° 14PA03160.
[683] CE, 30 décembre 2002, *Olivier*, req. n° 220909.

la santé publique est, par elle-même, de nature à engager la responsabilité de l'établissement.

La requérante bénéficiera donc de rappels de traitement. En revanche, il n'est pas établi qu'elle ait subi un préjudice de carrière ni que puisse être imputé au CHU un préjudice matériel du fait de la reconversion professionnelle qu'elle a estimé devoir entreprendre.

Le préjudice moral est reconnu, dans la mesure où la requérante a subi des mesures discriminatoires portant atteinte aux droits qu'elle tient de sa qualité de lanceur d'alerte et où le CHU a nié son droit à bénéficier du régime des accidents de service. Une somme de 20 000 euros lui sera donc allouée par le CHU.

Le statut de lanceur d'alerte, reconnu à la requérante dans cette affaire, a connu plusieurs évolutions ces dernières années. Si le droit français semble s'être montré, pendant longtemps, réticent à accorder une protection aux individus dénonçant des faits ou des agissements illicites, il se caractérisait, en outre, par une fragmentation ayant pour résultat une grande complexité quant à l'identification des textes applicables et de la protection accordée. La requérante étant employée dans la fonction publique hospitalière, c'est l'article L. 1351-1 du code de la santé publique, résultant de la loi du 16 avril 2013 qui avait vocation à lui accorder une protection contre toute mesure discriminatoire prise à son encontre en conséquence de la dénonciation des dysfonctionnements qu'elle avait constatés dans son service. Aux termes de cet article, *« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives ».* En sus d'un éclatement des dispositions relatives aux lanceurs d'alerte selon le corps concerné, la matière pâtissait d'une absence de définition claire de la notion de lanceur d'alerte. Selon l'association Transparency internationale, il s'agit du « *geste d'un individu, témoin d'un acte illégal, illicite ou dangereux pour autrui, touchant à l'intérêt général, et qui décide d'alerter les instances ayant le pouvoir d'y mettre fin* »[684]. C'est finalement la toute récente loi du 9

[684] Définition de l'association Transparency international France. Voir L. BENAICHE, « le droit de l'alerte en France », *les tribunes de la santé* 2014/4, (n° 45), p. 79-98,

décembre 2016, dite Sapin II[685] qui est venue, en abrogeant l'article précité du code de la santé publique[686], définir clairement le lanceur d'alerte comme *« une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »*[687]. Le sujet demeurant sensible, gageons que le contentieux des lanceurs d'alerte connaîtra un avenir fructueux.

Droit des collectivités territoriales – droit de la fonction publique – protection fonctionnelle du maire – responsabilité pénale du maire – faute personnelle

Tribunal administratif de la Réunion, 31 mars 2016, *M. R. c/Commune de Petite-Île*, req. n° 1500445

Romuald Sevagamy, Doctorant en droit public à l'Université de Montpellier

Mis en lumière dans un rapport officiel de 1999[688], le phénomène de la pénalisation de la vie publique n'a cessé de croître au cours de ces trois dernières décennies. Or, à la différence des fonctionnaires[689], aucun texte ne reconnaissait aux élus locaux le bénéfice de la protection fonctionnelle. Bien que le juge administratif comblât en partie cette

spéc. p. 79. Le Conseil de l'Europe le définit comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé ».

[685] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[686] Article 15 de la loi du 9 décembre 2016 préc.

[687] Article 6 de la loi du 9 décembre 2016 préc.

[688] J. MASSOT, (dir.) *La responsabilité pénale des décideurs publics : rapport au Garde des Sceaux,* 16 déc. 1999, Doc. fr., coll. « Rapports officiels ». Pour des statistiques récentes sur les condamnations des élus locaux, voir Observatoire SMACL, *Le risque pénal des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux*, Rapport annuel 2015.

[689] Conformément à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

lacune par la reconnaissance d'un principe général du droit [690], la protection des élus locaux *« souffrait alors d'une double carence »*[691]. En effet, *« elle leur était reconnue uniquement par quelques jurisprudences isolées et ne visait pas les procédures pénales qui pouvaient les incriminer, qu'ils soient victimes ou coupables »*[692].

Remédiant à cet état du droit insatisfaisant, la loi dite *« Fauchon »* du 10 juillet 2000[693] imposa aux collectivités territoriales de protéger leurs élus poursuivis pénalement à raison de faits non détachables de l'exercice de leurs fonctions[694]. Parce qu'elle permet notamment la prise en charge des frais de justice relatifs aux poursuites pénales visant l'élu, la protection fonctionnelle représente ainsi un enjeu financier indéniable. Aussi, le refus d'accorder cette protection fait régulièrement l'objet de contentieux, tel le jugement du 31 mars 2016 rendu par le Tribunal administratif de la Réunion.

En l'espèce, le maire de la commune de Petite-Île avait été visé en 2013 par une plainte de deux agents communaux pour des faits de harcèlement moral. Le conseil municipal, par une délibération du 29 juin 2013, décida d'accorder au maire le bénéfice de la protection fonctionnelle. Celle-ci permit le financement par le budget de la commune, des frais de justice engagés pour assurer la défense de l'élu. Puis, le jugement du 23 janvier 2014 rendu par le tribunal correctionnel de Saint-Pierre déclara le maire coupable de harcèlement moral et le condamna en outre à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à 5000 euros d'amende. Cette condamnation fut enfin confirmée en appel le 18 décembre 2014 par un arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis, laquelle aggrava la peine d'emprisonnement en la portant à 10 mois.

---

[690] CE 5 mai 1971, n° 79494, *Gillet*, Lebon p. 324. Le juge consacre un principe général du droit en vertu duquel la commune a l'obligation de couvrir le maire des condamnations civiles prononcées contre lui sous réserve qu'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions ne lui soit pas imputable.

[691] B. NURET, « Protection fonctionnelle des élus locaux et protection statutaire des agents : spécificités et convergences », *RFDA*, 2013, p. 271

[692] B. NURET, *idem.*

[693] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Le Code général des collectivités territoriales (CGCT) consacre ainsi la protection fonctionnelle des élus locaux aux articles : L. 2123-34 (concernant le maire), L. 3123-28 (concernant le président du Département), L. 4135-28 (concernant le président de Région).

[694] La protection fonctionnelle des élus locaux fut ensuite complétée par les lois n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité et n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

Le conseil municipal, par une délibération du 18 février 2015, refusa alors d'accorder au maire, réélu en mars 2014, la protection fonctionnelle en vue de couvrir les frais de justice liés à la procédure d'appel et au pourvoi en cassation. Se posait alors la question de savoir si le conseil municipal pouvait légitimement refuser de renouveler le bénéfice de la protection fonctionnelle au maire. Le Tribunal administratif de la Réunion y répondit positivement en deux temps.

D'une part, il estime que la protection fonctionnelle accordée au maire par la délibération du 29 juin 2013 du conseil municipal ne visait explicitement que la procédure de première instance. En conséquence, le maire ne pouvait donc pas être implicitement protégé pour les autres procédures judiciaires. Ce faisant, *« le conseil municipal de Petite-Île n'a pas retiré une décision individuelle créatrice de droits, mais a statué sur la nouvelle demande de protection fonctionnelle qui lui était soumise »*[695]. D'autre part, le juge administratif confirme la légalité de la délibération du 18 février 2015 au regard de l'article L. 2123-34 du CGCT, car les faits de harcèlement moral commis par le maire constituaient une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions.

Sur le champ d'application de la protection fonctionnelle. Le Tribunal administratif de La Réunion a logiquement limité la protection fonctionnelle à la procédure de première instance[696]. En effet, la protection d'un élu local devrait être décidée compte tenu des circonstances de faits et de droit les plus récentes. Dès lors, la première délibération du conseil municipal de Petite-Île aurait été contestable si la protection fonctionnelle avait été accordée au maire pour l'ensemble des procédures pénales sans que ses condamnations en première instance et en appel ne soient prises en compte.

Sur la qualification de la faute. Dans la mesure où elle conditionne directement le bénéfice de la protection fonctionnelle, la qualification de la faute s'avère déterminante. C'est pourquoi, dans un arrêt rendu le 30 décembre 2015, le Conseil d'État a pris le soin de préciser la notion de faute personnelle dans le cadre de l'octroi de la

---

[695] Cons. 3, TA de Saint Denis de la Réunion, 31 mars 2016, *M. R c/Commune de Petite-Île*, req. n° 1500445

[696] Sur ce point, la position du Tribunal administratif de la Réunion s'aligne sur une jurisprudence constante en ce qui concerne les fonctionnaires et les agents publics. Voir par exemple, CAA de Paris, 3 février 2015, *M. D c/Commune de Souppes sur Loing*, req. n° 14PA01512 : *« il ne résulte d'aucun texte, ni principe général du droit, que la décision d'accorder la protection fonctionnelle soit créatrices de droit pour l'ensemble des procédures pénales, notamment les procédures d'appel et de cassation, concernant un fonctionnaire ou un agent public »*

protection fonctionnelle à un élu local. Cette faute peut être constituée par trois types de faits. Sont concernés, les faits révélant *« des préoccupations d'ordre privé »*[697], ceux procédant *« d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques »,*[698] mais aussi les faits d'une particulière gravité *« eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis »*[699]. Étant précisé que le juge administratif n'est lié ni par la qualification de la faute retenue par le juge pénal ni par le caractère intentionnel des faits en cause.

