

# REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN

**Numéro 27**  
**2020-1**

# La Revue

## I. RÉDACTION

- Olivier DUPÉRÉ, Maître de conférences en droit public à l'Université de la Réunion (direction générale) ;
- Anissa HACHEMI, Professeure de droit public à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence administrative française de l'Océan Indien) ;
- Romain LOIR, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université de La Réunion (responsable des chroniques de jurisprudence judiciaire française de l'Océan Indien).

## II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

Toutes les propositions de contributions doivent 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](mailto: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 : [anissa.hachemi@univ-reunion.fr](mailto:anissa.hachemi@univ-reunion.fr); [romain.loir@univ-reunion.fr](mailto: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 27*

In memoriam – Françoise Ringel (1944-2019).....5  
*Rémy CABRILLAC*

## *I – Articles*

L’implantation des Cliniques Juridiques à Madagascar.....7  
*Rojo Fenotina RANAIVOARISON*

An Assessment of the Culture of Equal Opportunities in Mauritius.....17  
*Kirtee NEKRAM*

La régulation de l’accès au prétoire du juge administratif.....51  
*Julien VIENNE*

La cause de l’engagement dans le contrat de cautionnement  
en droit civil mauricien.....109  
*Goran GEORGIJEVIC*

Quelques réflexions sur la proportionnalité en droit mauricien des contrats.....131  
*Goran GEORGIJEVIC*

## *II – Actes*

**Atelier du droit de l’océan indien organisé par la LexOI (Association du droit  
dans l’océan indien) et le Centre de Recherche Juridique (EA n°14,  
Université de La Réunion) le 25 octobre 2018**

### *L’habitude en droit dans l’Océan Indien*

Propos introductifs.....163  
*Clotilde AUBRY DE MAROMONT*  
*Fleur DARGENT*

L’influence des « coutumes », considérées en tant qu’habitudes,  
dans le droit positif malgache.....165  
*Faratiana M. ESOAVELOMANDROSO*

L'habitude dans un contexte de droit mixte : le cas de l'Île Maurice.....**183**  
*Varsha MOONERAM-CHARDEE*

Habitude et droit à l'Île de La Réunion.....**195**  
*Émilie GASTRIN*

### *III – Recension d'ouvrage*

Romain Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*.....**209**  
Rémi BARRUÉ-BELOU

### *IV – Chroniques*

I – Chronique de jurisprudence administrative française de l'Océan Indien.....**213**

II – Chronique de jurisprudence judiciaire française de l'Océan Indien.....**261**

## *In memoriam*

### *Françoise Ringel (1944-2019)*

**Rémy CABRILLAC**

*Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier  
Professeur à l'Université de la Réunion (1994-1998)*

Françoise Ringel vient de décéder des suites d'une longue et douloureuse maladie supportée avec le courage et l'humour que ses élèves et ses amis connaissaient bien. Je me souviens qu'elle m'avait reçu, il y a encore quatre ou cinq ans, dans sa belle maison dominant l'Océan indien du haut de la Montagne, autour d'une coupe de champagne, plaisantant comme si de rien n'était, mais contrainte de s'absenter discrètement pour réactiver de temps en temps un petit clapet placé sur sa gorge qui lui permettait seul de parler...

Françoise, native de Caudry, de ce Nord qui lui était cher, suit des études universitaires à Lille où elle assure des travaux dirigés en 1970-1971, poursuit sa carrière à l'Université de la Réunion comme assistante à partir de 1972, puis maître de conférences à partir de 1989. Elle assure diverses fonctions à l'Université ou à la Faculté, permettant leur développement à une époque cruciale, mais son rayonnement ira bien au-delà des tâches administratives accomplies.

Elle donne durant de nombreuses années le cours de droit de la famille, pour le plus grand bonheur de ses étudiants, qui gardent tous le souvenir ému de ses enseignements vivants, passionnés, mêlant très pédagogiquement technique juridique, anecdotes et traits d'humour. Ces enseignements, elle les a prolongés dans quelques articles publiés en droit des personnes et de la famille et surtout par un fort et original ouvrage *Droit de la famille*, (PUAM, 1996), rédigé avec Emmanuel Putman, son grand ami et complice.

Elle est aussi, de nombreuses années durant, « l'âme de la section de droit privé », selon la juste formule d'Emmanuel Putman dans l'avant-propos du *Liber amicorum* que ses collègues lui ont offert à l'occasion de son départ à la retraite (PUAM, 2007). Son cœur, son esprit, comme sa maison, étaient ouverts à tous ses collègues, qu'ils soient en poste à la Réunion, métropolitains en fonction pour quelques années ou missionnaires de passage. Elle savait recevoir avec beaucoup de chaleur et d'amitié, tisser des liens amicaux avec chacun pour désamorcer les conflits qui auraient pu naître entre des personnalités diverses.

Mais Françoise n'aurait sans doute pas aimé ce portrait qui lui aurait paru trop formel, alors, permets-moi Françoise, d'évoquer des souvenirs plus personnels. Tant de merveilleux me reviennent à l'esprit que je ne sais par lequel commencer. Alors commençons... par le commencement. Quand je suis arrivé en poste à la Réunion, tu étais là, dès la descente d'avion, pour m'accueillir dans cette île que je ne savais pas encore si merveilleuse. Par nos échanges téléphoniques, j'avais déjà compris que je n'allais pas m'ennuyer avec toi. Comment se reconnaître sans s'être déjà rencontrés avant le développement d'Internet ? Tu avais échafaudé au bout du fil des hypothèses aussi burlesques que délirantes que le port d'un sombrero mexicain rouge ou celui d'un Code civil en pâte de fruits *péi*. Hébergé pendant plus d'un mois chez toi le temps que je trouve un appartement, que ni toi ni moi n'étions bien pressés de trouver d'ailleurs, je me suis bien marré, la meilleure entrée en matière pour m'acclimater en douceur à la Réunion. Un bon prélude à quatre ans d'amitiés, partagés avec Sabine qui te vouait également une grande affection, quatre ans d'amitiés prolongées au-delà des mers par de trop brèves retrouvailles.

Ta générosité, ton sens extraordinaire de l'accueil, l'art de faire passer des discussions plus sérieuses avec un grand sens de l'humour, toutes ces immenses qualités humaines, tu les as manifestées vis-à-vis de tes amis et de tes collègues mais aussi avec plusieurs générations de tes étudiants, qui garderont toujours en mémoire le souvenir de la grande femme de cœur que tu étais et que tu resteras toujours pour nous.



### JUSTICE DE PROXIMITÉ

# L'implantation des Cliniques Juridiques à Madagascar

**Rojo Fenotina RANAIVOARISON**

*Lauréat du Concours du Meilleur mémoire*

*Faculté de Droit et des Sciences Politiques*

*Université d'Antananarivo*

#### Résumé :

*Les cliniques juridiques « Trano Aro Zo (TAZ) »<sup>1</sup> sont considérées comme « l'une des activités phares du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) dans le domaine des droits humains »<sup>2</sup>. Leur instauration dans quelques régions de Madagascar a permis, depuis plus de douze ans, de rendre opérationnel, au profit de la plupart des citoyens, un mécanisme de promotion de l'accès au droit et partant de l'accès à la justice. Certes, leur mission principale est de réconcilier deux parties en conflit qui ne veulent pas ou ne peuvent pas engager des procédures judiciaires, de permettre une réconciliation entre les justiciables et la justice, mais l'un des objectifs aussi est surtout de promouvoir les mécanismes d'accès à la justice par la garantie de l'accès des citoyens au droit. Ainsi que leur dénomination l'indique, les cliniques juridiques TAZ ont été mises en place dans le but de défendre et de valoriser les Droits. Elles constituent « une sorte de justice primitive et semblent très compatible à la réalité »<sup>3</sup>. Il s'agit ici de procéder à une analyse de l'efficacité des interventions effectuées par les cliniques juridiques Trano Aro Zo depuis leur création.*

*Mots-clés : accès au droit et à la justice, tribunaux, conciliation, justice communautaire*

#### Abstract :

*The “Trano Aro Zo (TAZ)” legal clinics are considered “one of the flagship activities of the United Nations Development Program (UNDP) in the field of human rights”. Their inception in some regions of Madagascar has enabled a mechanism for promoting access to law and justice for most citizens to become operational for over twelve years. It is true that their primary mission is to reconcile the two opposing parties who do not wish to or cannot initiate court proceedings, to enable reconciliation between litigants and the administration of justice, but one of their missions is also and above all to promote mechanisms in favour of access to justice by guaranteeing citizens' access to the law. As their name shows [ed.: literally, The House in which Law is Protected], the TAZ legal clinics have been set up in order to protect and promote rights. They are “a kind of primitive justice system and appear to be highly compatible with [Malagasy's] reality”. The purpose here is to analyze the efficiency of the TAZ legal clinics' actions since their inception.*

**Key-words: access to law and justice, courts, conciliation, community justice**

<sup>2</sup> PNUD, *Rapport annuel Madagascar 2013*, p.35

<sup>3</sup> PNUD, *Projet Droits, Devoirs Et Cohésion Sociale*, Rapport d'évaluation finale, juin 2014

S'interroger sur la raison d'être et le fondement de la mise en place des cliniques juridiques à Madagascar revient indéniablement à s'interroger sur les problèmes du système judiciaire malgache. La justice, en tant que pilier de la Société<sup>4</sup>, et en tant que service public, se doit de prendre en compte le concept de l'intérêt général et d'agir selon les exigences des usagers et de la justice elle-même. Or, ces exigences de la justice sont, depuis quelques années, parfois peu respectées, assurées ni même au moins garanties par les autorités responsables à Madagascar. D'où la justification de la mise en place et du recours aux cliniques juridiques, perçues comme une justice de proximité. Dans le même ordre d'idée, que l'on définisse la justice sous l'angle de la philosophie, de la morale ou du point de vue juridique, elle se traduit communément par la conformité à la morale, à l'équité ou au droit existant. C'est d'ailleurs sur ce fondement que les cliniques juridiques assoient leur légitimité en ce sens que ces dernières cherchent à régler à l'amiable les conflits opposant deux parties et c'est seulement en cas de conciliation infructueuse qu'elles vont orienter lesdites parties à engager des poursuites judiciaires.

## **I. L'importance de la mise en place des cliniques juridiques TAZ**

« *Les cliniques juridiques ont pour objectif de régler les litiges mineurs au sein de la communauté et de favoriser la connaissance des droits fondamentaux, jouant en même temps le rôle de centre d'écoute via la prise en charge psychosociale de victimes basées sur le genre* »<sup>5</sup>. Effectivement, elles ont pour mission la résolution des conflits communautaires au sein de leur localité d'implantation<sup>6</sup>. Par conflits communautaires, on entend tous problèmes minimes au sein de la communauté, qui ne nécessitent pas forcément l'intervention des tribunaux, tels que les cas d'emploi rémunéré des enfants, d'absence de scolarisation des enfants, de malnutrition, d'abus de confiance, de litiges fonciers,

---

<sup>4</sup> En ce sens qu'elle « est le recours ultime, le point d'aboutissement de tous les autres services publics lorsque ceux-ci n'ont pu accomplir leur mission, résoudre ou protéger les citoyens. Ultime recours des couples qui se séparent, des familles qui se disputent, de la jeunesse en danger ou délinquance, des enfants abusés, des femmes violentées, des salariés abusivement licenciés, des victimes des voleurs, d'escrocs ou d'assassins, des victimes de scandales sanitaires [...] la justice est saisie au final de tous les drames, vécus par les individus et la société [...] et sa décision s'impose à tous », in Elisabeth GUIGOU, « La justice, service public », *Après-demain*, 2010/3 (n° 15, NF), pp. 8-11.

<sup>5</sup> Il est ici question de la clinique juridique Toliara – lien URL : <http://www.lagazette-madagascar.com/2018/03/05/cliniques-juridiques-renforcement-savoir-faire/> – consulté le 20 mars 2018

<sup>6</sup> Les cliniques juridiques sont souvent implantées dans des quartiers où la très grande majorité de la population est indigente et vit dans des conditions très précaires.

de tapages nocturnes, de conflits de voisinage, de non-déclaration des travailleurs<sup>7</sup>, de destructions des cultures d'autrui, de concubinage, de disputes entre époux<sup>8</sup>.

À cet effet, les TAZ ne jugent pas, mais proposent des solutions en privilégiant la médiation familiale et/ou laissent les parties se concilier d'elles-mêmes, mais cela dans le complet respect des lois en vigueur, du droit, de l'ordre public, des bonnes mœurs et surtout du « FIHAVANANA » qui constitue « la valeur source bien partagée par les habitants de l'île »<sup>9</sup>.

La mission des TAZ ne se limite pas seulement à cette résolution des conflits communautaires et à cette orientation, elles ont aussi l'obligation de « favoriser la connaissance des droits fondamentaux au sein de la localité »<sup>10</sup> par l'intermédiaire de la diffusion de droit entendue comme étant « l'activité visant à transmettre le droit auprès de la population, dont l'objectif est le changement de comportement de la population, afin que celle-ci soit consciente du non-respect des droits de l'homme »<sup>11</sup>. La diffusion du droit est la tâche principale du développeur d'activités, elle est considérée comme « l'élément moteur qui fait fonctionner une clinique juridique. Le mauvais fonctionnement de l'ADDH se fait ressentir directement dans le faible effectif des personnes qui consultent La Clinique Juridique »<sup>12</sup> cette diffusion du droit peut s'effectuer soit dans les locaux de la Clinique<sup>13</sup> soit en dehors des locaux voire même de la ville d'implantation<sup>14</sup>. Elles sont planifiées par avance dans le « Plan de travail annuel » pour les TAZ.

---

<sup>7</sup> « Les types de litiges communautaires relevés par le Cabinet MCI dans son étude pour le compte du Ministère de la Justice en août 2007 'La procédure de fanelanelam-pokontany. Procédure de conciliation', pp. 10-11, n'est [NDLR : sic] pas loin de cette liste que nous avons relevée auprès des cliniques juridiques » Cité par C. S. RABEMANANTSOA, *Études des coûts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, juin 2010, p. 6.

<sup>8</sup> Ministère de la Justice, Direction des Etudes, « Liste des catégories de litiges communautaires », p. 9

<sup>9</sup> P.-Y.-N. RAFOLISY, « Protection juridique de l'intégrité morale et développement durable : le cas de Madagascar », Thèse de droit privé et sciences criminelles, Université de Limoges, 2008, p. 81.

<sup>10</sup> P.N.U.D., Étude sur les dysfonctionnements de la chaîne pénale malagasy, octobre 2014, p. 26

<sup>11</sup> Madagascar Conseil International, Rapport d'évaluation et de renforcement des capacités des cliniques juridiques : Andohatpenaka, Mananjary, Manakara, Farafanagana, Tolagnaro, Juin 2010.

<sup>12</sup> *Idem*, p.36

<sup>13</sup> C. S. RABEMANANTSOA, *Études des coûts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, op. cit., p. 23.

<sup>14</sup> Rapport d'activités des cliniques Juridiques, janvier-décembre 2017

## A. Essai de définition des cliniques juridiques TAZ.

Les « Trano Aro Zo » « sont des structures de mode alternatif de régulation des conflits dans leurs localités d'implantation »<sup>15</sup>. Le concept des cliniques juridiques se rapproche de la notion de justice de proximité en ce sens que l'enjeu majeur et récurrent de la justice actuelle est l'éloignement géographique des institutions judiciaires<sup>16</sup>, ainsi des justices de proximité. En l'occurrence les cliniques juridiques apparaissent comme la solution la plus adéquate pour y remédier.

Charles Seth RABEMANANTSOA définit les cliniques juridiques comme étant « des structures externalisées du Ministère de la Justice et mises en œuvre par des associations, instaurées au niveau communautaire permettant l'accès des plus démunis et des plus vulnérables à un mécanisme habilité à résoudre leurs problèmes par le biais de la conciliation, mode alternatif de résolution de conflit, ou d'une orientation assistée en vue de la saisine des services publics compétents »<sup>17</sup>. Le cabinet Madagascar Conseil International (MCI) les considère comme « une entité intermédiaire entre les administrations de la justice et la population, dont la mission est d'une part, de régler les litiges mineurs au sein d'une communauté donnée et d'autre part, de favoriser la connaissance des droits fondamentaux au sein de la localité »<sup>18</sup>. Les cliniques juridiques TRANO ARO ZO sont le fruit de la collaboration de plusieurs acteurs avec comme principaux acteurs institutionnels l'État malgache par l'intermédiaire du PNUD, du Ministère de la Justice et plus tard de l'ONG de mise en œuvre.