En l'espèce, la qualification de la faute par le Tribunal administratif de la Réunion aurait gagné à être explicitée. Certes, le harcèlement moral peut difficilement s'analyser en une faute qui ne serait pas détachable de l'exercice des fonctions de maire, telle une négligence dans l'application de certaines règles. Toutefois, outre les motifs des condamnations rendues en première instance et en appel, le jugement ne fait mention des autres éléments pris en compte pour qualifier la faute. Surtout, à la lumière de la nouvelle grille de lecture posée par le Conseil d'État, il serait souhaitable que le juge précise le type de faits à l'origine de la faute personnelle afin de clarifier au mieux cette notion-clé. D'autant qu'en raison du coût de la protection fonctionnelle pour les finances locales, le juge administratif se révèle ainsi être l'*« ultime garant de l'exigence constitutionnelle de bon usage des deniers publics »*[700].

Licenciement – agent contractuel – emploi fonctionnel - perte de confiance – discrimination

Tribunal administratif de La Réunion, 17 mars 2016, *M. R. c/ CIREST*, req. n° 1400644.

Victor Margerin, Docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

À la lecture du présent jugement, il ne saurait décidément être contesté que la gestion publique des ressources humaines diffère de sa consœur privée.

---

[697] CE, 30 décembre 2015, *M. B c/Commune de Roquebrune-sur-Argens*, req. n° 391800. M. YAZI-ROMA, *« Les obstacles manifestes à la protection fonctionnelle de l'élu pénalement mis en cause », AJCT*, 2016, p. 163.
[698] CE, 30 décembre 2015, *idem.*
[699] *Ibid.*
[700] J.-B CHEVALIER, « Le point sur... la protection fonctionnelle des élus locaux », *AJCT*, 2016, p. 566.

S'il apparaît que la perte de confiance peut, en droit de la fonction publique, justifier l'éviction d'un agent contractuel occupant un emploi fonctionnel[701], le droit du travail apprécie quant à lui plus strictement cette dernière. Malgré la prédominance de l'*intuitu personae* dans le contrat de travail [702], la Haute Juridiction judiciaire retient, de jurisprudence constante, que *« la perte de confiance ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs ; seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement »*[703].

Néanmoins, la jurisprudence judiciaire met en relief certaines hypothèses où la révocation d'un salarié pourra être justifiée par une telle perte de confiance. Pour autant, il ne saurait être question de licenciement, mais bien, dans la grande majorité des cas, d'une révocation d'un mandat social[704].

La comparaison ainsi établie dans la rupture de la relation de travail pour perte de confiance mettrait-elle à jour une analogie entre le mandat social exercé par un salarié et le poste fonctionnel occupé par l'agent contractuel ? Au risque de surprendre, nous pensons que oui et c'est ce que nous entendons démontrer ci-après.

L'intuitu personae et l'emploi fonctionnel. – Les dispositions statutaires de la fonction publique territoriale, à l'instar des autres, prévoient explicitement qu'un emploi permanent doit en principe être pourvu par un fonctionnaire titulaire[705]. Néanmoins, il apparaît également que les postes de directeur général des services, de directeur général adjoint des services, de directeur général des services techniques, et de directeur général de certains établissements publics, peuvent être pourvus par recrutement direct[706]. Le même texte prévoit cependant que l'accès contractuel à ces emplois n'entraîne pas titularisation. Par essence, ces

[701] Art. 53, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
[702] Voir V. MARGERIN, « La reprise des contrats de travail sous le prisme des marchés publics », Thèse droit privé, Université de La Réunion, 2016.
[703] Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341 P : *D.* 2002, p. 921, obs. GARDIN ; *RJS*, 2001, p. 689, n° 999 ; *JS Lamy* 2001, n° 84-2 ; Cass. Soc. 13 janvier 2004, n° 01-47.178 P : *RJS* 2004. 277, n° 392.
[704] J.-Ph. DOM, « La perte de confiance dans le salarié de la société mère justifie sa révocation en tant que directeur général de la filiale », note sous Cass. Com. 12 juin 2007, *Bel c/Sté CEBTP* : *Rev. Sociétés* 2008, p. 124.
[705] Art. 41, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.
[706] Art. 47, loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

postes nécessitent des liens directs, de confiance, avec le représentant du pouvoir exécutif de la collectivité. C'est à l'interrogation de ce qu'il devait advenir de ce contrat à l'occasion du changement de représentant de l'organe exécutif que le Tribunal de céans s'est intéressé.

En l'espèce, le requérant avait été nommé directeur général des services de la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) - établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 80 000 habitants – pour une durée de cinq ans, le 17 octobre 2011.

Par une décision du 29 avril 2014, le président de l'EPCI prononce le licenciement du requérant au motif d'une rupture du lien de confiance. Monsieur R. este alors près le Tribunal administratif aux fins de voir déclarer illégale la décision de licenciement prise à son encontre, sans pour autant en demander l'annulation, ainsi que de voir réparer son préjudice.

Erreur manifeste d'appréciation ou discrimination ? – La juridiction administrative rappelle justement dans le présent jugement la portée de l'arrêt *Broulhet*[707], à savoir que *« le fait pour le directeur général des services de s'être trouvé placé dans une situation ne lui permettant plus de disposer, de la part de l'autorité territoriale, de la confiance nécessaire au bon accomplissement de ses missions peut légalement justifier qu'il soit, pour ce motif, déchargé de ses fonctions »*.

Toutefois, comme toute décision administrative individuelle défavorable, la décision de licenciement du directeur général des services doit nécessairement être motivée[708]. À ce titre, la juridiction souligne *« qu'il appartient au juge de contrôler notamment si l'appréciation portée par la collectivité territoriale sur le comportement de l'intéressé n'est pas entachée d'une erreur manifeste »*.

Il ressort de l'instruction menée par le juge administratif que *« cette mesure d'éviction est intervenue dans le contexte du changement de présidence de la CIREST consécutif aux élections communales et communautaires de mars 2014* […] *»*. Le licenciement n'est donc intervenu qu'en raison de l'opposition politique entre le nouveau président et le requérant, directeur général des services recruté par le précédent président.

---

[707] CE, 7 janvier 2004, req. n° 250616, *Lebon* ; *AJFP*, 2004. 161 ; *AJDA*, 2004, p. 825, note E. AUBIN.

[708] Art. L211-2 et s. code des relations entre le public et l'administration.

À ce titre, il convient de souligner que la Cour administrative d'appel de Paris a récemment jugé [709], dans le cadre d'un emploi fonctionnel, que le changement de majorité dans la collectivité n'induit pas à lui seul la perte de confiance.

Bien qu'il ne puisse être contesté qu'une collectivité, un EPCI ou tout autre organe ou satellite de l'État sont nécessairement composés de manière fluctuante au gré des vents politiques, le juge du plein contentieux fait ici, à notre sens, montre d'une certaine souplesse en ne retenant que l'erreur manifeste d'appréciation. Qui plus est au vu des éléments ressortant de sa propre instruction.

L'appréciation variable de la perte de confiance. – Dans l'arrêt de la CAA de Paris citée auparavant, le juge administratif retient en substance qu'un agent contractuel occupant un emploi fonctionnel ne peut être évincé de son poste pour la seule raison qu'il occupait ce poste dans la précédente administration. Si l'attachement politique de cet agent à la précédente mandature était tel qu'il accablerait la nouvelle tendance politique - et sachant en outre que son contrat ne lui donne aucun droit à titularisation - il ne fait nul doute que ce dernier démissionnerait eu égard au caractère *intuitu personae* de son contrat.

L'enseignement de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris est en cela riche de sens. Les juges retiennent en effet que *« cependant, la Polynésie française se borne à invoquer ce changement de gouvernement sans faire état du moindre élément de nature à établir qu'il était susceptible, pour le nouveau gouvernement, d'entraîner une perte de confiance en M.A* [le requérant], *alors que ce dernier soutient, sans que cette affirmation soit contredite* […], *qu'il était prêt à conduire la politique du gouvernement sans aucune difficulté* […] *»*.

Il convient de souligner que cette possibilité est également reconnue en droit du travail par le biais de l'insertion d'une clause de conscience[710], également applicable à l'occasion d'un mandat social[711].

L'*intuitu personae* est caractérisée, dans l'un et l'autre cas, en droit privé comme en droit public, par la relation du contractant avec son

[709] CAA Paris, 23 juin 2016, req. n° 14PA03843 : *AJFP*, 2017, p.12.
[710] Cass. Soc., 26 janvier 2011 : *Dalloz actualité*, 21 février 2011, obs. PERRIN ; *D.*, 2011, p. 453 ; *ibid*. 2012, p. 901, obs. LOKIEC et PORTA ; *Dr. soc*., 2011, p. 465, obs. MAZEAUD ; *RDT*, 2011, p. 175, obs. J. PELISSIER ; Cass. Soc. 10 avril 2013 : *Dalloz actualité*, 14 mai 2013, obs. SIRO ; *D.*, 2013. Actu 1009 ; *RDT*, 2013, p. 401, obs. TOURNAUX ; *JS Lamy*, 2013, n° 344-3, obs. HAUTEFORT ; *JCP S*, 2013, p.1302, obs. DUMONT.
[711] Cass. Soc., 08 juillet 2009, n° 08-41.589.

employeur. Si ce dernier change, la nature du poste offre alors au premier la possibilité de quitter son emploi. Et toute la nuance est là puisqu'il ne s'agit que d'une possibilité et non d'une obligation.