---

<sup>15</sup> C. S. RABEMANANTSOA, *Etudes des couts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, op.cit.

<sup>16</sup> « Sur les 48 tribunaux de première instance mis en place par le décret n°2016-1347 du 08 novembre 2016 modifiant et complétant le décret n°2010-648 du 06 juillet 2010 portant réorganisation des juridictions de l'ordre judiciaire, seulement 40 tribunaux de Première instance sont actuellement opérationnels » selon les dires de Mme Laiza Maharo RAKOTOARISON, directeur de l'administration des Juridictions au sein du Ministère de la justice de Madagascar. Sur ce point, il convient de souligner que ces 48 tribunaux de première instance n'arrivent pas à assurer de manière effective les besoins des 119 districts sur le territoire Malgache, cf. [www.ceni-madagascar.mg](http://www.ceni-madagascar.mg)

<sup>17</sup> C. S. RABEMANANTSOA, *Etudes des couts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, op. cit., p. 11.

<sup>18</sup> Madagascar Conseil International, Rapport d'évaluation et de renforcement des capacités des cliniques juridiques : Andohatpenaka, Mananjary, Manakara, Farafanagana, Tolagnaro, op. cit., p. 9.

## B. Intervention des Cliniques juridiques

« Le système de justice tout entier a fait faillite »<sup>19</sup>, provoquant un sentiment de méfiance. La réticence des populations victimes à recourir à un tel système sont de plus en plus accrues à Madagascar. En outre, la persistance des us, coutumes et traditions néfastes « préjudiciables »<sup>20</sup> pour l'exercice des droits du peuple de manière effective, entraînant diverses violations des droits humains dans différentes régions de Madagascar, ont aussi incité le PNUD et le Ministère de la Justice à instaurer les cliniques juridiques « TRANO ARO ZO ».

La création des TAZ en 2007 a contribué à alléger les dossiers soumis aux tribunaux pour que tout conflit communautaire relève désormais de la compétence des TAZ. Ce désengorgement des tribunaux est un objectif visé par les initiateurs du projet « clinique juridique » que ce soit au niveau national ou au niveau régional. Pour Charles Seth RABEMANANTSOA, « *Sans la clinique juridique, supposant que les cas qui y ont été traités ont été référés au niveau du tribunal, on peut imaginer le coût en temps du traitement de 1 000 dossiers annuels* ».<sup>21</sup> Pour autant, les cliniques juridiques n'ont pas vocation à se substituer aux institutions judiciaires et ne constituent pas une justice parallèle, mais travaillent en collaboration avec ces institutions comme les Tribunaux de première instance<sup>22</sup>.

Ce désengorgement ne se limite pas seulement au désengorgement des tribunaux : les TAZ permettent aussi de désengorger les bureaux administratifs, les commissariats et les bureaux du Fokontany<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> L. RADZINOWIG, « Les crises répétées de la justice pénale » in M. ANCEL, *Aspects nouveaux de la pensée juridique – étude de science pénale et de politique criminelle*, Paris, Pédone, 1975, pp. 229-239. On peut ici citer les propos dépourvus d'ambiguïté de RAMAROLANTO RATIARAY et RAJAONA ANDRIANAIVO RAVELONA sur cette déficience du système judiciaire Malgache : « *l'observation du système juridique malgache ces trente derniers années révèle que la foi dans le droit, la reconnaissance des règles juridiques à saisir les données économiques et sociales sont passées d'une certitude inébranlable à une défiance irraisonnée* », in « Tendances et évolution du droit des affaires à Madagascar », *R.I.D.C.*, 1992, pp.409-454.

<sup>20</sup> « **Préjudiciables** : des croyances et des coutumes qui constituent des scléroses et des discriminations préjudiciables à la reconnaissance et à l'exercice des droits de l'homme » par Patrice MEYER-BISCH in *Les traditions sous l'angle des droits de l'homme : une responsabilité culturelle commune*, Séminaire Organisés par le haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, Genève, 2010.

<sup>21</sup> C. S. RABEMANANTSOA, *Etudes des couts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, *op. cit.*, p.18

<sup>22</sup> PNUD, *Etude sur les dysfonctionnements de la chaîne pénale malagasy*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>23</sup> Les « fokontany » sont des autorités administratives de proximité à l'instar des bureaux de quartier mais avec un Chef qui représente l'autorité administrative.

## II. – Moyens d’action et nécessité de pérennisation

Les cliniques juridiques sont aujourd’hui les seuls modes de règlement fiable. Le recours à cette forme de justice de proximité et la participation active des citoyens s’expliquent par l’état de fait des problèmes d’accès à la justice, la lenteur et la complexité des procédures. Les cliniques juridiques sont d’ailleurs considérées comme beaucoup plus crédibles que la justice elle-même pour certaines catégories de la population qui ont « peur » de la justice. Dans le même ordre d’idée, on peut invoquer le choix des méthodes d’intervention, plus précisément la conciliation et la médiation qui sont jugées comme des « moyens rapides et flexibles de dispenser une justice consensuelle fondée sur le dialogue et ainsi de rétablir la paix sociale »<sup>24</sup>. Cependant, un grand nombre de Malgaches<sup>25</sup> ne font pas de différence entre conciliation et médiation surtout pour désigner le mode de résolution de conflit pratiqué par les cliniques juridiques. La confusion entre ces deux notions est aussi au cœur du débat à Madagascar comme dans le monde.

Cette confusion entre la conciliation et la médiation reste à ce jour un problème non résolu, malgré les différents essais d’explications apportés par les professionnels, non seulement pour les cliniques juridiques, mais presque pour toute justice de proximité dans le monde. Concernant les cliniques juridiques, en principe le mode de résolution employé est la conciliation. Toutefois, dans la pratique la résolution des conflits par médiation existe bel et bien au sein des cliniques juridiques, mais nous n’avons pas pu assister à la résolution de conflits – qui demeure effectivement confidentielle. Nonobstant ce problème de confusion, les cliniques juridiques souffrent de défaillances. Or, les bilans des 10 dernières années justifient la nécessité de pérenniser ce système, et ce dans tous régions vulnérables à Madagascar.

### A. Déficience opérationnelle des Cliniques juridiques

Rappelons que les cliniques juridiques sont considérées comme une forme de justice parallèle et une justice de proximité concourant, avec les fokontany, aux développements de nouveaux moyens efficaces de règlement des conflits locaux. Pourtant, en dépit de ces résultats positifs et du rôle primordial des TAZ, ces performances ont été perturbées par quelques facteurs enregistrés et exprimés par les acteurs tels que le retard dans le déblocage des fonds de fonctionnement, la

---

<sup>24</sup> J. DE VRIES, L. OTIS et S. FEIERTAG, *Synthèse des études sur le renforcement de la justice pénale au Mali*, Système des Nations Unies, Programme Conjoint d’Appui à la Promotion des Droits de l’homme au Mali (PDH), mai 2016, p. 32

<sup>25</sup> Par Malgaches ici, on désigne l’ensemble de la population comprenant les législateurs, les personnels du TAZ, les usagers, etc.

défaillance des activités d'entretien des matériels utilisés qui, à l'avenir, pourrait engendrer des coûts exorbitants en vue de leur réparation et leur remise en état de marche. Cependant, même si elles ne sont pas affectées par la plupart des causes de dysfonctionnement classique de la justice étatique, quelques problèmes rencontrés par les TAZ sont similaires à celles qui touchent la Justice, conduisant ainsi à la remise en cause de ses missions. La nature du service fournie par les TAZ n'est pas encore déterminée faute de dispositions légales régissant ces institutions pour des raisons tenant à l'attitude des autorités publiques responsables et, partant, des difficultés ne cessent de surgir : détermination des champs de compétence des TAZ, incluant les domaines dans lesquelles ces cliniques juridiques doivent intervenir ; risque de dépassement des pouvoirs des agents du TAZ ; question de la rémunération des personnels des TAZ, qui ne sont pas des agents publics ni des fonctionnaires de l'État ; problème de financement des activités des TAZ. En effet, l'État malgache est le partenaire du P.N.U.D. dans le cadre du projet « Clinique juridique TAZ ». Au départ, il a été prévu que le P.N.U.D. ne finance que les périodes d'expérimentation, mais jusqu'à maintenant la prise de responsabilité de l'État central ne s'est pas encore manifestée : problème de finances ou de volonté ? Depuis leur création jusqu'à aujourd'hui, les cliniques juridiques sont financées par le P.N.U.D. grâce à une subvention versée annuellement<sup>26</sup>. Toutes les activités du TAZ dépendent de ce financement : salaire des personnels ; achat des matériels nécessaires pour leur fonctionnement ; financement des activités de diffusion de droits. En conséquence, les actions pouvant être menées par ces cliniques juridiques se trouvent limitées.

Par ailleurs, les TAZ ne sont pas dotées d'un pouvoir de coercition en vue de la mise en application des solutions proposées. Les cliniques juridiques n'ont pas de pouvoir de contrainte ce qui occasionnellement pose problème aux TAZ dans leurs interventions, car dans ce cas le TAZ n'a d'autre choix que de conseiller à la personne concernée de saisir les organes répressifs.

## **B. La nécessité de pérenniser les cliniques juridiques**

D'un côté, l'affluence des personnes vulnérables économiquement vers les cliniques juridiques montre que les citoyens saisissent leurs droits. De l'autre côté, l'intérêt de procéder à une pérennisation des cliniques juridiques semble évident dans la mesure où elles permettent le désengorgement des tribunaux, et de restaurer la confiance des justiciables en la justice.

Cependant, l'engagement collectif et la prise de responsabilité qu'implique la redevabilité des décisionnaires et des acteurs qui sont censés diffuser les droits

---

<sup>26</sup> « Tous les mois de Juin mais cette année, le financement du PNUD se fera trimestriellement »  
Source TAZ Andohatapenaka.

s'avèrent encore très faibles, même si les efforts fournis par bon nombre d'entre eux sont remarquables, d'où la nécessité de déterminer et de mettre en œuvre une politique de pérennisation effective mais efficiente en même temps. À cet effet, il importe de préciser que cette pérennisation ne consiste pas seulement à injecter plus de fonds de fonctionnement dans les TAZ. Une synergie d'actions entre tous les acteurs concernés doit intervenir, ce qui suppose des partenariats entre les organes étatiques, les ONG de mise en œuvre ainsi que le PNUD. Pourtant, les impasses, les obstacles institutionnels et le dysfonctionnement organisationnel de l'État empêchent une réelle effectivité de ce partenariat, sans compter l'absence de définition claire des rôles respectifs de chaque entité responsable. Ainsi, la responsabilisation de l'État dans le financement des projets des cliniques juridiques et la prise en compte des ONG de mise en œuvre doit être au cœur de cette synergie d'action et de cette exigence d'une réelle implication des parties prenantes. De même, concernant le cadre légal des TAZ, la situation factuelle de ces institutions remet en cause leur véritable nature. Ainsi, le meilleur moyen de pérenniser des institutions qui se révèlent être juridiques serait de lui conférer un cadre légal déterminé, c'est-à-dire de solliciter les autorités compétentes afin qu'elles leur donnent un authentique statut juridique et, ce faisant, leur reconnaissent la qualité de « service public » des missions qu'elles assurent. Sur ce point, un projet de décret retient celui de services publics administratifs (SPA), du fait de la prise en considération de trois indices : l'objet de l'activité menée, qui répond indéniablement à la satisfaction de l'intérêt général ; le mode de financement, qui dépend pour l'essentiel du financement par le PNUD<sup>27</sup>, et enfin les modalités de fonctionnement, dont il résulte que la gestion du service est assurée selon les règles du droit public – il en est ainsi de la gratuité des services offerts. Tous ces éléments nous conduisent à pencher en faveur de la qualification de service public administratif : les activités des cliniques juridiques sont effectivement des « activités de plus grand service » et non des « activités de plus grand profit »<sup>28</sup>, comme l'affirmait René CHAPUS.

Par ailleurs, la nécessité d'une formation des personnels et l'impératif d'avoir un esprit d'équipe serait primordial, étant donné que la notion de pluridisciplinarité implique en elle-même un partenariat entre différentes disciplines et différents domaines<sup>29</sup>. Un partenariat conditionné par l'implication des personnels.

---

<sup>27</sup> Mais en principe c'est l'État qui devra alimenter ces cliniques juridiques

<sup>28</sup> G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2007, 572 pp., p. 127

<sup>29</sup> K. SANSON, « Pluridisciplinarité : intérêt et conditions d'un travail de partenariat », *Le Journal des psychologues*, Vol. 242, no.9, 2006, pp. 24-27

## Conclusion

Au final, les cliniques juridiques sont des institutions visant à promouvoir l'accès des justiciables à leurs droits et au service (public) de la justice. Cependant, si l'accès au droit implique une aide juridique apportée à tous les justiciables par le biais de la diffusion de ses droits et obligations ainsi que des « moyens de les faire valoir ou de les faire exécuter », l'accès au service public quant à lui, étant un droit fondamental, se base sur l'orientation des personnes qui ont « un intérêt légitime et la qualité requise d'accéder à une juridiction pour que celle-ci statue sur sa prétention »<sup>30</sup>. D'ailleurs, toute intervention engagée dans la promotion de l'accès à la justice implique nécessairement la sensibilisation des populations sur l'accès au droit.

Il convient de préciser, entre autres, que la pertinence de ces approches institutionnelles sur les cliniques juridiques se justifie largement non seulement par l'amélioration du système tant extrajudiciaire que judiciaire du règlement des litiges sociaux qu'elles ont occasionnés, mais aussi de son utilité au sein de la communauté pour contrer la défaillance manifeste du système judiciaire à Madagascar, le recours systématique à la justice traditionnelle et parallèle<sup>31</sup>, ainsi que pour combler l'insuffisance des instances juridiques à l'égard des zones enclavées. Au demeurant, les cliniques juridiques semblent être des vecteurs, non seulement, d'une meilleure connaissance du système judiciaire par le public, mais aussi d'un meilleur recours efficace pour les règlements des litiges mineurs. Le but étant non pas de se substituer à la justice classique, mais de promouvoir « l'efficacité, la crédibilité, la pertinence ou la modernité de la pratique judiciaire »<sup>32</sup> en étant « une justice proche de la population et par la population<sup>33</sup> » ou en d'autres termes « de proximité », et comme le disait Honoré de Balzac, « Vaut mieux un mauvais arrangement qu'un bon procès »<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> M.-A FRISON-ROCHE, « Libertés et droits fondamentaux : Le droit d'accès à la justice »

<sup>31</sup> PNUD, Etude sur les dysfonctionnements de la chaîne pénale malagasy, *op. cit.*, p. 25

<sup>32</sup> B. BENOIT, P. GUIBENTIF, « Justice de proximité : la bonne distance, enjeu de politique judiciaire, Présentation », *Droit et société*, 2007, pp. 257-539, spéc. p. 257.

<sup>33</sup> Les personnels des TAZ sont issus de la population locale de son lieu d'implantation : sur ce point, voir C. S RABEMANANTSOA, *Etudes des couts et des Mécanismes de pérennisation des Cliniques Juridiques*, *op. cit.*

<sup>34</sup> T.S.T. TOIKADE, « La conciliation en droit judiciaire privé camerounais », *Penant*, 2018, n° 102, p. 101.



## DROITS FONDAMENTAUX

# An Assessment of the Culture of Equal Opportunities in Mauritius

**Kirtee NEKRAM**

*University of Mauritius*

### Abstract:

*This study attempts to explore the culture of equal opportunities in Mauritius and to assess the effectiveness of our legal framework pertaining to this concept amidst a few selected groups. While much ink has been dropped by our counterparts around the globe on this essential doctrine and its application, there seems to be scarce literature on this topic in Mauritius. This paper shall address this issue*

**Keywords: Economic, social and cultural rights – discrimination – disabilities – ethnicity – gender**

### Résumé:

*Cette étude entreprend d'explorer la culture de l'égalité des chances à Maurice, et d'évaluer l'efficacité du cadre juridique relatif à ce concept et en ce qui concerne un certain nombre de groupes présélectionnés. Alors que cette doctrine essentielle et sa mise en œuvre ont fait couler beaucoup d'encre chez nos homologues autour du globe, la littérature dédiée à ce sujet semble bien rare à Maurice. Cette étude entend donc aborder ce thème.*

**Mots-clés : Droits économiques, sociaux et culturels – discrimination – handicaps – ethnicité – genre**

This study attempts to explore the culture of equal opportunities in Mauritius and to assess the effectiveness of our legal framework pertaining to this concept amidst a few selected groups. While much ink has been dropped by our counterparts around the globe on this essential doctrine and its application, there seems to be scarce literature on this topic in Mauritius. This paper shall address this issue.

## **I. Literature Review and Normative Framework**

“The structural importance of the principle of equality is visible if one unravels the various strands of the human rights fabric to see how equality is employed to frame and substantiate human rights standards”<sup>1</sup>

- Dinah Shelton

### **A. Literature Review**

This Chapter entails a broad overview of the literature available worldwide and locally on the definition of equal opportunities and culture, the desirability or deep abhorrence of some authors towards this concept, in an attempt to impartially explore the issue at hand. Furthermore, it comprises of the normative framework available in the specific areas being studied.

The doctrine of equal opportunities has kindled much controversy in the scholarly province of law. The assessment of the equal opportunities culture, particularly in the Mauritian context, comprises of scarce literature. Some authors have tried to define such a ‘culture’, while, others have attempted to question the basis of the existence and need for the principle of equal opportunities to subsist or to be incorporated in our laws as well as in our cultures. This issue has divided the academic community into the unwavering supporters of equal opportunities and the ruthless opponents of such a concept.

Shaffick Hamuth<sup>2</sup> (2004) defines the concept of equal opportunities as the ‘fair and equal treatment of individuals’ and proposes the removal of discriminatory structures and practices in all spheres of social and economic life, in his newspaper article. On a different note, equality in rights – as proposed by most democratic charters- means the extension of individual rights to all citizens rather than to just a privileged minority. Equality can never be absolute as there are natural inequalities,

---

<sup>1</sup> SHELTON, D., *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 437.

<sup>2</sup> HAMUTH, S., ‘A Window on Equal Opportunities’, L’Express, 7 Dec. 2004.

such as the unequal status of a child and an adult and a sane and an insane person. Still, these natural inequalities do not affect the basis of democracy<sup>3</sup>. Equal opportunities mean the blurring and disappearance of obstacles in favour of fairness and democratic principles in society.

The possibility of incorporating the concept of equal opportunities in the Mauritian culture depends on what one views or defines as ‘culture’. The sociologist, Ken Browne<sup>4</sup> has used the most common definition of what constitutes a ‘culture’. He defines culture as the “language, beliefs, values and norms, customs, dress, roles, knowledge and skills and all other things that people learn that make up the ‘way of life’ of any society.” He also notes that there is a debate on what constitutes a shared and learnt way of life and proposes that there are different conceptions and definitions of culture within this broad and general approach. He identifies the existence of the dominant or main culture, the subculture, the folk culture and the high or elite culture. It is to be noted that for social order to prevail, consensus on some values should exist in the different cultures cohabiting in a society.

The contribution of the natural law theorists to the adoption of equal opportunities is of great significance. The ideas propounded by this school of thought have helped understand the idea of equality with regards to rights, such as the right to vote, and the need for ‘universal law’ applicable to all human beings. Likewise, utilitarians, such as Bentham, have stressed the necessity for removing inequalities in the opportunities of development as a condition of democratic development. While it has been acknowledged that legislations cannot ‘do it all’, it still has a vital role to play and given the facilities of material and intellectual development, leaders may emerge from any class, gender, race or nation. These legal thinkers have emphasized on the importance of equal opportunities in a democracy through the application of universal law and the ‘maximisation’ of happiness of the ‘greatest number of human beings’ respectively<sup>5</sup>.

Furthermore, feminists have brought considerable suggestions and proposals on the issue of the promotion of gender equality through laws, socio-economic and cultural changes. Liberal feminists adopt a more ‘relaxed’ view than radical feminists ‘and support the idea that changes in legislations and policies such as maternity leave and equal pay’, amongst others, can bring about a wave of change in society. Black feminists also struggle for gender equality in society but stresses on the need to provide more consideration to the plight of women from ethnic minorities, such as Afro- Caribbean women in some countries, who face even more discrimination than the ‘white women.’ In short, most feminists’ theories emphasise

---

<sup>3</sup> FRIEDMAN, W., *Legal Theory*, London: Penguin Books, 1967, p. 416.

<sup>4</sup> BROWNE, K., *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, p. 31.

<sup>5</sup> FRIEDMAN, W., *Legal Theory*, London: Penguin Books, 1967, p. 99.

on the importance and desirability for a change in law and culture pertaining to the issue of gender equality, according to Browne<sup>6</sup>.

On the other side of the coin lie the arguments of staunch opponents of the idea of equal opportunities. Edmund Burke, often considered as one of the greatest opponent of the French Revolution, argued that ‘liberty and rights of man’ are abstract concepts which could be easily abused and used to justify tyranny<sup>7</sup> (Mosher, 1991). Historical jurists do not always favour the idea of equal chances as well. Thomas Maine, for instance, criticized democracy as being one of the most difficult and unstable forms of government<sup>8</sup>. The latter did not readily embrace ‘democratic principles’ such as human’s liberty and equal opportunities.

Similarly, while the doctrine of equality is often accepted amidst the popular masses proposing democratic principles, the same may not be the case for those adopting an elitist or high culture. For instance, Friedman<sup>9</sup> points out that, in 1943, the late Sir William Holdworth criticized and condemned the Reform Act of 1832. This act proposed a more representative election and the extension of voting rights and other rights from the ‘more enlightened’ and privileged classes to all, irrespective of social classes and other stratifications, in United Kingdom. He also ruthlessly rejected the idea of equal educational opportunity in society, thus, rejecting the idea of equal chances in the legal and cultural aspects of society unlike the ideas prevailing in the dominant or mainstream culture.

Nevertheless, some contemporary writers have demonstrated a deep abhorrence for equal opportunities. Cavanaugh<sup>10</sup>, for instance, in his book entitled ‘Against Equality of Opportunity’ proposed that companies should be able to choose between employing ‘black or white’ employees, thus, proposing racial discrimination. He further added that it ‘should not be a matter for the law if a company chose to select only white employees.’ He, also, stated that fearing to employ women below the age of forty was ‘rational’ because they may take time off from work to ‘have babies’. Cavanaugh provided several such arguments and justifications against equal opportunities in a modern and pluralistic society in his heavily criticized book.

---

<sup>6</sup> BROWNE, K., *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, p. 23.

<sup>7</sup> MOSHER, A., ‘The Skeptic’s Burke: Reflections on the Revolution in France’, *J Stor Political Theory Journal*, Vol. 19 No.3, August, 1991, pp. 391-418

<sup>8</sup> *Henry Summer Maine Passages from Popular Government 1885 [online]*

Available: <http://www.Panarchy.org/maine/government.1885.html#top> (14 Apr. 2017)

<sup>9</sup> FRIEDMAN, W., *Legal Theory*, London: Penguin Books, 1967, p. 419.

<sup>10</sup> *Kite and Syal (2004) Labour’s black and Asian members demand sacking of Blunkett race adviser [online]*

Available: <http://www.telegraph.co.uk/new/uknews/1457399/Labours-black-and-Asian-members-demand-sacking-of-Blunkett-race-adviser-.html> (14 Apr. 2017)

On a final note, having cast a glance at the definition of equal opportunities and culture as well as the arguments supporting and condemning the application of this principle, an assessment of the equal opportunities' culture seems vital. This paper shall examine the legal framework relating to equal opportunities and shall assess the extent as to which it has trickled down in the Mauritian culture.

## **B.- An Overview of the Normative Framework of the Relevant Human Rights**

The following sections provide a brief analogy of the different human rights which shall be explored in the present study. While the interdependence and blurring of the traditional categories or generations of human rights into civil and political and economic, social and cultural rights have been acknowledged<sup>11</sup> (United Nations, 2005), this chapter is divided into three parts denoting mainly the three second generation 'categories' of rights for explanatory purposes.

### **1 – An Economic Right: The Right to Work**

The right to work constitutes a core of not solely socio-economic rights, but also fundamental human rights. It stretches beyond the traditional view of being a 'medium to earn a living' to being, as mentioned in the Declaration of Philadelphia, vital for 'material wellbeing and spiritual development' and at its very essence, to the dignity of a human being<sup>12</sup> (Drzewicki in Eide et al., 1995).

The principle of the right to work basically means that an individual should be able to choose employment without interference from the authorities. The State should, nevertheless, ensure freedom to work as well as protection against unemployment. However, access to the labour market is 'worthless' if working conditions are not acceptable. 'Wages and the working environment must rise to a certain level before the right to work has any real meaning' according to Alfredsson and Eide<sup>13</sup>. The latter identified several principles underlying the 'right to work.' Those principles include the freedom of association principle, the just remuneration principle and the equal pay principle.

For the purpose of the present study, it can be noted that the application of the right to work of women is hindered by two obstacles: the fact that economic, social and cultural rights have not yet attained the same recognition as civil and

---

<sup>11</sup> UNITED NATIONS, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*, Geneva: United Nations Publication, 2005.

<sup>12</sup> EIDE, A. et al., *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 489.

<sup>13</sup> ALFRESSON G. and EIDE A., *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 489.

political rights and, as an additional factor for women, gender discrimination<sup>14</sup> (Tomasevski, in Eide et al. 1995). Women are, often, impeded from exercising their right to work due to their sex, marital status, pregnancy or potential pregnancy and stereotyping of gender roles.

## **2 – A Social Right: The Right to Education**

The UNESCO Convention against Discrimination in Education (1960) defines education as referring to ‘all types and levels of education’, and as including ‘access to education, the standard and quality of education and the conditions under which it is given.’

Education is a vital component for fulfilling other human rights. The enjoyment of several civil and political rights in a society, such as the right to vote, freedom of information, association and expression, depends on a minimum level of education or literacy<sup>15</sup>. The right to education is often classified as being a positive right which requires ‘actions’ to be taken in its fulfilment by the State. The right to education of persons with disabilities may require a greater need for the allocation of resources to meet the specificities of their needs.

## **3 – A Cultural Right: The Right to Take Part in Cultural Life**

Cultural rights are often described as being “slippery and difficult” due to the fact that their content and scope is broad and not clear<sup>16</sup>. There are several rights which fall under the umbrella of cultural rights such as the right to education, the right to participate in cultural life or the freedom for scientific research and creative activity. However, the right to take part in cultural life is considered to be the “broadest of them all” according to Elissavet Stamatopoulou<sup>17</sup>.

To understand the concept of the right to take part in cultural life, one must consider the definition of ‘culture’ as elaborated in the background paper of Stamatopoulou at the 40<sup>th</sup> session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2008). The latter believes that it is useful to examine cultural rights at three levels:

---

<sup>14</sup> EIDE, A. et al., *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 273.

<sup>15</sup> ALFREDSSON G. and EIDE A., *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 189.

<sup>16</sup> DONDEERS, Y., *The Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1) (a) of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2008, p. .2

<sup>17</sup> STAMATOPOULOU, E., *The Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1) (a) of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2008, pp. 3-5.

- a) ‘Culture in its material sense, including but not limited to monuments and artefacts,’
- b) ‘Culture as the process of artistic or scientific creation,’
- c) ‘Culture in its anthropological sense,’ that is, culture ‘as a way of life’.

The author further provides ‘six plus normative elements of cultural rights.’ These elements include ‘non- discrimination and equality, freedom from interference of the enjoyment of cultural right, freedom to choose in what culture (s) and cultural life to participate, freedom of dissemination, freedom to cooperate internationally, right to participate in the definition and preparation of policies on culture and other elements connected to the right to participate in cultural life.’ The right to take part in cultural life has both a collective as well as individual dimension as pointed out by Groni<sup>18</sup>.

Additionally, international human rights instruments and bodies have identified some special characteristics of cultural rights pertaining to ethnic minorities. One of these ‘special characteristics,’ relevant to the present research paper, is that the ‘state and its agent have the obligation to respect the freedom of minorities, both individually and as groups, to fully participate in cultural life and assert their cultural identity’. The principles of non-discrimination and equality must guide the state’s actions. However, equality should not amount to forced assimilation<sup>19</sup>.

## **II.- Legal Framework Pertaining to Equal Opportunities**

*“Setting up the equal opportunities legal framework was a laudable initiative. Yet just preliminaries.”*

-Brian Glover<sup>20</sup> (EOC Report, 2014)

This chapter explores the legal framework governing the principle of equal opportunities in Mauritius. It covers the key legislations and institutions as well as provides an overview of the main international conventions relevant to the present study.

---

<sup>18</sup> GRONI, C., *The Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1) (a) of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2008, p. 8.

<sup>19</sup> STAMATOPOULOU, E., *The Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1) (a) of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2008, p. 6.

<sup>20</sup> EOC *Equal Opportunities Commission Report 2014*, Port Louis: EOC, 2014.

## A.- The Constitutional Framework

The Constitution of Mauritius is based on the Westminster model and rests on two fundamental tenets which are the rule of law and the principle of separation of powers. Chapter II provides for the fundamental rights and freedoms of the individual. Sections 3 and 16 of the Constitution expressly guarantee protection against discrimination. Section 16(3) of the Constitution defines ‘discriminatory’ treatment as follows:

*“In this section, 'discriminatory' means affording different treatment to different persons attributable wholly or mainly to their respective descriptions by race, caste, place of origin, political opinions, colour, creed or sex whereby persons of one such description are subjected to disabilities or restrictions to which persons of another such description are not made subject or are accorded privileges or advantages that are not accorded to persons of another such description ”*

Therefore, it is to be noted that Sections 3 and 16 of the Constitution of Mauritius provide for the protection against discrimination with the intention of promoting more equal treatment. For instance, in the case of *Tengur v. Ministry of Education 2002 SCJ 298*, the practice of retaining some quotas for admission of students of a particular faith in Roman Catholic Education Authority schools was held to be an unconstitutional and a discriminatory practice. However, Section 16 of the Constitution provides an exhaustive list of the grounds on which one can seek remedy for discrimination. As such, in the case of *Matadeen v. Pointu 1997 PRV 14*, it was held that there was no discriminatory treatment as the notion of discrimination only applies to the grounds enunciated in section 16 of the Constitution and the matter of the case did not fall within the ambit of that section.

The exhaustive nature of Section 16 of the Constitution may deny remedy to some categories of individuals experiencing unfair discriminatory practices, such as persons with disabilities. The Law Reform Commission<sup>21</sup> (2010) proposes guaranteeing the right of persons with disabilities. This may be done by affording constitutional protection to them by including ‘impairment’ on the exhaustive list of grounds upon which discrimination is prohibited at Section 16 of the Constitution.

Contrastingly, in the case of *Rose v. Police 1976 MR 81*, it was pointed out that ‘to differentiate does not necessarily mean to discriminate’ as unequal treatment may sometimes foster some form of equality. Similarly, in the case of *Jaulim v.s Director of Public Prosecution and Others 1976 MR96*, court noted

---

<sup>21</sup> LRC, *Issue Paper: Constitutional Protection of Human Rights*, Port Louis: LRC, 2010, p. 6.

that a difference in treatment can be said to be discriminatory only if such a difference cannot be reasonably or objectively justified. The rationale behind the exercise of ‘legitimate differentiation’ was explained in the Indian case of *Kedar Nath v. State of West of Bengal AIR 1953 SC 404* whereby the Supreme Court of India affirmed that it was ‘permissible to apply different measures to different classes of people if the classification is based on an intelligible principle’ having a reasonable goal that the Legislature aims to achieve.

## **B.- National Legislations and Institutions**

### **1 – The Equal Opportunities Act**

The Equal Opportunities Act was voted in 2008 and proclaimed in 2012 in an attempt to promote equal opportunities and to prohibit discrimination. It applies to employment activities and other activities including education, the provision of goods, services or facilities, companies, registered associations amongst others.

The Equal Opportunities Act ensures protection against direct discrimination and indirect discrimination based on the grounds of ‘age, caste, colour, creed, ethnic origin, and impairment, place of origin, political opinion, race, sex and sexual orientation’. The list of grounds provided is exhaustive and, as a result, restrictive. It also prohibits discrimination by victimization. The Act also deals with the issue of sexual harassment in line with Part V.