Partant, il convient à notre sens d'élargir au droit de la fonction publique la jurisprudence selon laquelle la perte de confiance ne saurait suffire à elle seule à justifier le licenciement d'un salarié – ou d'un agent public, fût-il en charge d'un emploi fonctionnel.

Il découle donc que le licenciement d'un agent public contractuel en raison de sa seule appartenance à la précédente mandature doit être regardé comme discriminatoire.

Licenciement et convictions politiques. – Afin de parfaire notre démonstration, il convient à notre sens de reprendre les conclusions de madame Pascale Fombeur, rapporteur public dans l'affaire *Casanovas*[712]. Dans ses écritures, Madame Fombeur ne manque pas de revenir sur le devoir de recherche du juge dans de pareilles espèces.

Était ainsi contestée *« l'erreur de droit qu'aurait commise le juge des référés en considérant qu'une décision mettant fin aux fonctions d'un agent public n'est pas par elle-même, et, quels qu'en soient les motifs, de nature à porter atteinte à une liberté fondamentale ».* À ce titre, madame le rapporteur public retient que *« nous croyons effectivement que vous ne pouvez vous limiter à l'examen de l'objet apparent d'une mesure, mais que vous devez rechercher sa portée réelle, laquelle peut être relevée par ses motifs. […]. Or si le licenciement d'un agent public a pour conséquence directe de priver cet agent de son emploi, il peut également porter atteinte à une liberté fondamentale ».*

Lesdites conclusions ont été partagées par le Conseil d'État, mais n'ont pas conduit à la reconnaissance de la violation d'une liberté fondamentale du requérant, agent public licencié en raison de son inaptitude.

À l'inverse, le licenciement d'un agent public prononcé quelques jours après les élections en raison de son appartenance à un mouvement politique différent de celui des nouveaux élus a été reconnu comme étant

[712] P. FOMBEUR, conclusions sur CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, n° 229163 : *Lebon* 107 ; *RFDA*, 2001, p. 399, concl. FOMBEUR ; *AJDA*, 2001, p. 971, note LEGRAND et JANICOT.

discriminatoire et attentatoire à une liberté fondamentale[713] – à savoir la liberté de conscience et d'opinions[714].

En définitive, bien qu'ayant effectivement abouti à la condamnation de l'EPCI, le présent jugement rendu par le Tribunal administratif de la Réunion fait, à notre sens, fi de toute autre considération qu'il lui appartenait pourtant de qualifier.

10.9. RESPONSABILITÉ

Responsabilité. – Faute simple - Activité fiscale. – Préjudice matériel

Tribunal administratif de La Réunion 17 mars 2016, *M. et Mme P. c/ État*, req. n° 1201110

Rémi Radiguet, Enseignant-chercheur à l'Université de Perpignan Via Domitia

« *Il y a deux choses inadmissibles sur terre : la mort - et les impôts. Mais j'aurais dû citer en premier les impôts* ». Sacha Guitry

Quelle que soit l'opinion que l'on peut avoir sur le bien-fondé de l'imposition, se délester d'une partie de sa fortune pour participer à la solidarité nationale a un goût des plus amers quand la somme prélevée est le fruit d'une erreur de l'administration fiscale.

En l'espèce, M et Mme P, associés exclusifs de la SARL SBTP ont acquis une maison d'habitation relevant du patrimoine de leur société. L'administration fiscale a remis en cause le prix de cession en considérant qu'il s'agissait d'un acte anormal de gestion. En conséquence elle a assujetti la SARL SBTP à un rappel d'impôts sur les sociétés et M. et Mme P à des rappels d'impôts sur le revenu fondés sur la remise en cause du prix d'acquisition de la villa. Saisi par les époux P, le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion a considéré par un jugement du 26 mars 2015 devenu définitif que l'administration avait à tort considéré que la cession de la villa était constitutive d'un acte anormal de gestion. Fort de ce jugement, les époux P ont demandé au Tribunal administratif de condamner l'État à leur verser la somme de 300 000 euros en réparation des préjudices matériels et moraux que leur a causé le

[713] CE, 08 juillet 1991, *Amato*, req. n° 80145 : *Lebon T.* 1022.
[714] Art. 10 DDHC.

comportement fautif de l'administration fiscale. Le juge administratif fait droit à la demande des époux P en reconnaissant la responsabilité de l'administration et en accordant la somme totale de 800 euros.

Cette décision est une application de la décision Krupa[715] dans laquelle la Haute juridiction administrative consacrait l'abandon de la faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en raison d'opérations se rattachant à l'établissement ou au recouvrement de l'impôt. À cet égard, le juge administratif reprend *in extenso* le considérant de principe dégagé par le Conseil d'État et selon lequel « *une faute commise par l'administration lors de l'exécution d'opérations se rattachant aux procédures d'établissement et de recouvrement d'impôt est de nature à engager la responsabilité de l'administration à l'égard du contribuable si elle lui a directement causé un préjudice ; qu'un tel préjudice, qui ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt, peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration et, le cas échéant, des troubles dans ses conditions d'existence dont le contribuable justifie ; que le préjudice invoqué ne trouve pas sa cause directe et certaine dans la faute de l'administration si celle-ci établit soit qu'elle aurait pris la même décision d'imposition si elle avait respecté les formalités prescrites ou fait reposer son appréciation sur des éléments qu'elle avait omis de prendre en compte, soit qu'une autre base légale que celle initialement retenue justifie l'imposition ; qu'enfin l'administration peut invoquer le fait du contribuable ou, s'il n'est pas le contribuable, du demandeur d'indemnité comme cause d'atténuation ou d'exonération de sa responsabilité* ». Il en fait ensuite application au cas d'espèce.

La reconnaissance de la faute simple peut se déduire de l'illégalité d'un acte dont le jugement du 26 mars 2015 atteste. Il s'agit d'ailleurs du seul fait fautif retenu par le tribunal administratif. D'une part, les faits évoqués relatifs à « *la tentative de chantage dont ils furent victime en 2007* » ne sont pas imputables à un agent de l'administration et d'autre part, « *il n'est pas établi que les actes émis par l'administration en 2011 et 2012 eu vue du recouvrement des sommes […] aient été édictés dans des circonstances de nature à révéler un acharnement administratif des services de l'État* ». Il n'y a donc pas de faute de service, mais cette absence de reconnaissance est indifférente à la résolution du litige dès lors que l'illégalité est considérée comme fautive et suffit à engager la responsabilité de l'administration.

[715] CE, 21 mars 2011, *Monsieur Krupa*, req. n° 306225, *RFDA*, 2011, concl. C. LEGRAS, *AJDA*, 2011, p. 1278, note F. BARQUE ; *RFDA*, 2011, p. 340.

La faute étant reconnue, encore faut-il remplir les conditions générales de responsabilité que sont l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité direct entre l'illégalité reconnue par le juge administratif et ledit préjudice pour obtenir indemnisation. Or, en matière de responsabilité pour faute des services fiscaux, le juge administratif exige que « le préjudice ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt », mais « peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration », ce qui sous-entend que le requérant devra faire la démonstration de l'existence d'un préjudice matériel.

À ce titre, les requérants évoquent le préjudice matériel constitué par les garanties qu'ils ont dû constituer et par l'avis à tiers détenteur adressé à leur banque, mais ils sont rejetés par le juge administratif au motif que les requérants « n'apportent aucun élément permettant d'apprécier l'incidence concrète de la constitution de garantie et de l'avis à tiers détenteur sur leurs capacités financières ». La formule interroge, car « les capacités financières » des requérants sont distinctes de l'existence du préjudice matériel et si l'avis à tiers détenteur a généré des frais pour les requérants, ceux-ci devraient être pris en compte pour l'indemnisation au titre des frais occasionnés par les procédures de recouvrement, ce que de toute évidence les requérants ne démontrent pas.

Plus étonnant est la prise en compte par le juge administratif du préjudice matériel occasionné par les frais d'avocat, car il existe un dispositif spécifique d'indemnisation des frais irrépétibles prévus par l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En l'espèce le juge administratif accorde une indemnisation à hauteur de 6 000 euros pour les frais d'avocat engagés en prenant soin de ne pas inclure « ceux déjà pris en compte » au titre du premier jugement tout en accordant en sus, 1 500 euros au titre des frais irrépétibles.

Cette articulation entre préjudice matériel et frais irrépétibles a de quoi surprendre et on est en droit de s'interroger sur le fait de savoir pourquoi le juge administratif n'a pas mobilisé entièrement le dispositif prévu par l'article L. 761-1 du code de justice administrative. D'autant plus que le jugement encourt la censure si l'on s'en tient à un arrêt du Conseil d'État du 16 avril 2012 qui prévoit que les frais de justice exposés en conséquence directe d'une faute de l'administration peuvent être indemnisés seulement s'ils ne l'ont pas été en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative[716].

[716] CE 16 avril 2012, *Mme A,* req. n° 311308, *AJDA*, 2012, p. 852.

La réponse est probablement à rechercher dans le fait qu'en l'absence de préjudice matériel reconnu, il lui était impossible d'engager la responsabilité administrative de l'État et donc d'indemniser de quelque manière les époux P. Le juge administratif aurait-il donc fait donc preuve d'une certaine mansuétude à l'égard de requérants maladroits qui ont fait les frais d'une administration particulièrement capricieuse ? On peut le penser au vu notamment de la reconnaissance du préjudice moral dans cette affaire dont le montant accordé est de 2 000 euros.

En affirmant dans son considérant de principe que « le préjudice peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration et, le cas échéant, des troubles dans ses conditions d'existence dont le contribuable justifie », le Conseil d'État ouvre l'indemnisation à des préjudices autres que matériels dès lors que le requérant démontre que la décision a causé des troubles dans ses conditions d'existence. Aussi, la Cour administrative d'appel de Nancy a pu dans un arrêt du 2 juin 2016 ne retenir que le préjudice moral causé à l'intéressé du seul fait de l'émission d'un avis à tiers détenteur et attribuer une indemnité globale de 3 000 euros[717]. Le tribunal administratif de La Réunion aurait pu donc se fonder uniquement sur ce préjudice moral pour octroyer une indemnité tout en ne risquant pas la censure pour l'indemnisation d'un préjudice matériel pouvant l'être par la voie des frais irrépétibles. Or et si selon A. Oxenstiern « l'avocat purge la bourse, le médecin le corps et le confesseur la conscience », il ne revient pas au juge administratif d'alléger la conscience de l'administration en rétablissant partiellement la bourse des administrés qui en sont les victimes.

Responsabilité pour faute de l'État – Police administrative – Attaque de requin – Faute de la victime – Exonération totale de responsabilité de l'État

Tribunal administratif de La Réunion, 12 mai 2016, *Consorts B.*, n° 1400880.

Olivier DESAULNAY, professeur de droit public à l'Université de La Réunion

Entre juin 2011 et juillet 2013, sur l'île de la Réunion, ont eu lieu pas moins de onze attaques de requin parmi lesquelles figure celle dont a été victime, le 5 août 2012, M. F. B., alors qu'il pratiquait le surf sur le spot dit de la gauche de Saint Leu. Grièvement blessé, il a intenté devant le Tribunal

[717] CAA Nancy, 2 juin 2016, *M. F… A*, req. n° 15NC00810.

administratif de Saint Denis une action en responsabilité pour faute de l'État du fait de la carence supposée de l'autorité préfectorale dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative. Cette requête en réparation est rejetée sur le fond, le juge ayant considéré que le dommage était imputable à la seule imprudence du demandeur sans qu'il soit nécessaire *« de prendre position sur le caractère suffisant ou non, à la date de l'accident, des mesures qui avaient été prises par le maire de Saint Leu et le préfet de La Réunion en vue de limiter le risque requin »*.

L'action en réparation s'inscrit dans les circonstances particulières et tragiques d'une recrudescence des attaques de requin sur l'île qui touchent autant les pratiquants d'activités de glisse que de simples baigneurs aux abords directs du rivage. Il n'était donc pas totalement illégitime de considérer que les autorités publiques en charge de la préservation de la sécurité publique dans les zones balnéaires pourraient avoir manqué à leur obligation légalement établie d'agir face à ce *« risque requin »* désormais avéré, prévisible et pressant.

Le jugement rappelle d'ailleurs, en préalable, la teneur des pouvoirs de police de chacune des autorités compétentes. Le maire, en vertu des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), doit déterminer les mesures adaptées pour assurer sur le territoire de sa commune la sécurité des usagers des lieux de baignades et d'activités nautiques sportives ou de loisir tel que le surf. Le préfet se doit également d'agir à un double titre : d'une part, en vertu de l'article L. 2215-1 CGCT pour prendre des mesures excédant le territoire d'une commune ou en cas de carence de l'autorité municipale, et, d'autre part, en vertu des pouvoirs donnés au préfet par le décret du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion. Le jugement poursuit en faisant référence aux divers arrêtés municipaux et préfectoraux qui s'attachaient à classer le lieu de l'attaque comme une zone dangereuse de baignade et de pratique de sports nautiques « aux risques et périls » des pratiquants et ne bénéficiant d'aucune surveillance spécifique. Le juge note la présence sur le spot de panneaux informant les usagers sans toutefois faire mention, à cette époque, du risque spécifique d'attaque de requin.

Indépendamment de la spécificité des faits, il n'était donc question ici que de l'obligation pour l'autorité de police compétente de prendre des mesures adaptées dans le cas où, à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique, les mesures apparaissent comme indispensables pour faire cesser ce péril grave. La carence, dans ce contexte, apparaît comme l'insuffisance dans l'organisation des services publics, de leurs moyens matériels et humains constituant alors une violation d'une obligation

juridique d'agir dans le cadre d'une compétence liée. En somme, la carence dans l'exercice des pouvoirs de police constitue une illégalité et, *a fortiori*, une faute simple de nature à engager la responsabilité de l'État[718].

Le requérant pouvait nourrir quelques espoirs en s'appuyant sur l'ordonnance de référé liberté rendue en appel par le Conseil d'État[719] un après les faits et qui épinglait justement la carence des autorités publiques dans la gestion du risque requin. La Haute juridiction avait ainsi ordonné au préfet que la population soit plus largement informée des mesures d'interdiction de baignades et d'activités nautiques et des risques encourus en ne les respectant pas, par le biais notamment de signalisations adaptées. L'information autour du risque requin et des différentes mesures d'interdiction de baignade et de pratique de sports nautiques par les arrêtés municipaux et préfectoraux était donc jugée insuffisante au moment de la survenance du dommage du requérant. Il n'y avait donc qu'un pas à franchir pour considérer que l'insuffisance de la signalisation du risque d'attaque de requin sur les lieux de l'accident, constitutive d'une carence fautive de l'autorité préfectorale compétente, sans être évidemment la cause directe et certaine du dommage, avait néanmoins pu contribuer à sa réalisation en ne l'empêchant pas.

Toutefois, cet enchaînement est précisément repoussé par le jugement, la demande d'indemnisation ne pouvant pas prospérer en raison de la faute de la victime.

Il est, en effet, établi par une jurisprudence constante qu'en matière de responsabilité administrative délictuelle la faute de la victime est une cause d'exonération totale ou partielle de la responsabilité de la puissance publique. Les agissements de la victime peuvent dans certains cas rompre le lien de causalité entre le fait fautif et le dommage encouru. De sorte qu'il revient toujours au juge, saisi d'une demande en réparation, d'analyser précisément les circonstances de fait afin d'établir la part respective de responsabilité. Le juge appréciera notamment la nature et l'intensité du risque auquel s'expose le demandeur de par son activité, sa situation personnelle et sa connaissance acquise du risque au moment des faits.

---

[718] Par un arrêt du 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, le Conseil d'État a fait basculer dans le régime de la faute simple la carence fautive du maire qui ne prend pas, sur la base des dispositions de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales les mesures nécessaires pour faire cesser un trouble à l'ordre public. Confirmer par CE, avis sect. travaux publics, 29 juillet 2008, req. n° 381725. La solution vaut tout autant pour l'autorité préfectorale. V. F. MELLERAY, « Une faute simple suffit pour engager la responsabilité de l'Administration en matière de police administrative », *DA* 2009, comm. 109.

[719] CE, ord. 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c. Commune de Saint Leu*, req. n° 370902.

C’est donc à une appréciation circonstancielle du risque que se livre le juge administratif, permettant de dégager le moment à partir duquel le risque devient anormal parce qu’il révèle un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes. Cette normalité se caractérise par un aspect objectif, qui est le risque encouru lors de la pratique d’activités sportives, qui intrinsèquement, exposent le pratiquant aux éléments naturels et à la survenance de certains évènements. Ce premier aspect se conjugue ensuite avec un aspect plus subjectif, qui tient dans l’avertissement de la personne pratiquante de l’activité en cause. Autrement dit, était-elle en capacité de connaître les risques encourus de par son expérience et sa connaissance du milieu ? Partant, en dehors de cette situation caractérisée, le risque est anormal, comme ce fût le cas pour les attaques de simples baigneurs à proximité immédiate du rivage et qui avait conduit le juge des référés à ordonner en urgence en 2013 des mesures d’information plus précises. C’est bien la conjugaison d’une activité jugée à faible risque (la baignade à proximité du rivage) avec une connaissance réduite du milieu marin (un simple baigneur), qui avait permis au juge dionysien puis au Conseil d’État de caractériser l’urgence à intervenir face à un risque devenu inacceptable.

La distinction est donc clairement posée : d’un côté, l’activité sportive nautique comprenant une part élevée d’aléas auxquels s’expose volontiers le pratiquant expérimenté et, de l’autre, l’activité de baignade comprenant une part plus faible d’aléas et une connaissance acquise des dangers plus réduite. Seule la seconde situation, pour laquelle la survenance d’une attaque de requin est plus inacceptable, est susceptible d’ouvrir droit à réparation comme elle a pu justifier, en 2013, l’injonction de mesures matérielles d’information plus accrues et plus précises sur le risque requin de la part des pouvoirs publics.

Le jugement ne révèle pas autre chose en rappelant que la victime *« était un surfeur expérimenté et connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint Leu »* de sorte qu’il *« n’ignorait pas qu’en ce lieu, la baignade et la pratique du surf étaient, en application des mesures de police prises par le maire et par le préfet, des activités soumises à restriction et ne pouvant s’exercer qu’aux risques et périls des pratiquants »*, puis en insistant sur la *« connaissance du risque auquel (le requérant) s’exposait en pratiquant le surf en ce lieu et, plus encore, en prolongeant sa pratique à une heure avancée de la journée »*. Autrement dit, le juge considère, dans les circonstances de l’espèce, que le risque encouru est normal et prévisible pour un pratiquant expérimenté du surf qui s’y expose volontairement lorsqu’il brave l’interdit réglementaire matérialisé par des panneaux explicites. C’est ainsi que le juge peut, sèchement, mais fort logiquement, conclure au rejet de la demande en réparation, le requérant étant le seul et unique véritable responsable de son dommage.