The Equal Opportunities Act also established the Equal Opportunities Commission and the Equal Opportunities Tribunal under Part VI and Part VII of the act respectively.

The Equal Opportunities Commission was established under the Equal Opportunities Act on the 24th April 2012. The Commission is empowered to carry out investigations following a complaint registered or on its own motion. It attempts to reconcile parties involved in a dispute. The Commission also has the function of promoting awareness of equal opportunities through educational or awareness campaigns and by fostering research. Upon the completion of an investigation whereby an offence has been revealed, the Commission may refer the matter to the Director of Public Prosecution according to Section 27 (4) (b) of the Equal Opportunities Act. Nevertheless, if the case has not been resolved, it may refer it to the Equal Opportunities Tribunal. According to the Human Rights Periodic Report of 2015<sup>22</sup>, 1471 complaints were lodged and 1386 of them were examined by the commission as at the end of December 2015. The work carried out by the Equal Opportunities may be appreciated with reference to a case dealt

---

<sup>22</sup> Human rights Periodic Report, 2015, p. 22.

by it whereby it went beyond the ‘traditional compensation for damages’ approach towards education as a tool for promoting equal opportunities. This may be deemed to be a commendable initiative.

*“In June 2012, a Mauritian living abroad lodged a complaint alleging that he had been refused access to a hotel. He averred having been discriminated on, inter alia, his place of origin, that is, because he is a Mauritian and also because of his colour of skin. He believed that had he been a foreigner or had he been a White, he would have been allowed in the hotel. The hotel denied the allegations, but in all good faith nonetheless offered to settle the matter through conciliation with a view to promoting good relations. The hotel offered a free stay to the complainant, which the latter refused. The complainant made a counter offer, requesting the hotel to organize a sensitization campaign on the promotion of the elimination of equal opportunities and non-discrimination, to be carried out by the Commission, which proposal was agreed by both parties”<sup>23</sup>.*

The Equal Opportunities Tribunal is the first instance jurisdiction which determines whether there has been a breach of the Equal Opportunities Act. Its decisions are binding. The tribunal has, hence, the jurisdiction to hear any case referred to it by the Equal Opportunities Commission, to issue an interim order, to make orders and recommendations, amongst others, according to section 35 of the Equal Opportunities Act. Any party not satisfied with the decision of the tribunal may appeal to the Supreme Court. In the case of *Director of Paradox Night Club v. Mrs. H. Nelson 2016 SCJ 208*, the respondent was denied access to a club due to her disability and the appellant was appealing against the decision of the tribunal which ordered the payment of a sum of money as compensation. The Supreme Court quashed the decision of the tribunal on the ground that it was ‘*erroneous in law*’.

## 2 – Other Relevant Legislations

In an attempt to promote equality of treatment at the workplace, the legislators have catered for prevention of discrimination in employment and occupation in the Employment Rights Act (ERA, 2008). Section 4 (1) of this act provides that no worker shall be treated in a discriminatory manner by an employer or a prospective employer. Section 4(5) of the ERA defines discrimination as including “*affording different treatment to different workers*” attributable wholly or primarily to “*their respective descriptions by age, race, colour, caste, creed, sex, sexual orientation, HIV status, religion, political opinion, place of origin, national extraction or social origin, which has the effect*

---

<sup>23</sup> EOC Report of 2014, p. 28.

*of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation”.*

The Training and Employment of Disabled Persons Act (1996) – henceforth referred to as the TEDP Act – was amended in 2012. It mainly provides for the employment of disabled persons in Mauritius such as by imposing on every employer having a workforce of 35 or more employees, the duty to employ a number of persons with disabilities according to section 13 of the Act. Furthermore, it also provides for the promotion of the establishment of schemes, projects, vocational centers and other institutions involved in the training of disabled persons. The legislations governing the rights of persons with disabilities remain scattered. Nonetheless, the Disability Bill is currently under scrutiny in Parliament.

### **C.- Relevant International Conventions Ratified by Mauritius**

Several international conventions have been ratified by the State of Mauritius. According to Section 2(1) (a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), treaties are written agreements made between states and governed by international law. The following sections entail an overview of the main international conventions ratified by Mauritius and which are relevant to this research paper.

The **Universal Declaration of Human Rights (UDHR)** is often considered as being a landmark instrument in the history of human rights. It was proclaimed in 1948 by the United Nations General Assembly in Paris and broadly distinguishes between two categories of rights namely civil and political rights and economic, social and cultural rights. These two categories of rights are further elaborated in the International Covenant on Civil and Political rights (1966) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). The need for such instruments was felt after the gloomy scenario filled with human rights violations painted by the World War II<sup>24</sup>. The UDHR does not only endow a range of human rights to individuals but also reiterates the principle of equal opportunity in having access to such rights and prohibits discrimination. For instance, article 1 of the declaration states that all human beings are ‘born free and equal in dignity and rights’ and article 2 prohibits discrimination of treatment with regards to the rights enunciated in the declaration.

The **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)** was adopted in 1966 but came into force in 1976. It covers a range of

---

<sup>24</sup> PWESCR, *Human Rights for All: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New Delhi: PWESCR, 2015, p. 5.

'second generation's' rights and stands as a 'lighthouse' in the present study. The right to work (article 6), right to education (articles 13-14) and the right to take part in cultural life and enjoy the benefits of scientific progress (article 15) shall be elaborated on during the course of this paper. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2010)<sup>25</sup> mentioned, in the concluding observations of the 'almost 13 years late' State report, that it is concerned that Mauritius has not enshrined the ESCR in its Constitution and that this situation has a 'restrictive impact' on the scope of the competencies of institutions safeguarding human rights including the courts and the National Human Rights Commission.

The **Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)** was adopted in 1979 by the United Nations General Assembly. It addresses the issue of discrimination based on sex and devises a plan of action for States to end such discrimination. As such, by adopting this convention, States commit themselves to, for example, incorporate the principle of equality of women and men in their legal system and abolish all discriminatory laws.

The General Assembly of the United Nations adopted the **International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD)** in 1965 in an attempt to eliminate racial discrimination. It defines racial discrimination in article 1(1) as being any form of '*distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life*'. The Committee on the CERD (2013)<sup>26</sup> pointed out to the late submission of Mauritius' State Report. It approved the progress made by Mauritius in promoting the safeguard of human rights. However, it urged Mauritius to review its laws on equal opportunities in relations to racial discrimination. It also, regretfully, noted the lack of information, on the part of the State, pertaining to complaints based on racial discrimination and the remedial actions taken hereinafter.

The **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)** was adopted on 13th December 2006. It entails a broad categorization of persons with disabilities and reaffirms that all persons with disabilities are 'subjects' with rights and not mere objects of charity and social protection. Furthermore, Article 1 of

---

<sup>25</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Consideration of Reports Submitted by State Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2010.

<sup>26</sup> COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations Finales concernant les quinzièmes à dix-neuvièmes rapport périodiques de Maurice, adoptées par le comité à sa quatre-vingt-deuxième session*, Genève : Nations Unies, 2013.

the Optional Protocol to the CRPD establishes the competence of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities to consider communication from or on behalf of individuals who claim to be victims of a violation by a state party.

Overall, it can be noted that the principle of equal opportunities and the prohibition of discrimination is afforded constitutional protection in Mauritius. Several legislations have been enacted to further reinforce equal treatment and promote meritocracy, such as the Equal Opportunities Act which is a key legislation for the promotion of equality in Mauritius. Nevertheless, Mauritius has also ratified several international conventions which have at their heart, the promotion of human rights and equality. While the debate pertaining to the existential nature of how far international law is ‘law’ remains a vital issue, the importance of these international conventions in providing a guide and ensuring more accountability of states cannot be overlooked.

### **III.- An Analysis of the Effectiveness of the Application of the Legal Framework in Selected Areas in the Mauritian Context**

*‘Our lives begin to end the day we become silent about things that matter.’*

-Martin Luther King Jr.

This chapter encompasses an analysis of the effectiveness of the legal framework into promoting a culture of equal opportunities or by reflecting this vital principle in some selected areas. It deals principally with economic, social and cultural rights.

#### **A.- An Economic Right: The Right to Work of Women**

The CEDAW formally recognises the influence of culture and tradition on restricting women’s enjoyment of their fundamental human rights. These forces take the form of stereotypes, customs and norms that may be found in the culture of a society. The preamble of the convention emphasises that *‘a change in the traditional role of men as well as women in society and in the family is needed to achieve full equality of men and women’*.

The General Comment No. 18 on the Right to Work<sup>27</sup> also points out to the need of having a comprehensive system to combat gender discrimination and

---

<sup>27</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *The Right to Work: General Comment No.18*, Geneva: United Nations, 2005, p. 25.

ensure more equal opportunities to women. However, the ultimate goal to be achieved in terms of equality of opportunities should be clear. This study shall not focus on equal opportunity as *'the mere representation of women as figureheads'* on the board or in management solely but rather on the creation of equal opportunities for women to have access to top management positions or on the board of directors of companies.

## **1 – Brief Overview of Methodology**

The research methods used were mainly questionnaires consisting of both open ended and closed questions (for a detailed description, please refer to Appendix 1).

The sample consisted of a targeted 20 men and women undertaking leadership roles in companies either through top managerial posts or on the board. Eight of the respondents were males and five of them were females. The response rate was at 65% (13 out of 20). However, it may be noted that the attitude of individuals requested to fill in the questionnaire varied greatly from the *'kind, sympathetic and concerned about women's rights'* attitude to those dismissing women's positions in leadership role as being *'another feminists' trivial concern'*.

## **2 – Analysis**

The right to work includes several elements. Two of these elements relevant to the present study are the access to the labour market and protection against discrimination. These elements are interrelated. The right to have equal opportunities to have access to leadership roles in companies for women is nevertheless influenced by socio-economic and cultural barriers as explained in the following sections.

### **a – The Right to Access to Work**

The socio-cultural phenomenon which restricts woman's access to posts with top responsibilities, often, takes the form of a *'glass ceiling'*. The *'glass ceiling'* is a phrase used to *'describe the phenomena that occur when invisible, artificial barriers prevent individuals from advancing within their own organisations despite their qualifications,'* according to Smith<sup>28</sup>.

In the survey conducted through questionnaires, 9 out of the 13 respondents agreed that they noted the prevalence of a glass ceiling which hinders women's advancement. This glass ceiling may be a result of gender stereotyping and the *'dual burden'* of women as explained in the following sections.

---

<sup>28</sup> SMITH, D., *Women at Work*, New Jersey: Prentice Hall, Inc., 2000, p. 11.

### \* Gender stereotyping as a potential source of discrimination

A gender stereotype is a generalised view of the *'typical or ideal characteristics of men and women'*. The gender stereotype involves what Connell<sup>29</sup> (in Browne, 2008) called a *'hegemonic masculinity and a hegemonic femininity'*. As such, some features are generally associated with *'masculinity'* such as independence, aggression, rationality, risk taking and ambition. Contrastingly, the *'hegemonic femininity'* involves characteristics such as emotional, gentleness and non-aggressive, risk aversion and domesticity.

Gender stereotyping in the culture of a society may be detrimental to women's access to leadership positions in the workplace. In the survey conducted 54% of respondents agreed that there was a predominantly male dominated culture in their field and 76% claimed that the number of women in *'top positions'* in their field are few as compared to men. This is because the *'traditional'* stereotype or hegemony associated with males, such as ambition and rationality, are much more desirable than the stereotypes attached to femininity which includes emotional behaviours and more responsibilities in terms of childcare and housework. Stereotypes overshadow the fact that women, like men, have different characteristics and do not always fit in the narrow definition of and stereotypes attached to femininity.

In the survey conducted, the 61 % of the respondents conceded that there was indeed a *'gender stereotype'* portraying men as the main *'breadwinner'* and women in *'nurturing roles and as the caregiver'*. Such a stereotype is still prevalent, not only amidst the workers at a lower level of the corporate ladder, but also at the top of the companies. This reinforces the notion that women have a *'greater role to play within the home than in a company'*. This belief may be a potential source of discrimination not only during the recruitment and selection exercise for top positions with responsibilities but, also, in the daily interaction of males and females' colleagues leading to women being portrayed as potentially *'the unreliable'* director or manager. As pointed out by one female manager in the survey, access to top managerial and board level positions may be refused to women as they are perceived as being *'less productive and unable to work long hours'*.

Gender stereotypes may also hamper the right to have access to work in some industries or sectors for both men and women. This is because it creates a segregated and inaccurate view of the work that can be undertaken by men and women. For instance, a male director pointed out, in the survey, *'the lack of*

---

<sup>29</sup> BROWNE, K., *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, p. 63.

visibility of women in leadership roles in the engineering and construction industry in Mauritius'. Similarly, it has been noted that some sectors have become increasingly 'feminised' in the last few decades. These sectors include nursing and teaching and are often 'stereotypical women's work', thus, hindering the prospects of men to have access to work and possibly leadership roles in these areas.

**\* The 'Dual Burden' Faced by Women**

Gender stereotypes project a misrepresentation of gender roles in society. However, it may also point out to some 'dark realities' underlying the culture of a society. This may, for example, be the case of the 'dual burden faced by women'. The dual burden is a concept devised by sociologists to explain the fact that women have dual responsibilities, that is, paid work in the workplace and 'unpaid' work in the home in terms of child care and house chores which are mainly undertaken by women<sup>30</sup>. This cultural phenomenon has been confirmed in the survey conducted through questionnaires as illustrated as follows.

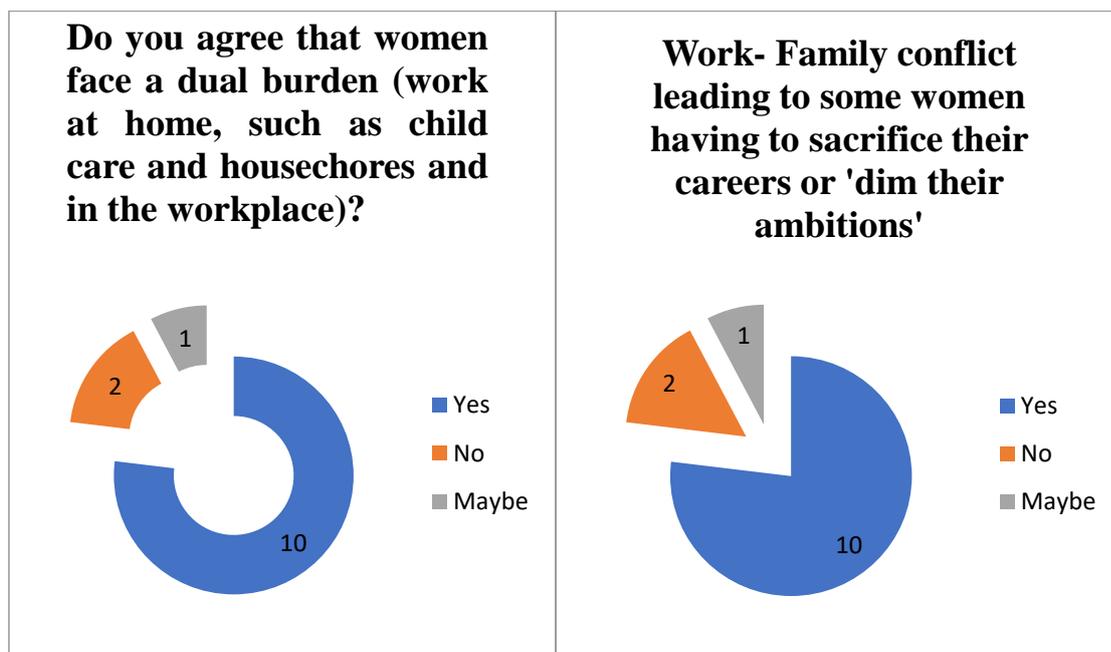


Figure 1: Illustration on the number of respondents admitting that women face the 'dual burden' and that some of them had to forego advancement in their career as result (Data collected from the survey conducted)

<sup>30</sup> BROWNE, K. *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, pp. 124-127.

## **b – Protection from Discrimination**

The prevalence of gender stereotypes and the traditional roles attached to men and women which, often, lead to the unfair thrusting of the ‘*dual burden*’ upon women requires protection from discriminatory practices against women.