Responsabilité pour faute – carence fautive – illégalité fautive – négligence - faute de la victime

Tribunal administratif de Mayotte, 21 janvier 2016, *Société Transport Posthume de Mayotte*, req. n°1400686.

Tribunal administratif de Mayotte, 22 décembre 2016, *M. L. A.*, req. n°1500009.

Tassadit YASSA, doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

Il est loin le temps où l'on considérait que l'État ne pouvait mal faire. Aujourd'hui le principe de responsabilité de l'État est unanimement admis et les régimes de responsabilité se sont multipliés. Au travers de deux jugements du tribunal administratif de Mayotte, l'occasion nous est donnée de revenir sur certains éléments du régime de responsabilité pour faute.

Dans la première espèce datée du 21 janvier 2016, il est question d'une société de pompes funèbres, la société Transport Posthume de Mayotte (TPM). Cette dernière a vu son activité concurrencée de 2008 à 2013 par la société Transport de Corps Mahorais (TCM) à qui ont été délivrées, par le Préfet, des habilitations portant sur l'activité de transport de corps avant et après mise en bière. L'illégalité de ces habilitations a été reconnue par une ordonnance du TA, mais également par le préfet lui-même auteur de l'acte. En effet, le gérant de la société TCM ne satisfait pas aux conditions fixées par la réglementation en matière de pompes funèbres. La société TPM a donc recherché la responsabilité de l'État, sur deux fondements.

D'une part, elle a cherché à faire engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'illégalité des habilitations délivrées à TCM. En effet la preuve de l'illégalité de l'acte emporte automatiquement celle de l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité administrative[720]. Cette responsabilité a été reconnue, le préjudice étant certain[721] et le lien de causalité direct[722].

[720] CAA Marseille, 7 févr. 2011, *Martini*, req. n° 08MA049442, *RFDA*, 2011, p. 581, concl. DELIANCOURT.
[721] CAA Bordeaux, 30 nov. 2006, req. n° 03BX00156, *AJDA*, 2007, p.215.
[722] CAA Bordeaux, 3 juill. 2003, *Cne de Saint-Denis-de-la-Réunion*, *AJDA*, 2003, p.1437, chron. BEC ; CE 12 mai 2004, *Sté Gillot*, req. n° 236834 ; CE 15 mai 2006, *Cne de Fayet*, *AJDA*, 2006, p. 2240, note JORION ; CE 25 oct. 2006, *Mme T.*,

D'autre part la société TPM a tenté d'engager la responsabilité de l'État pour carence. Le service extérieur des pompes funèbres relève de la compétence des communes [723] même si le préfet est compétent pour délivrer les autorisations de créations de chambres funèbres[724]. En cas de carence le préfet a obligation de se substituer [725] aux communes. Le requérant reproche donc au préfet de ne pas avoir usé de cette compétence et d'avoir à ce titre engagé sa responsabilité. Sans surprise ce moyen est rejeté par le tribunal administratif. En effet le pouvoir de substitution d'action du préfet n'engage que rarement la responsabilité de l'État, car l'engagement de cette dernière nécessite la preuve d'une faute lourde.[726]

Dans la seconde espèce datée du 22 décembre 2016, les requérants ont recherché la responsabilité de l'État suite au décès de leur mère, Mme S. A.. Cette dernière, ressortissante comorienne, s'est embarquée sur un *kwassa* afin de faire la traversée d'Anjouan à Mayotte en 2011. Après un voyage éprouvant de 3 jours, elle est arrivée le 29 mars au matin à Mayotte où elle a été prise en charge avec les autres rescapés par la gendarmerie et le PC-AEM puis retenue dans les locaux de la gendarmerie à Pamandzi où elle est décédée.

Un arrêt du 4 février 2014 a conclu au rejet de la responsabilité pénale des professionnels ayant participé à l'interception, au transport et à la surveillance de Mme S. A. Pourtant le tribunal administratif reconnaît la responsabilité de l'État en raison une négligence dans l'organisation de la prise en charge médicale lors du débarquement des rescapés. En effet aux vues des évènements qui se sont déroulés le 29 mars, un plan SECMAR [727] (SECours MARitime) sous le contrôle du CMS (Coordination Mission Sauvetage) aurait dû être mis en œuvre ce qui

---

AJDA, 2006, p. 2358 ; CE 28 oct. 2009, *Min. Transports, Équipement, Tourisme et Mer, Cne Le Rayol-Canadel c/ M. Therme*, req. n° 299753, *AJDA*, 2010, p. 168, note GILLI.

[723] Article L2223-19 et suivants du CGCT.

[724] Article R2223-74 du CGCT.

[725] Article L2215-1 du CGCT : « *Le représentant de l'État dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques*. »

[726] CE 25 juill. 2007, Sté *France Télécom et Sté Axa Corporate Solutions Assurance*, req. n° 283000, *Lebon* T. 707 ; *RLCT*, 2007, p. 24, obs. GLASER ; *Dr. adm.* 2008, n° 2, note DIEU.

[727] Pour plus d'informations sur le SECMAR : http://www.dm.sud-ocean-indien.developpement-durable.gouv.fr/l-organisation-secmar-r195.html (dernière consultation le 28/09/2017).

aurait conduit à une prise en charge médicale de la mère des requérants et donc potentiellement à l'évitement de son décès.

Cette responsabilité est cependant partagée. En effet comme le tribunal le rappelle, la victime « *s'était sciemment exposée à un risque important en faisant le choix de voyager* ». En effet, il est de jurisprudence constante que le fait de la victime peut être un motif d'atténuation de la responsabilité dès lors que ce fait a concouru à la survenance du préjudice[728].

10.11. POLICE ADMINISTRATIVE

Autorisation d'exploitation – Armes de catégories A et B – Réalité des troubles à l'ordre public

Tribunal administratif de La Réunion, 31 mars 2016, *Société Armurerie Cambaie*, req. n° 1401171.

Tassadit YASSA, doctorante en droit public à l'Université de La Réunion

En France, et depuis 2012[729], la réglementation des armes est scindée, n'en déplaise à l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la loi, entre le code de la défense et le nouveau code de la sécurité intérieure (CSI)[730] : « *au CSI les dispositions intéressant un public large, relatives aux catégories d'armes, aux règles d'acquisition, de détention et de port ainsi qu'à la fabrication et au commerce de détail ; au code de la défense les dispositions intéressant un public spécialisé, relatives à la fabrication, au commerce de gros et à l'exportation* »[731].

Elle repose sur une classification des armes en 4 catégories : d'une part les armes soumises à autorisation (soit des catégories A et B) et d'autre part les armes soumises à déclaration ou à enregistrement (soit des catégories C et D).

---

[728] CE, Sect., 7 mars 1980, *SARL Cinq-Sept et a.*, req. n° 03473, *Lebon* 130, concl. MASSOT.

[729] Loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.

[730] Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure et Décret n° 2013-1113 du 4 décembre 2013 relatif aux dispositions des livres Ier, II, IV et V de la partie réglementaire du code de la sécurité intérieure (Décrets en Conseil d'État et décrets simples).

[731] G. ODINET, « La refonte de la police des armes », *AJDA*, 2015, p. 96.

La fabrication et le commerce des armes de catégorie A et B sont donc soumis à autorisation en vertu de l'article 75 du décret de 2013, qui fonde la décision du Tribunal administratif de la Réunion du 31 mars 2016.

En l'espèce la société Armurerie Cambaie, déjà titulaire d'une autorisation portant sur les matériels de catégorie C et D depuis 2013, a sollicité en vain une autorisation de fabrication et de commerce de matériels de catégorie B en 2014. Cette autorisation, délivrée par le ministre de la Défense, peut être refusée « *lorsque sa délivrance est de nature à troubler l'ordre public* »[732].

Pour l'autorité de police, il existe un risque de trouble justifiant le refus. Il résulte de deux éléments : d'une part le caractère récent de l'établissement, d'autre part les doutes sur la sécurisation. En effet des locaux bénéficiant du même système de sécurité que l'armurerie ont fait l'objet de cambriolages.

Le tribunal administratif va censurer cette décision de refus en estimant que les motifs invoqués sont insuffisants. Elle enjoint donc le ministre de la Défense à se prononcer dans un délai de deux mois.

Cette injonction à se prononcer dans un délai de 2 mois soit avant juin 2016 évite ainsi à la société Armurerie de Cambaie de se confronter à la nouvelle procédure mise en place par le décret du 9 mai 2017[733] qui modifie la partie réglementaire du CSI. En effet c'est désormais le ministre de l'Intérieur qui est compétent pour la délivrance des autorisations de fabrication et de commerce des armes des catégories A1, B, C, et D[734].

[732] Article 75 du décret n° 2013-700 du 30 juillet 2013 portant application de la loi n° 2012-304 du 6 mars 2012 relative à l'établissement d'un contrôle des armes moderne, simplifié et préventif.
[733] Décret n° 2017-909 du 9 mai 2017 relatif au contrôle de la circulation des armes et des matériels de guerre
[734] Article R313-28 du CSI.

10.13. DROIT ÉLECTORAL

Assemblées délibérantes – EPCI – suffrage universel – organisation territoriale française

Tribunal administratif de Mayotte, 10 mars 2016, *Md.*, req. n° 1600059

Conseil d'État, 23 décembre 2016, req. n° 389744

Josselin Rio, doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

Le régime de désignation des assemblées délibérantes des établissements publics intercommunaux a changé en 2013[735]. Dans un objectif de légitimation de l'action des EPCI, le suffrage universel a été envisagé pour cet échelon territorial particulier[736]. L'élection au suffrage universel de cette nouvelle entité posait un grand nombre de questions pratiques et théoriques en ce qui concerne l'organisation territoriale française prévue par la Constitution[737].

La désignation des conseillers communautaires résulte, depuis la réforme de 2013 précitée, d'un système de fléchage présent sur les bulletins de vote. Ce fléchage organise alors une correspondance entre les listes communales et les listes communautaires pour les communes de plus de 1000 habitants. Pour celles en dessous de ce seuil, un autre mode de répartition est prévu[738].

Le législateur a alors opté pour la création d'une interdépendance des scrutins économisant ainsi une réponse aux questions théoriques et pratiques du mille-feuille administratif, mais également la somme de 120 millions d'euros qui aurait résulté d'un scrutin à part entière des EPCI[739].

---

[735] Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

[736] N. WOLFF, « L'élection au suffrage universel direct des représentants des EPCI. Les paradoxes de la légitimité », *AJDA*, 2011, p. 1120.

[737] *Ibid.*

[738] M. VERPEAUX, « Les nouvelles élections locales sont arrivées », *RFDA*, 2013, p. 116 : « *Le principe posé au nouvel article L. 273-11 de ce chapitre est simple : les conseillers communautaires sont les membres du conseil municipal désignés dans l'ordre du tableau. Ce dernier est déterminé, selon l'article R. 2121-2 CGCT, en respectant l'élection du maire, les adjoints dans l'ordre de leur nomination et les conseillers municipaux en fonction du nombre de voix obtenues par chacun* ».

[739] R. LE SAOUT, « Collectivités territoriales - Des points de vue différenciés sur la question de la démocratie intercommunale », *La semaine juridique, Administrations et Collectivité territoriales*, n° 14, 4 avril, 2011, p. 2132.

Cependant, pour la mise en œuvre de ce nouveau scrutin, il faut que le renouvellement des deux conseils coïncide. En l'absence de cette coexistence, le CGCT a prévu un certain nombre de procédures palliatives. Celles-ci prévoient un mode de scrutin différent destiné à compenser l'absence de renouvellement général.

C'est dans cette situation très particulière que s'inscrit notre contentieux. La création d'une Communauté de communes du Sud de Mayotte regroupant les communes de Bandrélé, Bouéni, Chirongui et Kani-Kéli par arrêté préfectoral du 28 décembre 2015 intervient postérieurement à l'élection municipale de 2014. Le suffrage universel direct des conseillers municipaux n'a donc pas pu être couplé à l'élection de l'assemblée délibérante de l'établissement intercommunal.

Dans ce type de situation, l'article L.5211-6-2, 1°, b) du CGCT prévoit l'élection par le conseil municipal au scrutin de liste proportionnelle à plus forte moyenne des conseillers de chaque commune.

M. Md., conseiller municipal de la commune de Bouéni, présente une liste candidate à l'élection des 7 conseillers communautaires attribués à la collectivité. Celle-ci est d'abord irrecevable faute de satisfaire à l'obligation de parité prévue depuis la loi de 2007[740]. Il régularise la liste et présente une seconde candidature conforme à l'obligation de parité (cons. 5 de la décision du tribunal administratif).

Cependant, le maire refuse d'enregistrer cette candidature au motif qu'elle aurait dépassé la date limite de dépôt et procède aux opérations électorales du 19 janvier 2016 sans la liste de M. Md.

Celui-ci conteste alors les élections devant le tribunal administratif de Mayotte en considérant que rien n'octroie au maire le pouvoir de refuser sa candidature.

M. Ab. élu conseiller communautaire suite aux opérations électorales contestées soutient que la requête de M. Md. serait irrecevable faute pour lui de joindre une copie de la décision administrative refusant sa candidature.

Qu'il s'agisse de la question des pouvoirs du maire ou de celle de l'irrecevabilité, le tribunal administratif donne raison au requérant tout comme le Conseil d'État. La divergence qui entraîne la cassation de la

[740] Loi n° 2007-128 du 31 janv. 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. Voir notamment la modification de l'article L. 264 du Code électoral.

décision des juges du fond tient à l'irrespect par le tribunal d'une obligation procédurale de notification du recours à l'ensemble des acteurs susceptibles d'être concernés par le contentieux.

En ce qui concerne tout d'abord la question de la notification du recours

Le Conseil d'État souligne qu'en application de l'article R.119 du Code électoral couplé aux articles R.611-3 et -4 du Code de justice administrative le tribunal administratif de Mayotte aurait dû notifier à toutes les personnes élues par le scrutin en cause le recours de M. Md. par lettre recommandée avec accusé de réception dans les trois jours suivant l'enregistrement de la protestation (cons. 2). Cette notification n'ayant pas été faite aux autres personnes déclarées élues à la suite des opérations électorales contestées, la procédure est irrégulière et conduit à l'annulation de la décision du tribunal administratif (cons. 3 et 4).

L'ensemble des personnes dont le mandat est en jeu doivent être en mesure de produire une défense sur les opérations électorales mises en cause. Le caractère plurinominal du mandat ne justifie pas à lui seul ce type d'exigence procédurale. Le scrutin de liste prévu par l'article L.5211-6-2, 1 ° b) lie le mandat de toutes les personnes élues sur une même liste. Mais bien plus encore, c'est le caractère proportionnel du scrutin qui remet en cause l'ensemble des élus de toutes les listes, car le conseil municipal composant le corps électoral de cette élection particulière ne se scinde pas en plusieurs circonscriptions. La répartition des sièges s'opère alors au cours d'une seule et même opération. Les opérations électorales se trouvent donc remises en cause dans leur ensemble si bien que chaque élu doit pouvoir produire des observations sur les conditions d'obtention de son mandat.

Le tribunal administratif disposant d'un délai de 2 mois pour juger l'affaire (R.120 du Code électoral), le Conseil d'État a jugé l'affaire au fond dans l'intérêt d'une bonne justice (cons. 5).

Le Conseil d'État va cependant appliquer exactement les mêmes raisonnements que le tribunal administratif et arriver aux mêmes conclusions en étoffant les bases légales utilisées par les juges du fond.

En ce qui concerne la question de l'irrecevabilité

Le tribunal administratif considère que l'obligation de joindre une copie de la décision administrative attaquée (R. 412-1 du Code de justice administrative) « *ne peut être opposée à une requête dirigée contre des opérations électorales* » (cons. 2). L'irrecevabilité soulevée par M. Ab.

contre la requête de M. Md. ne peut donc pas jouer à partir du moment où est contesté le procès-verbal proclamant le résultat des élections qui se sont tenues sans sa liste.

Autrement dit, les individus dont la candidature n'a pas été enregistrée n'ont pas à attaquer ce refus, mais simplement à contester le résultat du scrutin dont ils ont été écartés.

Cela peut se comprendre au regard des délais très courts prévus par l'article R. 119 du Code électoral pour protester contre ces opérations électorales (5jours). Ces derniers ne sont pas suffisamment longs pour obtenir de la mairie la transmission du Procès-verbal.

Cette logique du juge des élections peut se comprendre à partir du moment où la procédure de votation implique des candidats qui ne sont pas forcément au courant de toutes les décisions de la commune. Cependant, dans notre contentieux très particulier, les conseillers communautaires sont élus par les membres du conseil municipal. De plus, l'article L. 273-5 du code électoral précise que nul ne peut être conseiller communautaire sans appartenir au conseil municipal[741]. Cela signifie que tous les candidats sont forcément des conseillers municipaux et donc sont forcément au courant de toutes les décisions de la collectivité. Ces derniers étaient donc tout à fait en mesure de produire la bonne décision administrative. Le tribunal administratif a choisi de ne pas tenir compte de cette spécificité électorale et a appliqué la même protection qu'il accorde à l'ensemble des requérants en droit électoral.

Le Conseil d'État va procéder à une argumentation similaire, aux conclusions identiques, mais avec beaucoup plus de précisions. Au lieu de se fonder sur l'article R. 412-1 du Code de justice administrative, il se fonde sur la combinaison de l'article R. 773-1 du même code et R. 119 du code électoral. Le premier précise que la procédure du contentieux administratif se trouve modifiée par les règles spécifiques du Code électoral et des lois particulières touchant aux élections, le second quant à lui décrit la procédure de recours contre les élections.