In the survey conducted, 11 of the 13 respondents said that they did not face discrimination, so far, in their careers, while, 1 of them admits that she did face such practices. Also, 2 women claimed that they have been victims of intimidation by male colleagues and clients which reflects the attitudes of some men towards women in leadership roles in the Mauritian culture. Nevertheless, 61.5% of them (that is, 8 respondents) agreed that discrimination still persists, but in a subtler form.

## **c – The ‘Equal Pay for Equal Work’ Principle**

The CDESCR endorses the principle of ‘*equal pay for work of equal value*’. This means that the Convention advocates a ‘*system of objective appraisal of the requirements of various types of work without taking the sex of the workers into consideration when determining the pay scales*’ (Kallstrom and Eidei, in Alfredsson and Eide, 1999)<sup>31</sup>.

<b>OCCUPATIONAL GROUP</b>	<b>Average Monthly Income of Male (Rs.)</b>	<b>Average Monthly Income of Female (Rs.)</b>
Managers, Professionals, Technicians and Associate Professionals	40,200	29,100
Clerical Support Workers	22,300	17,800

Table 1: Extract from the Gender Statistics, 2016 (Table 12– Average monthly income (Rs) from employment by occupational group, 2016)

<sup>31</sup> ALFREDSSON G. and EIDE A., *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, p 496

As noted in the table, the issue of equal pay principle requires urgent attention in Mauritius. A significant gap between the average income of men and those of women can be noted not only at managerial and professional level but, also, at the clerical level.

### **Concluding remarks**

The progress made by women in leadership roles in our contemporary society seems to be too ‘*gradual and slow*’. The words of the first female prime minister in the Caribbean Commonwealth of Dominica, 1995<sup>32</sup> (in Smith, 2000) rightly reflects the attitude and perspective that need to be adopted when dealing with issues such as gender discrimination not only in companies but also in society, in general.

*‘To me equality is the important thing. I don’t want preference. I don’t want to be preferred as a woman. But I want it acknowledged that I am a human being who has the capacity to do what I do, and it doesn’t matter whether I was born a man or woman. The work will be done that way.’*

-Hon. Eugenia Charles

## **B.- A Social Right: The Right to Education of Children with Physical Disabilities**

### **1 – Brief Overview of Methodology**

The research methods used were mainly face to face and focus group interviews with a pre-set questionnaire consisting of both open ended and closed questions (for a detailed description, please refer to Appendix 1). The sample consisted of 50 students mainly from two different schools, one specializing in educating students with mental, intellectual and some physical disabilities (Centre Pour l’Éducation et le Progrès des Enfants Handicapés), while the other focused on students with hearing impairment (Society for the Welfare of the Deaf). Nineteen students surveyed had a mental and/or an intellectual disability and thirty-one of them were impaired with a physical disability.

### **2 – Analysis**

The CRPD enshrines eight guiding principles which help promote the welfare of individuals with disabilities. The main principles being critically analysed in this research paper are accessibility, full and effective participation and inclusion in society, non-discrimination and equality of opportunity.

---

<sup>32</sup> SMITH, D., *Women at Work*, New Jersey: Prentice Hall, Inc., 2000, p. 80.

## a – Access to Education

The right to education involves the removal of barriers to have access to education. These barriers may take the form of tangible factors, such as lack of material resources and unsuitable infrastructures, or intangible factors such as lack of access to further education or unfair prejudice. The following sections shall explore accessibility to material resources, infrastructures and further education.

### \* Access to Material Resources

The survey pointed out to the fact that students with disabilities, often, face difficulties to have access to quality education not only as a result of their inherent disabilities but also as a result of external and material factors such as their social class.

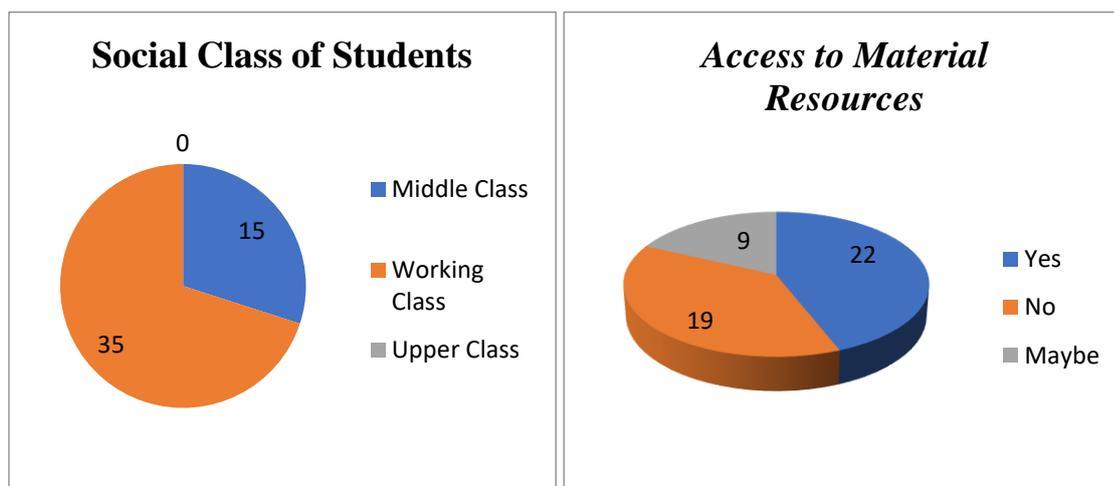


Figure 1& 2: Social classes (assessed in terms of occupation, income and family size) of the 50 respondents of the survey conducted and ease of access to material resources

As shown above, the issue of social class plays a vital role with regards to access to education as 70% of students belong to a working-class background. As pointed out by the longitudinal study conducted by the sociologist, Douglas in his early research of *The Home and the School* in 1964<sup>33</sup> (in Browne, 2008), material factors such as poverty, low wages, poor diet, poor health and housing facilities, amongst others, are major determinants in contributing to educational achievement.

<sup>33</sup> BROWNE, K., *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, p. 360.

The disabled students, as such, face even more material deprivation than the student without any disabilities as a result of their social class and disabilities. For instance, the former also needs additional medical facilities, special learning materials, physiotherapy, to name but a few. Furthermore, another stumbling block faced by several working-class students with disabilities uncovered during the survey is that several of them hailed from ‘*broken*’ families which not only aggravated their financial position but also created a need for psychological support and counselling.

When asked about whether or not, the students easily had access to resources such as books, wheelchairs, hearing aids among others, 22 of them said ‘yes’ (Figure 2). Nevertheless, 96% of them agreed that they needed more resources when asked if they wished to have access to more resources. The students expressed their wishes to have more learning and assistive technologies such as projectors, visual learning devices, more sports and recreational facilities.

**\* Access to Infrastructures**

The right to education entails the removal of barriers to access to schools and other educational institutions. Often, physical infrastructures such as roads, the transport system, buildings and schools may impair the ability of some students to have access to these institutions.

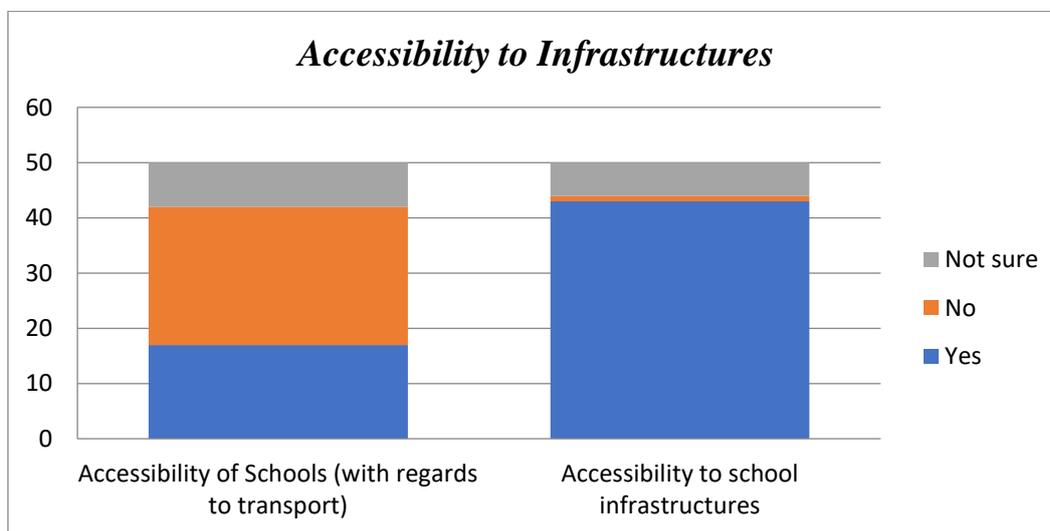


Figure 3: Access to educational institutions in terms of infrastructures

As illustrated in the previous diagram, when asked about how easily accessible (physically) are schools, 43 students (86%) found it more convenient to have access to the school premises as they are adapted to cater for their disabilities. However, 25 students (50%) found it difficult to ‘*reach*’ school mainly due to the lack of infrastructural facilities for people with physical

disabilities such as insufficient wheelchair ramps in public areas, difficulties to identify buses, amongst others. Nevertheless, both schools have made provisions for the transport of students, mainly through private school vans, thus reducing the problem of accessibility to some extent.

**\* Access to Vocational Training and Tertiary Education**

Pursuing further education helps improve the life chances of students by paving the way to more job opportunities. The right to education requires at a basic level the access to primary education and at a later stage- especially for a country aspiring to step in the arena of high-income economies such as Mauritius- access to secondary schooling, vocational and tertiary education.

When asked about whether the students shall attend vocational training after their primary and secondary schools, 62% responded positively, 27.1% said ‘no’ and 10.4% were ‘not sure’. While this represented a quite gloomy picture of the aspirations of the students, the response as to whether or not they were considering attending a university and the reasons influencing their choices were by far surprising, if not, appalling.

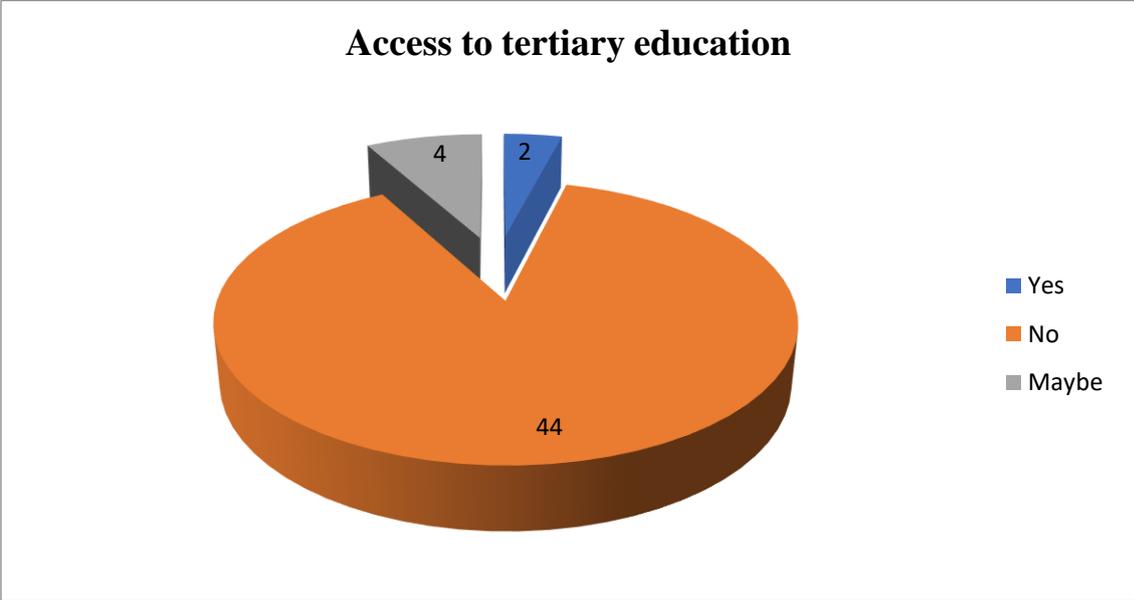


Figure 4: Number of students wishing to undertake further education at a university

Forty-four (88%) respondents mentioned that they were not considering attending a university after their secondary education. Several reasons were provided as listed in the following table. Lack of awareness and difficulties to adapt were the main reasons given.

<b>Reasons given by students for not attending a university</b>
Not aware of what does a 'university consist of'?
Difficult to adapt and learn
No facilities for interpreters for deaf students
Not relevant to what I want to do in the future
Prejudiced or perceived as being 'dumb' by other people
Lack of professional courses available for disabled persons
Hail from a 'broken family' and wish to join the job market soon

Table 1: List compiled during focus group interviews undertaken in the survey

There seems to be a preference for manual jobs amidst the students. Several factors may account for this mainly the lack of awareness and the social background of the students, to some extent. While at first glance it seems that the preference for manual jobs may be a 'convenient' option for them, a darker implication may underlie this trend. The lack of students with disabilities in white collar jobs may perpetuate the 'stigma or prejudice' of them 'not being capable' to perform such tasks. Also, it may keep them trapped in the vicious cycle of poverty and limited opportunities.

## **b – Inclusion**

Inclusion is a vital element for the integration of individuals with disabilities in society. It allows them to step out of the microcosm and into the macrocosm of society. The education system is a crucial socialisation institution which facilitates such a transition. In the survey of 50 students, 76% of them agreed that they felt '*excluded or isolated*' from other children in mainstream schools. While at first glance, mainstream education for disabled students may seem to be a much desirable and functional solution, a deeper analysis reveals that it should not be used as blanket policy.

A distinction has to be made between students with physical disabilities and mental disabilities. While more willingness and capacity to adapt may be noted amongst the students with physical disabilities throughout the interaction undertaken during the focus group interviews, the same may not be the case for students with mental disabilities. Students with autism and epilepsy may find it even more difficult to adapt and learn in mainstream schools.

Additionally, several students with disabilities complained about the attitudes of some students without disabilities from mainstream schools towards them. Teasing and bullying seem to be an issue in some cases. One student from

the SWD was repulsed by the unpleasant teasing by students without disabilities from mainstream secondary schools he came across in public buses and called them *'bann Mauriciens sauvages'*. Two explanations may account for this situation: firstly, the longstanding *'tradition'* of segregated schooling seems to have created an *'us and them'* culture and inculcated a narrow perception of what is viewed as *'normal'* in society. Secondly, lack of awareness of the different disabilities and capacities of disabled students may also account for such an issue.

**c – Non- discrimination and equality of opportunity**

When asked about whether or not the students felt discriminated against in terms of access to educational facilities, 36 respondents replied *'yes'*, 12 of them answered *'no'* and the rest could not understand the concept. However, when asked if they should be provided with more equal opportunities at school and society, in general, 45 of them (90%) answered positively and none said *'no'*.

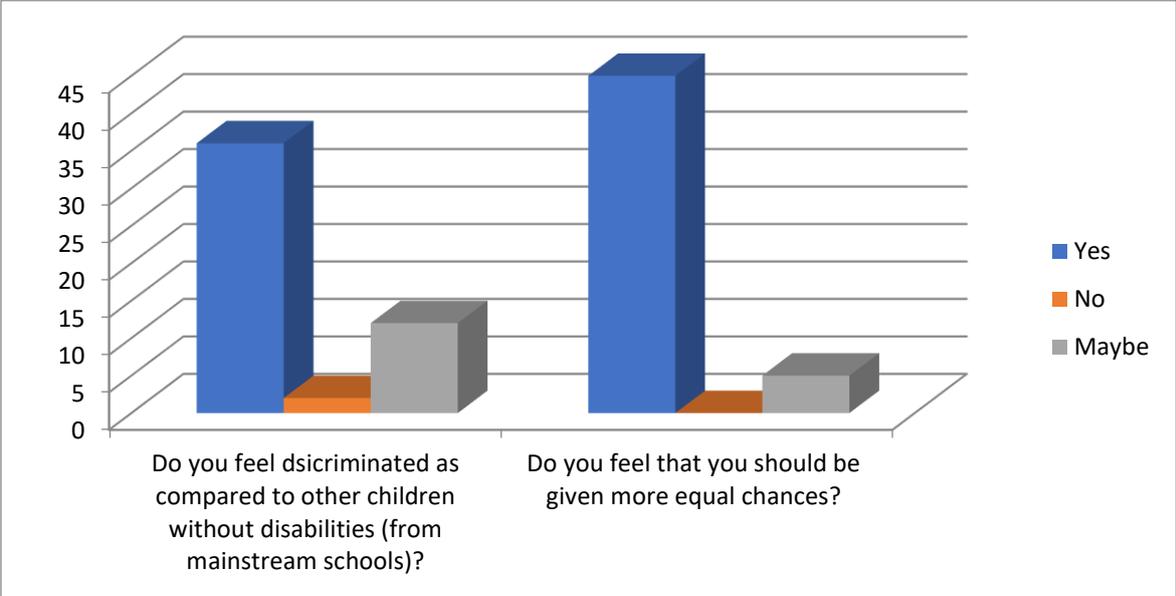


Figure 5: Perception on discrimination and equal opportunities by students with disabilities

There seem to be a major concern and general acknowledgement among the students with disabilities in *'special schools'* that they need to be treated more equally and should be given access to equal opportunities.