Le Conseil en déduit qu'en l'absence d'exigence de copie de l'acte administratif dans la procédure spéciale électorale, une telle obligation

[741] B. MALIGNER, « Élection et désignation des conseillers communautaires », *AJDA*, 2014, p. 270 : « *le régime juridique du mandat de conseiller communautaire est caractérisé par le lien presque total et absolu avec le mandat de conseiller municipal consacré expressément et très significativement par le I du nouvel article L. 273-5 du code électoral selon lequel : "Nul ne peut être conseiller communautaire s'il n'est conseiller municipal ou conseiller d'arrondissement"* ».

n'existe pas dans notre contentieux (cons. 6 et 7). Autrement dit, le juge suprême de l'ordre administratif considère qu'en matière de contentieux électoral l'article R. 773-1 du code de justice administrative n'opère pas une simple obligation de complétude entre les prescriptions procédurales administratives et électorales, mais bien un régime procédural spécifique. Celui-ci se contente donc d'adopter un raisonnement faisant primer la règle spéciale sur la règle générale. Pourtant étant donnée la formulation de l'article précité, c'est la première hypothèse qui apparaissait la plus cohérente. Il s'agit probablement là d'une interprétation destinée à renforcer la bienveillance du juge des élections en ce qui concerne les recours dirigés contre des opérations électorales.

En ce qui concerne enfin la question de l'heure limite de dépôt d'une candidature

Le tribunal administratif se fonde sur l'unique procédure d'élection dérogatoire (article L.5211-6-2, 1 ° b) pour constater qu'aucune formalité d'enregistrement des candidatures n'est prévue et que rien ne confère au maire le pouvoir de fixer une heure limite de dépôt des candidatures au-delà de laquelle il ne serait plus possible de participer au scrutin (cons.4).

La deuxième liste de M. Md. satisfaisant à l'obligation de parité, le tribunal administratif considère qu'elle était « *régulièrement constituée* » et que, présentée avant les opérations de vote, celle-ci était donc présentée en « *temps utile* ». L'absence de prise en compte de cette liste dans les opérations électorales a alors empêché le corps électoral (le conseil municipal en l'espèce) « *d'exercer librement ses droits* » (cons.5). L'absence de tous les candidats réguliers à l'élection a donc faussé la sincérité de l'expression des électeurs. C'est à ce titre que le tribunal prononce l'annulation des opérations électorales.

Le Conseil d'État, là encore, ne va pas s'éloigner des conclusions du tribunal administratif. Simplement, il détaille plus spécifiquement les articles (L.5211-6-2, puis L. 2122-8 et enfin L.5211-2 du CGCT) qui, selon lui, encadrent l'élection particulière des conseillers communautaires en absence de couplage avec le renouvellement intégral des conseillers municipaux. À défaut d'obligation ou de procédure d'enregistrement, « *il appartient au président de séance, lors de la réunion du conseil municipal au cours de laquelle il est procédé à la désignation de ces délégués* (communautaires), *de mettre les membres du conseil municipal* (puisqu'il ne peut y avoir qu'eux L. 273-5 du code électoral précité) *à même de présenter leur candidature avant qu'il ne soit procédé aux opérations de vote* » (cons. 8).

Le Conseil constate alors à son tour la régularité de la liste de M. Md. et l'incohérence de l'irrégularité de sa candidature ne tenant qu'au dépassement d'une heure fixée par le maire. Or, si le conseil municipal vote, sous la direction du maire (le président de séance) celui-ci est tout à fait à même de présenter à tous les membres du Conseil municipal l'ensemble des listes régulièrement constituées.

Sous-entendu, étant donné qu'il s'agit d'une élection entre eux et pour élire certains d'entre eux, aucun horaire particulier ne peut faire obstacle à leur candidature étant donné qu'ils sont en permanence associés à l'intégralité de l'opération électorale. Le Conseil d'État aurait pu préciser que dès lors qu'aucun corps électoral n'est à convoquer, et qu'il s'agit, en quelque sorte d'une élection qui ne doit pas mobiliser beaucoup d'électeurs. Il n'y a donc personne à prévenir par voie d'affichage ou de déclaration publique puisque tous les acteurs concernés siègent en permanence au conseil municipal, seul composant du corps électoral de cette élection.

Le maire ayant refusé une telle candidature a empêché les membres du conseil de se prononcer sur celle-ci et a porté une atteinte à l'éligibilité de M. Md. et de ses colistiers (cons. 9). Si la formulation diffère, la conclusion est la même : les opérations électorales du 19 janvier 2016 sont annulées.

Un développement de la décision du Conseil d'État vient questionner cette solution. Au tout début de sa décision, la juridiction précise par un renvoi en cascade d'articles (L. 5211-2 et L. 2122-13 du Code général des collectivités territoriales puis L. 248 du Code électoral) qu'en l'absence de précisions contraires, les recours contre les opérations électorales communautaires obéissent aux mêmes exigences que celles pour les élections municipales (cons. 1). Si ce raisonnement explique l'extension de la protection des requérants en contentieux électoral analysée en amont, elle montre également par extension que le Conseil d'État aurait pu mener une analyse identique en ce qui concerne la procédure d'enregistrement des candidatures et conclure ainsi à l'applicabilité de l'article L. 267 du code électoral. Applicabilité d'autant plus attendue que le titre dans lequel se trouve cette disposition concerne non seulement les communes, mais également les EPCI. Cet article prévoit l'existence d'une heure limite de dépôt (« *Les déclarations de candidatures doivent être déposées au plus tard : pour le premier tour, le troisième jeudi qui précède le jour du scrutin, à dix-huit heures* […] ».

Le Conseil d'État a alors une fois de plus préféré interpréter la procédure d'élection palliative comme une procédure spéciale dérogeant

au régime électif général qui aurait entraîné l'application de l'article L. 267. Les règles électorales ne viennent donc pas compléter, mais spécifier le régime contentieux des opérations électorales, et plus encore, au sein de ces opérations, certaines procédures viennent elles-mêmes déroger au droit commun de l'élection en cause.

10.14. DROIT FISCAL

LODEOM – avocat – abattement sur les bénéfices – activité mixte – SELARL – gérant majoritaire

Tribunal administratif de La Réunion, *M. P. c/Direction régionale des finances publiques,* req. n° 140006, 1 400 008, 1 400 913.

Victor Margerin, docteur en droit privé de l'Université de La Réunion

La fiscalité de l'avocat, eu égard à la nature de la profession et ses obligations déontologiques, présente d'emblée certaines particularités. Nous pouvons relever à ce titre la question de la fiscalité de l'avocat gérant majoritaire d'une société d'exercice libérale (SEL) qui se trouverait imposable au titre des traitements et salaires. Sous un filigrane d'application du dispositif fiscal LODEOM, c'est bien de la nature de la fiscalité de l'avocat qu'a eu à connaître le Tribunal administratif de la Réunion.

Dans le cadre du fiscal du dispositif LODEOM, l'article 44 *quaterdecies* du CGI énonce trois critères cumulatifs ouvrant droit, pour l'entreprise, à l'abattement de droit commun sur les bénéfices. Les deux premiers critères exigent d'employer moins de 250 salariés et de réaliser un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros, ainsi que d'être soumis à un régime réel d'imposition. Le dernier critère exige quant à lui d'avoir une activité relevant d'un secteur éligible à la réduction d'impôt prévue à l'article 199 *undecies* B ou correspondre à l'une des activités suivantes : comptabilité, conseil aux entreprises, ingénierie ou études techniques à destination des entreprises.

Un avocat, eu égard à l'activité de conseil inhérente à sa profession, peut-il prétendre à cet abattement ?

Cette première problématique, bien que reflétant le jugement rendu par le Tribunal administratif de La Réunion, est à notre sens incomplète et doit être complétée par une problématique sous-jacente :

Un avocat peut-il ne prétendre à l'abattement prévu à l'art. 44 *quaterdecies* du CGI que dans le cadre de son activité de conseil aux entreprises ?

Cette légère modification syntaxique opère cependant un chambardement dans le raisonnement juridique et fiscal qui s'en déduit. Il conviendra tout d'abord de s'interroger sur l'éligibilité de l'avocat à ce dispositif (I), avant de saisir toute la portée du jugement du Tribunal administratif (II).

L'éligibilité de l'avocat à l'abattement sur les bénéfices

L'instruction administrative[742] n° 4 A-9-10 du 22 novembre 2010 explicite ce qu'il convient d'entendre par le terme « conseil aux entreprises » tel qu'appréhendé dans l'article 44 *quaterdecies* du CGI.

Il est ainsi fait état de ce que *« l'activité de conseil aux entreprises couvre l'ensemble des activités de conseil aux entreprises, que celles-ci soient réglementées ou non quelles que soient la nature et la qualification de l'activité. Sont notamment visées les activités de conseil juridique ou les activités de conseil en informatique. […] »*

Par cette première lecture, l'intégralité de l'activité de l'avocat semble donc être éligible à ladite mesure.

Cette question a également été soumise à la Direction de la législation fiscale de la DGFiP par l'Association Nationale d'Assistance Administrative et Fiscale des Avocats (ANAAFA), souhaitant notamment obtenir *« confirmation de ce que l'activité de représentation exercée par un avocat devant une juridiction constitue une activité de conseil aux entreprises »*. Par lettre[743] en date du 27 septembre 2011, la DGFiP reprend les termes de son instruction, identiques à ceux cités *supra.* L'inéligibilité de l'avocat ne fait donc aucun doute.

Il conviendra de remarquer d'un côté, le manque de précision de l'ANAAFA dans sa demande près l'administration fiscale, et de l'autre, l'absence de soucis d'explicitation de la part de l'administration. À notre sens, un élément fondamental du dispositif est passé sous silence, à l'instar de ce que nous avons fait jusqu'ici.

---

[742] Instr. 4 A-9-10, relative aux mesures en faveur des entreprises implantées dans les zones franches d'activités situées dans les départements d'Outre-Mer, BOI 22 novembre 2010, n° 99 ; *Dr. fisc*. 2010, n° 48, instr. 14 381.

[743] DLF, lettre 27 septembre 2011 : *Dr. fisc.* n° 40, 06 octobre 2011, act. 291 ; *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires,* n° 40, 06 octobre 2011, act. 522.

En effet, l'instruction administrative susvisée vient également préciser, à la suite du troncage du texte que l'administration et nous-mêmes avons effectué, que « […]. *Lorsque l'activité de conseil est mixte, c'est-à-dire dispensée à la fois auprès d'entreprises et auprès de particuliers, il incombe à l'entreprise de démontrer que l'activité principale de son exploitation, au sens du paragraphe 13 ci-dessus, est bien constituée par le conseil aux entreprises. À défaut, les bénéfices de l'exploitation ne peuvent faire l'objet de l'abattement prévu à l'article 44 quaterdecies* ».

À défaut pour l'avocat, de démontrer que son activité principale se situe bien dans la stricte sphère du conseil aux entreprises - entendu au sens large et incluant également la représentation – ce dernier ne pourra donc, *de jure,* bénéficier de l'abattement.

On remarquera à ce titre que le présent jugement passe sous silence une quelconque démonstration par le requérant de ce que son activité principale résulte effectivement d'une activité de conseil aux entreprises *stricto sensu.* Tout au plus le Tribunal rappelle expose qu'*« il résulte de l'instruction qu'eu égard à la nature réelle de l'activité exercée à titre principal au sein de la SELARL Lexipolis, à savoir une activité libérale d'avocat pratiquée sans que ne puisse être identifié un lien de subordination entre l'avocat et la SELARL […]. »*.

Le constat de ce que le Tribunal n'a nullement recherché la nature réelle de l'activité est incontestable et se déduit des motifs mêmes de la décision. Il ne s'agissait en rien de déterminer les modalités d'exercice de la profession d'avocat au sein de la SELARL, mais bien de distinguer selon que l'activité de conseil était procurée à titre principal, ou non, à des clients ayant cette qualité d'entreprise.

Quand bien même le requérant aurait rempli, pour l'année 2009[744], les critères relatifs à l'éligibilité au dispositif prévu à l'article 44 *quaterdecies*, cette seule considération ne saurait suffire à établir la réalité de son exercice pour les trois années postérieures. Ce que semble pourtant en déduire la juridiction de céans.

À ce titre, une autre considération nous semble toutefois basée sur un raisonnement sensiblement similaire pour que nous soyons alertes à un moyen développé par la Direction régionale des finances publiques - à savoir la qualité de gérant majoritaire du requérant.

[744] TA de La Réunion, 8 novembre 2012, req. n° 1000376.

Avocat, gérance majoritaire et salariat : un ménage à trois pour l'administration fiscale

La qualité libérale de l'activité d'avocat en dehors de tout lien de subordination est une question complexe dès lors qu'elle porte sur ses incidences fiscales.

Toute la problématique qui se pose en l'espèce est de déterminer la nature fiscale des bénéfices professionnels du requérant. Ainsi que le relève le Tribunal administratif, l'article 92 du CGI dispose que *« 1. Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéfices non commerciaux, les bénéfices des professions libérales […] »*. Les bénéfices non commerciaux des professions libérales sont pleinement éligibles, par le truchement de l'article 102 *ter* du CGI, au bénéfice de l'abattement prévu à l'article 44 *quaterdecies*.

Il était toutefois opposé au requérant par l'administration fiscale, que pour les années 2010, 2011, et 2012, ce dernier n'avait nullement déclaré ses bénéfices professionnels au titre des BNC, mais bien au titre des traitements et salaires. Partant, il ne pouvait donc prétendre, en 2014 – date d'enregistrement de la requête - au bénéfice rétroactif des abattements.

En outre, l'administration alléguait également que le requérant avait la qualité de gérant majoritaire. Cette circonstance suffirait donc à justifier de l'imposition de ses bénéfices professionnels au titre des traitements et salaires.

Dans une affaire similaire[745], bien que ne se rapportant pas à une problématique relative au dispositif LODEOM, la Haute Juridiction administrative a eu à connaître de la détermination de la nature fiscale des bénéfices professionnels de l'avocat. Est retenu à cet égard que *« La Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits de l'espèce en retenant que les revenus perçus par un associé d'une société d'exercice libéral à forme anonyme dans l'exercice de son activité d'avocat devaient être imposés dans la catégorie des BNC du fait qu'il n'existait pas entre lui et la SEL, dans laquelle il exerçait sa profession d'avocat, de lien de subordination caractérisant l'exercice d'une activité salariée et alors même que l'intéressé ne pouvait pas développer de clientèle personnelle »*.

[745] CE, 16 octobre 2013, *M. A.*, req. n° 339822, *Inédit* : *La revue fiscale du patrimoine* n° 4, Avril 2014, 7.

Deux remarques s'imposent ici. Tout d'abord, le fait que la société dans l'arrêt susévoqué soit une SELAFA n'est aucunement contradictoire avec les faits de notre espèce. En effet, le régime fiscal et social des SELAFA et des SELARL à l'égard de leurs gérants, majoritaires ou non, est identique[746]. Leurs revenus professionnels sont imposés à l'IR dans la catégorie des traitements et salaires. À l'inverse, seuls les gérants majoritaires de SELARL relèvent du régime social des travailleurs non-salariés, tandis que les autres sont assimilés salariés.

Deuxièmement, alors qu'il serait alléchant d'établir une similarité parfaite entre la solution adoptée par le Conseil d'État et celle retenue par le Tribunal administratif de La Réunion, un marqueur, à notre sens essentiel, semble avoir changé : la qualité du requérant. Effectivement, ce dernier est un associé non gérant dans l'arrêt rendu par le Conseil d'État, alors qu'il est gérant majoritaire dans notre espèce.

Cette distinction est intéressante en ce qu'elle déterminerait un autre champ d'imposition ainsi que d'exonération pour les revenus du gérant majoritaire de SELARL.

Trois hypothèses peuvent ainsi être avancées quant au devenir du contentieux sur la problématique de l'espèce.

Premièrement, si nous en restons sur la considération du Tribunal administratif de la Réunion, cela se traduirait alors par l'extension de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'imposition des revenus professionnels au titre des BNC de l'avocat associé d'une SEL. Partant, l'avocat gérant majoritaire serait donc imposable à ce seul titre.

Deuxièmement, si nous joignons la position du Conseil d'État et l'absence de similitude de la situation des requérants dans les deux affaires susmentionnées, alors les revenus professionnels de l'avocat seraient imposables au titre des BNC, tandis que ses revenus liés à la gérance majoritaire seraient quant à eux imposés au titre de l'article 62 du CGI[747] et en cela, de l'IR.

---

[746] B. BRIGNON, Société d'exercice libéral d'avocats, *JCP S*, 192-30, 2017.

[747] Art. 62 CGI : *« Les traitements, remboursements forfaitaires de frais et toutes autres rémunérations sont soumis à l'impôt sur le revenu au nom de leurs bénéficiaires s'ils sont admis en déduction des bénéfices soumis à l'impôt sur les sociétés par application de l'article 211, même si les résultats de l'exercice social sont déficitaires, lorsqu'ils sont alloués : Aux gérants majoritaires des sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes dans les conditions prévues à l'article 3 -IV du décret n° 55-594 du 20 mai 1955 modifié ou dans celles prévues à l'article 239 bis AA ou à l'article 239 bis AB ; […]*

Enfin, si nous réfutons tous les faits et arguments étayés ci-avant par une lecture stricte des textes fiscaux, alors l'avocat gérant majoritaire serait imposé au titre des traitements et salaires.

Chacune de ces hypothèses emportera également des conséquences sur l'éligibilité de l'avocat au dispositif LODEOM. En effet, dans la première hypothèse, la gérance majoritaire important peu, ce dernier restera éligible sous réserve de remplir les conditions prévues à l'article 44 *quaterdecies*.

Dans la seconde hypothèse, seuls les revenus non tirés de l'activité de la gérance seront éligibles au dispositif. Toutefois, la détermination de l'assiette des revenus tombant ou non dans ce cadre pourrait s'avérer délicate.

Dans la dernière supputation, l'avocat ne serait plus aucunement éligible. Nous ne pouvons cependant pas abonder en ce sens, non seulement eu égard à la position du Conseil d'État, précédemment citée, venant reconnaître l'imposition au titre des BNC de l'avocat associé ; du fait qu'un tel revirement reviendrait à méconnaître l'essence même de la SELARL ; et enfin, que la profession d'avocat ne saurait reconnaître une situation de « salariat généralisé », ne serait-ce qu'aux yeux de la seule administration fiscale. Ainsi que le rappelle le Conseil d'État lui-même, *« que l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié notamment par l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990 ayant le même objet, dispose : "L'avocat peut exercer sa profession soit à titre individuel, soit au sein d'une association [...], d'une société civile professionnelle, d'une société d'exercice libéral ou d'une société en participation […], soit en qualité de salarié ou de collaborateur libéral d'un avocat ou d'une association ou société d'avocats. Il peut également être membre d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique [...]"*.

Sur trois hypothèses, seules deux resteraient plausiblement en lice.

Affaire à suivre…

Le montant imposable des rémunérations visées au premier alinéa est déterminé, après déduction des cotisations et primes mentionnées à l'article 154 bis, selon les règles prévues en matière de traitements et salaires ».