## **Concluding remarks**

Overall, it may be noted that students with disabilities face several unequal treatments especially with regards to access to further education. While this seems to necessitate a change in legislations, it does also point out to the need for a change of mindset towards disabled persons. There seems to be an urgent change in perception towards the adoption of a perspective which does not overshadow their capacities by their disabilities and regard them as mere objects of charity by the state but, rather, as individuals having rights.

## **C.- A Cultural Right: The Right to Take Part in Cultural Life of Different Ethnic Groups**

### **1 – Brief Overview of Methodology**

The research method used was 100 questionnaires administered online and face to face in an attempt to reach a greater number of respondents with different backgrounds. The questionnaires comprised of mostly closed questions (for a detailed description, please refer to Appendix 1).

The target population was 100 and the response rate was 76%. A greater reluctance was noted amongst individuals above the age of 40 years' old who seemed to be, as one lady pointed out when asked to fill in the questionnaire, '*not interested in the issue of equal opportunities anymore*'. This '*disenchantment*' unfortunately seems to be a result of the recent political situations in Mauritius.

### **2 – Analysis**

The population of the Republic of Mauritius '*stood at 1,265,309 at the end of 2017*' according to Statistics Mauritius. The multiculturalism aspect of the Mauritian society requires delving into the demographic composition of the different ethnic groups in Mauritius. However, in an attempt to explore this composition through statistics as a starting point, it was noted that the last records of the different ethnic communities in Mauritius, in the Populations Digest (2016), date back to 1972. As mentioned in the census, '*no data on community was collected in 1983, 1990, 2000 and 2011*'.

Hence, the records of 1972 have been used as reference. The main ethnic groups in Mauritius are classified into the Indo Mauritians (often, further stratified into Hindu and Muslim), the General Population (which includes the Franco Mauritian) and the Sino Mauritian.

<b>Total Population as at 1972</b>	<b>850,968</b>
<b>Hindu</b>	428,345
<b>Muslim</b>	137,171
<b>General Population</b>	261,079
<b>Sino Mauritian</b>	24,373

Table 2: Extract from the ‘Population enumerated at each census by community and sex’ table (Table 1.4(b)) from the Digest of Demographic Statistics of 2016

In 2003, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination<sup>34</sup> raised the question as to ‘*why Creole and European populations are not identified as separate minority groups*’ instead of falling under the umbrella term of ‘*general population*’? This classification – which was established in 1968 – was deemed to be an inaccurate representation of the current situation in Mauritius.

The Committee also pointed out that the reasons given for ceasing to record the ethnic origins of the different communities in Mauritius as ‘*Indo Mauritians, Sino Mauritians and the General population*’ by the representatives of the state was that such classification was ‘*potentially divisive*’. It has been replaced by a stratification based on religion in censuses (OHCHR, 2003)<sup>35</sup>. Therefore, it is to be wondered whether or not by eliminating the classification based on ethnicity and replacing it with a ‘*supposedly less divisive*’ classification based on religion, the State of Mauritius is stifling the importance of ethnicity as a source of identity? After all, eliminating the visibility of ethnicity in statistics does not lead to its disappearance in the Mauritian culture. However, it reduces its significance and visibility at the heart of policies, rendering it difficult for institutions and individuals to analyse and tackle the issue of discrimination based on ethnicity.

Nevertheless, as the issue of ethnic groups’ classifications and statistics in Mauritius remains outdated and the authorities seem complacent, or rather silent, in addressing this issue, the sample surveyed through the questionnaires can, thus,

<sup>34</sup> OCHR (2003) Committee on Elimination of Racial Discrimination considers Report of Mauritius [online]

Available:

<http://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13105&LangID=E>

<sup>35</sup> OCHR (2003) Committee on Elimination of Racial Discrimination considers Report of Mauritius [online]

Available:

<http://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13105&LangID=E>

be deemed to be representing the different ethnic groups in Mauritius based on the 1972's (last census based on ethnicity) classification of ethnic communities.

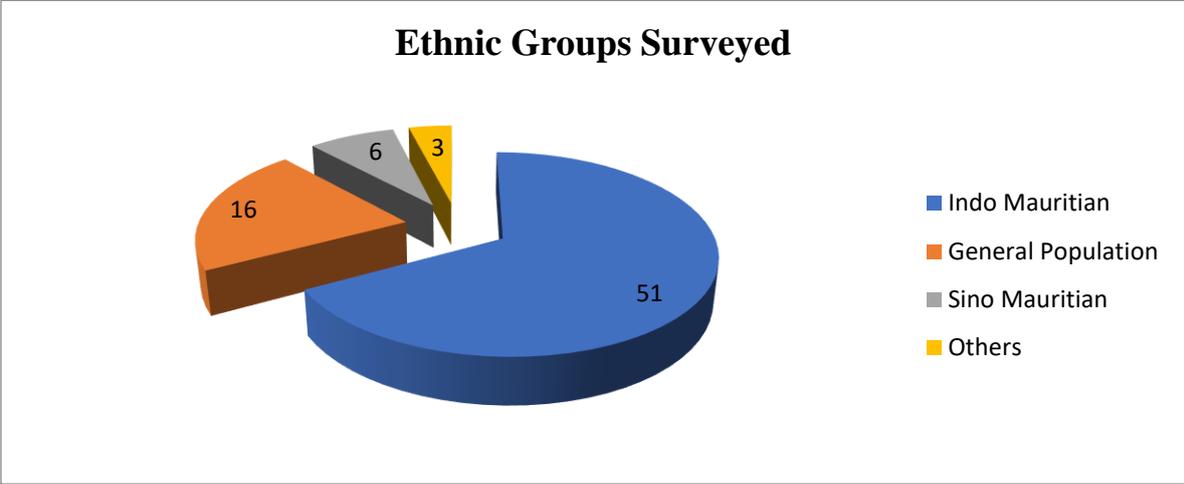


Figure 6: Stratification of the ethnic groups of the 76 respondents in the survey conducted through the dissemination of questionnaires

The respondents mostly belonged to the Indo Mauritian community, followed by the General Population, the Sino Mauritian and ‘others’ (not sure about their ethnic origins) as illustrated in the previous diagram.

When asked about whether ‘they are aware of the Equal Opportunities and the Equal Opportunities Commission’, 50% of the respondents replied that they were not. The right to take part in the cultural life remains an even more ‘foreign’ concept with only 30% of the respondents having ‘heard about’ it.

The right to take part in cultural life includes the right to have access to one’s language and artistic creations<sup>36</sup>. As such, 43% of the respondents stated that they have adequate access to their language in public spheres of life, such as before the official and judicial authorities, 25% of them were not sure while 31% replied ‘no’. One possible explanation for this may be that most of the respondents who replied ‘no’ were administered the questionnaires personally and had difficulties to understand English, except the basic words used. This may be a result of their educational background. Hence, this shows the need for the usage of their mother tongue, ‘Mauritian Creole,’ in the public spheres of life.

The respondents in the survey affirmed that they have access to literary works and artistic works related to their origin ‘to some extent. Nonetheless, 65% of them responded that they wished to have access to more resources so that they can participate better in the cultural life.

<sup>36</sup> STAMATOPOULOU, E., *The Right to Take Part in Cultural Life (article 15(1) (a) of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2008, pp. 4-5.

The survey highlighted the plight of the Sino Mauritians' rights to take part in the cultural life. All of the 6 respondents claimed that they felt 'discriminated in their rights to take part in cultural life' in Mauritius as compared to other ethnic groups and wished to have access to more resources in terms of artistic creations, amongst others. Another minority group which the study aimed to explore was the 'Creole community'. However, given the fact that this ethnic group is included in the 'General Population' category (which also included the Franco Mauritian) made it difficult to reach valid conclusions.

### **Concluding remarks**

Ethnicity is a vital component of the multicultural Mauritian society. As a result, sweeping the issue of ethnicity under the carpet is not a plausible solution and may in the long-term lead to misunderstandings and unfairness or perceived unfairness. Hence, it is to be noted that there remains much to be done in this context. An accurate representation of the different ethnic groups in our contemporary society would be a good starting point and shall allow researchers to make more valid conclusions and fruitful recommendations.

## **IV.- Recommendations**

The following sections constitute of general recommendations and specific recommendations made based on the present legal framework, international organisations' reports and the analysis of the findings of the surveys conducted in the three areas explored.

### **A.- General Recommendations**

The constitutionalisation of some economic, social and cultural rights remains a vital issue with regards to the future of the safeguard of human rights in Mauritius. The supremacy of the Constitution in our jurisdiction shall afford a greater protection to these human rights than the protection provided by national laws. It will not only ensure that any law enacted inconsistent with the provisions of the Constitution shall be rendered null and void, but also, mean that future governments will not '*tamper*' these rights based on their '*whims and caprices*' or political inclinations.

Also, given the increasing blurring of the categorisation of human rights into civil and political and economic, social and cultural rights<sup>37</sup>, the constitutionalisation of these rights will be more compatible with the notion of all equality of all human rights. It may subsequently breathe in some dynamism in our ‘50 years old Constitution’. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2010) also recommends enshrining ESCR in our Constitution<sup>38</sup>.

The LRC (2010)<sup>39</sup> recommends affording constitutional protection to the following socio-economic rights, relevant to the present study: the right to education, the right to language and culture and the right to freedom of trade, occupation and profession.

## **B.- Recommendations with regards to the Right to Work of Women**

### **1 – Legal Changes**

Changes in legislations relating to working conditions were the most ‘popular’ recommendations made by respondents in the survey conducted through questionnaires. There seems to be a growing consensus that laws regulating working conditions, such as leaves and working hours, may help women cater for their dual burden of housework and ‘paid work’. However, one director of a company rightly pointed out in the questionnaire that this may have a possible counter effect, by dissuading employers to assign leadership roles to women.

Nevertheless, laws – having a normative role in society – may be used to generate a ‘*change in perspective of the traditional roles assigned to women*’. For example, legislations may acknowledge the potential role of men as caring for children by providing more possibilities for leaves or longer paternity leave, instead of simply thrusting childcare responsibilities mainly upon women. This may diminish the segregation of the roles that men and women adopt within the family and, simultaneously, promote a more ‘*equal view of gender roles adopted by men and women*’ amidst employers leading to less prejudice and stereotypes in the workplace<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> UNITED NATIONS, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*, Geneva: United Nations Publication, 2005.

<sup>38</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Consideration of Reports Submitted by State Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant*, Geneva: United Nations, 2010.

<sup>39</sup> LRC, *Issue Paper: Constitutional Protection of Human Rights*, Port Louis: LRC, 2010.

<sup>40</sup> WILLIAMS, F., *Social Policy: A Critical Introduction*, Cambridge: Blackwell Publishers, 1989.

Positive discrimination means giving disadvantaged groups more favourable treatment than others to make up for the disadvantages they face<sup>41</sup>. The issue of exercising positive discrimination to compensate for women's dual burden and minority position in top leadership positions in companies has kindled much debate over the years. Nevertheless, in a judgment delivered by the European Court of Justice in the case of *Marschall v. Land Nordrhein Westfalen 1998 IRLR 39*, it was held that positive discrimination, with regards to promotion and access to a job, could occur. Nonetheless, a male candidate should not be excluded from the outset and both male and female candidates should be equally qualified for the post in question. Such practices may be used in the short term to improve women's chances of acceding to leadership roles in the corporate sector.

## **2 – Non-Legal Changes**

Additionally, educational programmes promoting soft skills should be encouraged in schools and tertiary institutions. In the survey conducted through questionnaires, 20% of the respondents suggested that lack of confidence may be one reason to explain why fewer women propel themselves in the limelight to grab promotions and other opportunities. Hence, two of them recommended that campaigns on women's empowerment and on soft skills should be carried out. The schools' curriculum may be reviewed as well, in order to avoid socialising young girls into accepting the stereotypes and 'traditional' roles assigned to women.

## **C.- Recommendations with regards to the Right to Education of Children with Disabilities**

### **1 – Legal Changes**

The LRC<sup>42</sup> (2010) proposes that the right to education should be included in the Constitution of Mauritius and that the rights of persons with disabilities should be guaranteed by affording constitutional protection to them. This may be done primarily by including 'impairment' or 'disability' on the exhaustive list of grounds upon which discrimination is prohibited at Section 16 of the Constitution.

The Committee on the CRPD (2015) drew the attention of the authorities to the need to consider the derogatory language used against persons with disabilities 'throughout laws, policies and discourse'. It highlighted the need to reconsider the use of definitions used in the TEDP Act and the EOA which reflects

---

<sup>41</sup> BROWNE, K., *Sociology for AS AQA*, 3<sup>rd</sup> edition, Malden: Polity Press, 2008, p. 506.

<sup>42</sup> LRC, *Issue Paper: Constitutional Protection of Human Rights*, Port Louis, 2010, pp. 4-6.

the medical approach to disability inconsistent with the CRPD. It is, therefore, recommended that the necessary amendments are made to the legislations.

In an attempt to encourage more students to pursue further education and have access to the labour market, some more specific changes should be brought in the law. For instance, when carrying out the social survey, one teacher mentioned that some employers are more likely to discriminate upon persons with disabilities and do not abide to the legal requirement of employing a certain percentage of disabled persons (as provided by the TEDP ACT). They claim that they ‘*prefer to pay the fine of MUR 20,000*’. This shows that the fine imposed upon such violation does not act as a deterrent. As such, it is recommended that the law is amended to include more severe sanctions for non-compliance and discriminatory practices against individuals with disabilities.

## **2 – Non-Legal Changes**

Mainstream education, especially for children with physical disabilities, should be encouraged. While this may at first sight be a legal change, a more flexible ‘individual approach’ is recommended. For instance, the managers of educational institutions and NGOs may adopt an individual case by case basis in determining the suitability of students in being integrated in mainstream schools as inclusion cannot be used as a ‘blanket policy’ (please refer to chapter 4). Public spaces should also be made more accessible -by local authorities and companies- to persons with disabilities by including ramp walks, signposting and markings to name but a few, in buildings. This may help promote accessibility, throughout the country, and integration. It may also help mitigate the ‘us and them’ culture and prejudiced perspective adopted towards students with disabilities.

## **D.- Recommendations with regards to the Right to Culture of different ethnic groups**

### **1 – Legal Changes**

As a starting point, there seems to be a need to review and reconsider implementing a classification of the different ethnic groups in Mauritius. The Committee on the CERD<sup>43</sup> (2013) recommended, at paragraph 17 of its concluding observations, the reconsideration of the collection of data based on ethnicity. It further iterates that such a step shall help devise better policies to tackle the issue of discrimination based on ethnicity in Mauritius. The fact that religion and ethnicity are interrelated does not mean that there has been a process

---

<sup>43</sup> COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations Finales concernant les quinzièmes à dix-neuvièmes rapport périodiques de Maurice, adoptées par le comité à sa quatre-vingt-deuxième session*, Genève : Nations Unies, 2013.

of ‘osmosis’ between the two concepts. The interconnectedness and distinction have been explained in the British case of *Mandla v. Dowell Lee 1983 ICR 385* whereby Court recognised the ‘Sikhs’ as being an ethnic group because they have ‘a historical background, traditions and culture’ of their own. The visibility of the categories of ethnic groups on official statistics may help different institutions to deal with discrimination based on ethnicity. It may also aid in devising more effective legislations to tackle this issue.

## 2 – Non Legal Changes

The Committee on the CERD (2013) also highlighted an unfortunate set of practice and mindset imbibed in the Mauritian culture. It deplores the existence of ‘a hierarchy along skin colour, ancestry, caste and racial lines (...) whereby groups are perceived as or feel superior or inferior to others.’ It further advises that the ‘recommendations made by the Truth and Justice Commission’ relating to creating a ‘less racist and elitist’ society are implemented. These recommendations include allocating more resources for this purpose and conducting awareness campaigns.

## V.- Conclusion

*‘This culture of equality is not an inborn attitude. It is more of a skill that needs to be awakened, developed and exercised as an art of mastering our actions.’*

- Danisha Sornum (2014)<sup>44</sup>

The theoretical, normative and legal framework governing human rights and equal opportunities have been explored in the preceding chapters. The extent as to which the different legislations have seeped into the culture of the Mauritian society and the gaps that need to be filled in three areas have been identified. However, it is to be noted that this research paper has been limited to the study of these three specific areas.

Overall, it may be noted that several legislations tackling human rights and the principle of equal opportunities have sprouted up in Mauritius in the last few years. While, they do seem to confer some positive effects on the lives of individuals, the root of the problem remains twofold: the complacency and lack of transparency on the part of the State, in some cases, and the mindset of

---

<sup>44</sup> EOC, *Equal Opportunities Commission Report 2014*, Port Louis: EOC, 2014.

individuals. There, thus, remains much to be done, especially in the case of the rights of individuals with disabilities and the rights and recognition of the different ethnic groups in Mauritius.

At the dusk of the 50 years of the independence of Mauritius, we find ourselves oscillating over the edge of a society whereby equality and meritocracy shall prevail or a society fraught with inequality, racism and an elitist culture. The victory of the culture of equality of opportunities depends largely on the steps to be taken by the State and the inhabitants of Mauritius, in general. Maybe, we can conclude at the end of the present study by saying that in the fight for equality, this golden jubilee marks just the beginning.

## Appendix

	<b>TARGET POPULATION SAMPLE</b>	<b>MAIN RESEARCH METHODS USED</b>	<b>AIMS AND OBJECTIVES</b>
<b>Right to Work of Women</b>	20 men and women in top leadership roles (as directors and managers) in companies	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Questionnaires (online and postal)</li> <li>• Official Statistics</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Assess the extent to which women have access to leadership roles in companies</li> </ul>
<b>Right to Education of Children with Disabilities</b>	50 Students with mental and physical disabilities from two 'special schools'	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Focus Group Interviews</li> <li>• Face to Face Interviews with a preset questionnaire</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Analyse and evaluate the right to education of students with disabilities in line with the CRPD main guiding principles</li> </ul>
<b>Right to Take Part in Cultural Life of Different Ethnic Groups</b>	100 individuals of different ethnic backgrounds	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Questionnaires: Online and self-administered</li> <li>• Official Statistics</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Assess the extent to which different ethnic groups, partake in the cultural life in Mauritius</li> </ul>

Table 1: Sample size, research methods and aims of the surveys carried out



# Articles

**DROIT ADMINISTRATIF**

## **La régulation de l'accès au prétoire du juge administratif**

**Julien VIENNE**

*Doctorant en Droit public  
Université de La Réunion*

**Résumé :**

*L'accès au juge administratif a la réputation d'être aisé, en raison de la jurisprudence classique en la matière. Il s'agira dans la présente étude de démontrer que cette réputation se fait de moins en moins vraie. Les portes de la juridiction administrative se ferment de plus en plus et ce phénomène n'est pas dépourvu d'impact sur l'effectivité du principe de légalité et par ricochet, sur la vigueur de l'État de droit en France.*

**Mots-clés : contentieux administratif – recevabilité des recours – accès au juge**

**Abstract:**

*Access to administrative courts is reputed to be easy, owing to the classic case-law on this subject. This study aims to demonstrate that this statement is becoming less and less the case. Increasingly, the doors of the administrative courts are shutting and this trend is not without impact on the efficiency of the principle of legality and by extension on the strength of the Rule of Law in France.*

**Mots-clés: administrative litigation – admissibility of judicial requests – access to courts**

La régulation de l'accès au prétoire du juge administratif tend à être un phénomène qui conditionne de plus en plus le contentieux et les réformes, tant normatives que jurisprudentielles. C'est ainsi que Paul CASSIA, dans un article relativement acide, constatait que sous la vice-présidence de Jean Marc SAUVÉ, « les voies de recours devant la juridiction administrative et l'effectivité de son intervention ont été réduites avec une intensité et une systématisme jamais égalées »<sup>1</sup>. Ce phénomène de régulation, est ambigu en ce qu'il ne semble pas toujours être assumé par ses auteurs. La juridiction administrative œuvre par petites touches successives afin de refermer les portes de son prétoire et ne clame pas toujours à haute et intelligible voix que tel mécanisme est destiné à verrouiller l'accès à son prétoire. C'est ainsi que la principale difficulté d'une étude sur un tel sujet est de réussir à rassembler les pièces éparses et parfois dissimulées qui composent le puzzle de la régulation de l'accès au juge. À cet égard il est nécessaire de préciser que cette régulation peut prendre plusieurs aspects.

D'une part, elle peut se faire *ex ante* et il s'agit là de l'hypothèse classique de régulation de l'accès au prétoire. Dans un tel cas, la régulation consiste à limiter, voire entraver la possibilité de saisir le juge. Ceci en raison de l'existence d'obstacles à cette saisine. Mais la régulation *ex ante* peut également se faire en dissuadant le justiciable d'agir. Dans pareil cas, l'accès au juge n'est donc pas régulé par l'application même de textes ou de principes encadrant le droit d'ester en justice mais par l'effet dissuasif de ces derniers. Il s'agit également de préciser que le découragement du requérant est également un mécanisme participant à ladite régulation *ex ante*.

D'autre part, la régulation de l'accès au juge peut également avoir lieu après la saisine du juge. Dans pareil cas, le requérant a pu accéder au prétoire, mais il en est par la suite évacué, plus ou moins rapidement. Il s'agit là d'une forme de régulation de l'accès au juge mais qui opère au cours de l'instance. Il existe donc ce qu'il convient d'appeler une régulation *in litem*. Il s'agit alors de garder à l'esprit que certains facteurs ou leviers de cette régulation agissent de manière dissuasive. La régulation ne se faisant pas toujours par un verrouillage de l'accès au juge, mais pouvant parfois, voire souvent, opérer en agissant sur l'ardeur contentieuse même du requérant. La régulation de l'accès au juge au-delà des règles procédurales destinées à verrouiller physiquement les portes du prétoire du juge administratif passe donc également par un verrouillage psychologique de ces mêmes portes. Ainsi pour étudier le phénomène de régulation de l'accès au prétoire du juge administratif il est nécessaire de mettre en lumière les mécanismes officiels mais également ceux qui agissent de manière plus officieuse, plus psychologique.

---

<sup>1</sup> CASSIA P., « Le Conseil d'État vu par son futur ex-vice-président », en ligne : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/090518/le-conseil-d-etat-vu-par-son-futur-ex-vice-president>.

Les portes ouvertes du prétoire administratives semblent donc l'être moins qu'au temps jadis. Néanmoins encore faut-il circonscrire ce phénomène. En effet, celui-ci ne semble pas concerner l'ensemble des requérants. Pour mémoire, la juridiction administrative peut en effet être sollicitée tant par une personne privée que par l'administration elle-même. Or, la tendance qui se profile et visant à fermer la porte à certains requérants semble épargner le requérant « administration » et au contraire cibler davantage le justiciable personne privée. Ceci étant visible au travers du fait que le contentieux administratif tend verrouiller de plus en plus l'accès au juge. Et cela en cumulant les mécanismes destinés à empêcher que le justiciable puisse pleinement exercer son droit d'ester en justice. C'est ainsi que la présente étude tendra à démontrer que la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif traduit en réalité une plus grande méfiance de ce dernier à l'égard du justiciable personne privée. Ce phénomène étant perceptible tant en raison du renforcement de l'exigence de pertinence de sa requête (I) que du renforcement de la sanction des requêtes déraisonnables (II).

## **I.- Le renforcement de l'exigence de pertinence de la requête**

« ouvrir aux administrés autant qu'il est possible l'accès (au) prétoire sans verser dans l'action populaire en permettant à n'importe qui d'attaquer n'importe quoi »

J. THÉRY, 1971<sup>2</sup>

Devant le juge administratif il n'a jamais été permis de contester n'importe quoi. De longue date, une exigence de pertinence des requêtes était à l'œuvre, ce qui conditionnait donc le droit d'accès au prétoire dudit juge. Effectivement, il était nécessaire au requérant de satisfaire à un certain nombre de conditions de recevabilité liées à sa situation. Lesquelles au final, se trouvent n'être que les composantes d'un plus grand ensemble, à savoir l'exigence d'appartenance dudit requérant au cercle des intéressés.

L'effet régulateur de cette exigence d'appartenance au cercle des intéressés est fonction de la sévérité avec laquelle le juge la met en œuvre. Plus grande sera cette sévérité, plus les différentes composantes de l'exigence précitée seront opposées au requérant et rendront le cercle des intéressés impénétrable. L'appréciation que fait le juge de l'appartenance du requérant à ce cercle lui permet donc d'ouvrir ou de refermer, à sa guise, les portes de son prétoire, et d'en évacuer le requérant qui n'y appartiendrait pas.

---

<sup>2</sup> THÉRY J., concl. sur CE, 28 mai 1971, *Damasio*, n° 78951, Rec. Lebon, p. 396.

L'exigence d'appartenance au cercle des intéressés, en fonction de son niveau de sa mise en œuvre vient donc réguler les requêtes. Cette mise en œuvre pourtant n'est pas sans poser de problème. Car dans un contexte d'engorgement des juridictions le juge tend à être davantage exigeant dans son appréciation de la pertinence de la requête. Ceci lui permettant de mieux purger son prétoire des requêtes fantaisistes ou futiles. Mais lorsque cette exigence est mise en œuvre de manière trop sévère, cela risque de fermer les portes du prétoire aux requérants de bonne foi mais qui ne parviennent pas à satisfaire à cette exigence. Une telle satisfaction étant désormais loin d'être aisée dans la mesure où l'exigence d'appartenance au cercle des intéressés tend à être davantage contraignante pour le requérant. Il est donc de plus en plus vrai de s'avancer à penser que l'accès au prétoire du juge administratif est limité aux membres d'un cercle d'intéressés (A).

L'exigence de pertinence des requêtes requiert également que celui qui saisit le juge soit effectivement impacté par l'acte administratif qu'il conteste. L'acte administratif doit donc faire grief au requérant. Si tel est le cas sa requête est pertinente en ce que ce dernier a de bonnes raisons de le contester compte tenu des effets négatifs qu'il subit. Néanmoins, tel qu'il le sera démontré *infra*, le niveau d'exigence du juge administratif en la matière a été considérablement renforcé. Pour les requérants, il est donc désormais de moins en moins aisé de satisfaire à l'exigence d'une lésion de leurs droits ou intérêts. L'accès au prétoire du juge administratif est donc de plus en plus réservé aux justiciables les plus gravement affectés (B).

### **A.– L'accès au prétoire du juge administratif, limité aux membres d'un cercle d'intéressés**

Si le contentieux administratif est particulier en ce qu'il est supposé garantir la légalité de l'action administrative, il convient de rappeler qu'il n'est pas ouvert à tous. Le juge administratif refuse en effet de céder ouvertement aux sirènes de l'*actio popularis*. De ce fait, il n'est pas permis à n'importe qui de se pourvoir contre n'importe quoi<sup>3</sup>.

Dès lors le requérant doit démontrer au juge administratif qu'il ne se pourvoit pas contre n'importe quoi, et surtout, qu'il n'est pas n'importe qui. Faute de quoi, il ne pourra prétendre faire partie du cercle des intéressés aux yeux du juge et sa requête C'est ainsi que le requérant doit faire partie du cercle des personnes particulièrement concernées par l'acte litigieux<sup>4</sup>. Comme il le sera démontré plus loin ce cercle est en réalité le cercle des personnes intéressées, c'est à dire ceux qui en raison de leur qualité ont un intérêt à agir contre l'acte contesté.

---

<sup>3</sup> CHENOT B., concl. sur CE, 10 février 1950, *Gicquel*, n° 1743, Rec. Lebon, p. 100.

<sup>4</sup> BROUELLE C. *Contentieux administratif*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 65.

Dans l'appréciation de son appartenance au cercle des intéressés, la qualité du requérant entre donc en compte. La polysémie de cette notion de « qualité » du requérant doit toutefois être relevée, afin d'être au plus tôt neutralisée. En contentieux administratif les multiples acceptions<sup>5</sup> de cette notion peuvent en effet porter à confusion. La première partie de cette étude renverra donc principalement à l'acception relative à la qualité en laquelle le requérant agit. Cette précision effectuée, une seconde s'impose. Il importe également de préciser que cette notion de « qualité du requérant » paraît supposer, selon le commissaire du gouvernement Marceau LONG, que le requérant justifie « *d'une qualité particulière le plaçant dans une situation particulière en raison de l'intervention de l'acte* »<sup>6</sup>. La situation particulière dont il est ici fait mention s'avère être le fruit de plusieurs appréciations successives et relativement complexes auxquelles doit se livrer le juge.

Ces appréciations se veulent complexes dans la mesure où il n'existe pas de *vade mecum* en la matière. Comme il le sera mis en évidence plus loin, un tel exercice est fonction des circonstances, de la situation personnelle du requérant, de l'acte en cause, du rayonnement de ce dernier...

Ces appréciations se veulent également successives dans la mesure où le juge doit d'abord définir le champ d'influence de l'acte litigieux afin de délimiter le diamètre du cercle des intéressés. Ensuite le juge doit étudier la qualité en laquelle le requérant agit afin d'apprécier si ce dernier fait partie, ou non, du cercle susmentionné. De surcroît le raisonnement du juge ne s'arrête pas à cela. C'est ainsi que comme il le sera démontré dans le second temps de la présente partie de cette étude, l'acte litigieux doit suffisamment léser le requérant.

Il est donc possible de faire partie du cercle des intéressés, mais ne pas caractériser une lésion suffisante de ses droits ou intérêts, ce qui rend donc la requête irrecevable. Le critère tiré de l'appartenance au cercle des intéressés est donc distinct du critère tiré de l'exigence d'un intérêt ou droit lésé, et ce en dépit du lien qui unit ces deux critères.

Pour en revenir au cœur du sujet de cette étude, il est indéniable que la manière avec laquelle le juge apprécie ou non l'appartenance du requérant au cercle des intéressés est une manière de réguler l'accès à son prétoire. Ce constat paraît évident mais en réalité, peu d'études y ont été réellement consacrées. À tel point que cette évidence l'est de moins en moins, notamment dans un contexte où le droit et les jurisprudences sont en pleine mutation.

L'appréciation de l'exigence d'appartenance à ce cercle a donc un effet régulateur *in litem* en ce que le juge n'exercera pas son contrôle sur l'acte déféré devant lui par un requérant n'appartenant pas au cercle des intéressés. Un tel

---

<sup>5</sup> CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> édition, p. 476.

<sup>6</sup> LONG M., concl. sur CE, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, n° 7715, Rec. Lebon, p. 100.

comportement contribuant à maîtriser le phénomène d'engorgement des juridictions en évacuant « rapidement » certaines requêtes. Par conséquent, les requérants n'appartenant pas au cercle des intéressés, s'ils auront certes pu franchir les portes du prétoire, en seront ainsi plus ou moins rapidement évacués. À cet égard déjà, l'accès au prétoire du juge administratif est régulé.

Cette même exigence peut également avoir un effet régulateur *erga omnes* en ce qu'il contribue à offrir aux justiciables une grille d'analyse qui permet de filtrer *a priori* les ardeurs contentieuses de ceux qui n'y satisfont pas. Pour peu que les justiciables ne fassent pas preuve d'excès de témérité. Mais en dépit de cela, l'accès au prétoire du juge administratif est régulé, ou *a minima* maîtrisé.

L'exigence classique d'appartenance au cercle des intéressés est donc en soi un levier de régulation de l'accès au prétoire (1), mais la plus grande sévérité avec laquelle le juge la met en œuvre renforce son effet régulateur (2).

### **1 – L'appartenance du requérant au cercle des intéressés, une exigence régulatrice classique**

Comme le faisait remarquer Camille BROUELLE en matière de recours pour excès de pouvoir, l'exigence d'appartenance au cercle des intéressés est destinée à restreindre le nombre de personnes pouvant contester un acte administratif qui a été mis en œuvre très tôt par le Conseil d'État<sup>7</sup>. C'est ainsi qu'*ab initio*, le cercle des intéressés en excès de pouvoir se limitait aux personnes nominativement visées par l'acte litigieux<sup>8</sup>. Ce cercle avait donc des contours figés et un diamètre assez restreint. Fort heureusement pour les justiciables, un tel état du droit est depuis longtemps révolu, et le cercle des intéressés revêt donc un caractère élastique qui confère à cette exigence une certaine souplesse. Ainsi même ceux qui ne sont pas expressément visés par l'acte litigieux peuvent potentiellement pénétrer ledit cercle.

Néanmoins, il s'agit là d'une simple potentialité dans la mesure où comme il le sera démontré, le sort du requérant repose entre les mains du juge administratif. La recevabilité de la requête est donc tributaire du degré de sévérité dans l'appréciation du juge. De ce fait il est possible de s'interroger sur la place de cette exigence dans un l'État de droit puisque l'accès au prétoire est ainsi réservé à un cercle d'individus. De plus les requérants pour prétendre pénétrer ce cercle, et donc le prétoire du juge administratif, sont assujettis à l'appréciation du juge. Il y a donc une double entrave, teintée de subjectivité, à l'accès au prétoire en matière administrative. De surcroit, comme tout corps souple, le cercle des intéressés se trouve donc être malléable, et de ce fait son aspect est tributaire des mains qui le

---

<sup>7</sup> BROUELLE C. *Contentieux administratif*, LGDJ, 2ème édition, 2013, p. 67.

<sup>8</sup> CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts*, Rec. Lebon, p. 680.

façonner. Il est ainsi nécessaire de mettre en lumière la manière avec laquelle le juge administratif met en œuvre le critère de l'appartenance à ce cercle élastique.

Réserver l'accès au prétoire aux membres d'un cercle d'intéressés peut paraître surprenant dans un État de droit. En effet, le droit d'accès au juge a ainsi des allures de privilège et ceux qui en sont démunis se trouvent être impuissants face à la puissance étatique. C'est ainsi que la pertinence de l'exigence d'appartenance au cercle susmentionné, dans un tel État, est discutable. Mais un tel critère peut néanmoins y avoir sa place si le périmètre dudit cercle est souplement défini, de manière à y inclure un nombre non restreint d'individus.

Lorsqu'il est question d'État de droit, il n'est pas certain que « *tous ceux qui s'y réfèrent aient une claire vision de ce que ces trois mots recouvrent* »<sup>9</sup>, comme a pu l'observer Renaud DEMOIX DE SAINT MARC. À cet égard, comme il a déjà été précisé, l'État de droit sera ici entendu comme étant le « *principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme* »<sup>10</sup>. En ce qui concerne la présente étude, la notion d'État de droit concerne donc sa facette relative à la soumission de l'État à la règle de droit, à sa soumission au risque contentieux. Or, conditionner la recevabilité d'une requête dirigée contre l'administration à l'exigence d'appartenance à un cercle d'intéressés tempère cette soumission. De surcroît, l'accès au juge fleure bon le privilège en ce qu'il est limité à une certaine catégorie d'individus.

Une définition souple du périmètre du cercle des intéressés est pourtant une nécessité. En tout cas dans un système qui se veut représentatif de l'État de droit. En effet l'existence d'une réelle condition *ratione personae* au sens le plus propre du terme, c'est à dire liée à la qualité en laquelle le requérant agit, ne peut être rigide. Le contraire reviendrait à verrouiller l'accès au juge, en totale rupture avec la jurisprudence de Strasbourg qui encourage les États à garantir le libre accès aux tribunaux, en vertu de l'article 6 de la Convention EDH<sup>11</sup>. C'est d'ailleurs cette même Cour qui illustre le mieux le fait que les conditions de recevabilité relatives au requérant ne doivent pas aboutir à immuniser l'État d'un contrôle juridictionnel. Ainsi la Cour EDH, celle-là même qui affiche son rejet de l'*actio popularis*, a pu tempérer sa position en la matière. Notamment lorsqu'une appréciation trop rigide

---

<sup>9</sup> DEMOIX DE SAINT MARC R., *L'État*, PUF, 2016, p. 33.

<sup>10</sup> Conseil de Sécurité des Nations Unies, *Rapport du Secrétaire général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, 2004, p. 6.

<sup>11</sup> Cour EDH, 12 novembre 2002, *Běleš et autres c. République Tchèque*, n°47273/99, §49.

conduirait à permettre à l'État d'échapper à ses responsabilités en cas d'allégations de graves violations<sup>12</sup>.

Il est effectivement incontestable qu'une trop grande rigidité en matière d'appréciation de la qualité en laquelle le requérant agit aboutirait à éroder l'État de droit. L'action étatique, par cette trop grande rigidité, serait en effet largement au-dessus des lois puisque trop rares seraient ceux qui pourraient la contester. La flexibilité en la matière est donc cruciale. Et à ce titre, la souplesse dans la définition du périmètre du cercle des intéressés s'avère donc être une nécessité.

Fort heureusement en France, le cercle des intéressés n'a jamais été réellement figé et est donc un critère qui ne s'érigeait pas en entrave démesurée à l'accès au prétoire. En effet si de longue date, il existe une réticence affichée à autoriser « *n'importe qui à se pourvoir contre n'importe quoi* »<sup>13</sup>, paradoxalement le juge administratif ne se montrait guère opposé à accueillir les requérants. À cet égard, les conclusions du commissaire du gouvernement Marceau LONG sur l'arrêt *Abisset*<sup>14</sup>, démontrent que, dès le XX<sup>ème</sup> siècle l'appréciation du juge administratif était empreinte de libéralisme. En rappelant la libéralité de la jurisprudence de l'époque, Marceau LONG invitait pourtant à encore davantage de tempéraments. Ceci de manière à ce que les notions d'intérêt à agir et de lésions soient « *appréciées de façon souple dans les circonstances de chaque espèce* »<sup>15</sup>. La casuistique est donc de rigueur en matière de recevabilité de la requête et le périmètre du cercle des intéressés était donc adaptable au gré des circonstances. Ce qui peut tant s'avérer tant profitable que néfaste pour le justiciable, en fonction de la mise en œuvre de l'exigence d'appartenance au cercle des intéressés.

En raison de son adaptabilité, le cercle des intéressés, est un critère flexible de régulation des requêtes. Néanmoins tout corps flexible, tout corps élastique, est tributaire des mains qui s'en saisissent. C'est donc l'appréciation dont fera montre le juge dans la définition du périmètre de ce cercle dans l'affaire portée devant lui qui conditionnera la recevabilité de la requête. C'est également l'appréciation de l'appartenance du requérant à ce cercle qui caractérise ou non la pertinence de ladite requête, et par conséquent, sa recevabilité.

Toutefois il n'existe pas de véritable *vade mecum* en la matière et la mise en œuvre de ce critère relève de l'appréciation souveraine du juge administratif. Pourtant il est possible de constater que le juge semble lier son appréciation à un examen de l'acte litigieux. En effet le juge paraît exiger un lien suffisant entre cet acte et la situation du requérant, permettant de caractériser que la qualité invoquée

---

<sup>12</sup> Cour EDH, 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campaneu c. Roumanie*, n° 47848/08, §112.

<sup>13</sup> CHENOT B., concl sur CE, 10 février 1950, *Gicquel*, n° 1743, Rec. Lebon, p. 100.

<sup>14</sup> LONG M., concl. sur CE, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, n° 7715, Rec. Lebon, p. 98.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 101.

par ce dernier le place bel et bien dans une situation particulière en raison de l'intervention de l'acte.

La caractérisation d'un tel lien est donc l'une des clés permettant d'intégrer le cercle des intéressés. Par conséquent il s'agit également de l'une des clés permettant d'accéder au prétoire du juge administratif. Mais toutes ces clés ne sont pas librement accessibles aux justiciables, et c'est à ce titre que le juge exige du requérant que la qualité en laquelle il agit et l'objet de l'acte litigieux soient étroitement liés. De surcroît, il convient de préciser au préalable que certaines qualités, celles qui sont trop universelles, sont invariablement exclues dudit cercle.

Il est des qualités en lesquelles le requérant ne peut utilement agir, faute pour lui d'être invariablement exclu du cercle des intéressés. Il s'agit notamment de la qualité de citoyen<sup>16</sup> et de contribuable de l'État<sup>17</sup>. Cette exclusion de la qualité de contribuable de l'État est toujours vigoureuse, puisque les juridictions du fond continuent de la mettre en œuvre<sup>18</sup>.

Et pourtant, l'article 14 de la DDHC de 1789 dispose bien que « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi (...) ». Dès lors ester en justice lorsqu'il est question de décisions ayant un impact budgétaire, c'est à dire globalement toutes les décisions de l'administration, est indéniablement un moyen de constater la nécessité de la contribution publique et d'en suivre l'emploi. De plus la formulation de cet article 14 est suffisamment générale pour permettre d'y déceler une présomption d'intérêt à agir en dépit de la non-existence d'un lien entre la qualité de contribuable de l'État et de l'objet de l'acte litigieux. Il s'agirait en effet d'un droit dont disposerait tout citoyen, et cela sans exigence d'un quelconque autre critère *ratione personae*, si ce n'est celui de la citoyenneté. Ainsi donc tant le citoyen que le contribuable de l'État pourraient se voir reconnaître la possibilité de pénétrer le cercle des intéressés lorsqu'ils contestent une décision affectant la contribution publique, afin d'en suivre l'emploi et surtout, le « bon » emploi des deniers publics.

Mais semble-t-il, une interprétation défavorable de l'expression « *ou par leurs représentants* » permettrait d'expliquer le sort réservé à la qualité de contribuable de l'État. Ledit contribuable étant privé de son droit d'agir en tant que tel, au profit de ses représentants.

De plus l'exclusion de ces qualités est tout sauf incohérent pour un juge qui refuse d'admettre officiellement l'*actio popularis*. En effet, il est possible de penser que tout individu est directement ou indirectement contribuable de l'État, ne serait-

---

<sup>16</sup> CE, 24 octobre 1997, *Mr X*, n° 184866.

<sup>17</sup> CE, 23 novembre 1988, *Dumont*, n° 94282, Rec. Lebon, p.418.

<sup>18</sup> CAA de Nantes, 3 avril 2018, n° 17NT01851.

ce qu'au travers du paiement de la TVA lors des dépenses de la vie quotidienne. Au surplus, il est encore plus aisé de caractériser la qualité de citoyen, pour peu que l'on possède effectivement ladite citoyenneté. De ce fait, le Conseil d'État ne peut admettre ces qualités dans le cercle des intéressés sans faire voler en éclat les portes de son prétoire. Toujours est-il que ceci démontre la volonté délibérée du juge administratif de ne pas accueillir l'*actio popularis* sous quelque forme que ce soit. Puisque ledit article 14 de la DDHC, s'il le voulait, pourrait lui servir de base juridique relativement solide pour agir en ce sens.

Néanmoins tel n'est visiblement pas le cas et le requérant ne saurait utilement agir en sa seule qualité de citoyen ou de contribuable national. L'état actuel de la jurisprudence démontre donc que le juge administratif était et est toujours méfiant envers le justiciable puisqu'il se refuse à lui permettre d'accéder ouvertement à son prétoire grâce à des qualités trop larges, trop universelles. Au-delà de cette invariable règle contentieuse, le requérant, doit caractériser que la qualité qu'il invoque est étroitement liée à l'objet de l'acte qu'il conteste devant le juge administratif.

L'appartenance du requérant au cercle des intéressés est conditionnée par l'existence d'un lien étroit entre l'objet de l'acte litigieux et la qualité en laquelle le requérant agit. À ce titre il est possible de se référer à l'arrêt Casanova<sup>19</sup> par lequel le Conseil d'État reconnaît que la délibération attaquée « *a pour objet l'inscription d'une dépense au budget de la commune* » et que « *les contribuables dans cette commune, on intérêt, en cette qualité* » à agir.

Mais l'objet d'un acte administratif peut s'avérer être plus complexe, et de ce fait la relation entre la situation du requérant et ledit acte peut être plus difficile à caractériser. A cet égard il est possible de citer le cas du contrat administratif. En tant que tel un contrat administratif, de par son objet ne concerne directement que l'administration et son cocontractant. Il est probable que ce soit pour cette raison que le requérant qui n'aurait pas l'une ou l'autre de ces qualités était pendant longtemps irrecevable à attaquer directement le contrat.

Cependant, preuve que la recevabilité de la requête est intrinsèquement liée au contenu, à l'objet de l'acte litigieux, les tiers, pour peu qu'ils aient une qualité qui le leur permettent, étaient exceptionnellement autorisés à se prévaloir ou contester les stipulations contractuelles à caractère réglementaires. Ces dernières par leur objet, ne concernent pas uniquement les parties au contrat mais rayonnent jusqu'à certains tiers au contrat. Certains tiers et non pas tous. Ainsi c'est bien parce qu'ils étaient des usagers du service public que les requérants dans l'affaire Croix-de-Seguey-Tivoli<sup>20</sup> ont pu se prévaloir des stipulations à caractère réglementaire

<sup>19</sup> CE, 29 mars 1901, *Casanova*, n° 94580, Rec. Lebon, p. 333.

<sup>20</sup> CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, n° 19167, Rec. Lebon, p.962.

d'un contrat de concession relatif au transport par tramways. Quant à M. Cayzeele<sup>21</sup> s'il n'était pas propriétaire d'un appartement en ville, il n'aurait vraisemblablement pas pu contester une clause réglementaire relative aux modalités de ramassage des ordures ménagères dans sa ville. Ainsi même dans les jurisprudences qui sont classiquement citées afin de mettre l'accent sur des révolutions prétoriennes teintées de libéralisme, l'exigence d'une requête pertinente eut égard à la qualité du requérant est à l'œuvre.

De manière plus actuelle, les juges de la cour administrative d'appel de Nantes ont ainsi pu déclarer qu'un requérant était recevable à agir contre une concession d'occupation du domaine public à vocation piscicole, puisque lui-même exerçait la profession de pêcheur<sup>22</sup>. Encore une fois, l'exigence d'un lien étroit entre la qualité du requérant et l'objet de l'acte litigieux apparaît.

Il apparaît donc que la jurisprudence qui permet d'attester du libéralisme ou au contraire, de la sévérité du juge en matière d'appréciation de la qualité du requérant ne doit pas être mobilisée sans tenir compte de l'acte au cœur du litige. Pour que la qualité du requérant lui permette de contester un acte administratif, il faut donc qu'existe entre les deux un lien suffisamment fort. Un tel lien permettant de caractériser la pertinence de la requête compte tenu de la situation de son auteur, exigence découlant du refus de l'*actio popularis* devant le juge administratif. Cette mise en œuvre classique de l'exigence d'appartenance au cercle des intéressés a donc un effet régulateur des requêtes puisqu'il permet de circonscrire un cercle de justiciables habilités à contester un acte administratif. Ainsi une certaine méfiance à l'égard des justiciables est perceptible, en filigrane puisqu'il s'agit pour le requérant de réussir à démontrer qu'il est bel et bien concerné par l'acte qu'il conteste. Les justiciables ne peuvent donc contester n'importe quel acte administratif ce qui leur confisque une part conséquente de leur droit d'ester en justice.

De surcroît, l'effet régulateur de cette exigence d'appartenance au cercle des intéressés, tend à être renforcé dans la mesure où l'appréciation du juge en la matière tend à devenir plus sévère.

## **2 – La plus grande sévérité du juge dans l'appréciation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés**

Les contours du cercle des intéressés et la manière générale avec laquelle le juge met en œuvre ce critère ayant été davantage précisés, il convient désormais de replacer ces deux éléments dans le contexte actuel de régulation de l'accès au prétoire. À cette fin, il s'agira, dans les lignes qui suivent, de mettre en lumière la

---

<sup>21</sup> CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Rec. Lebon p. 274.

<sup>22</sup> CAA de Nantes, 3 avril 2018, n°17NT01851.

sévérité croissante du juge administratif en matière d'appréciation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés.

Cette sévérité accrue s'explique par le fait que l'exigence selon laquelle le requérant doit appartenir au cercle des intéressés est un levier cardinal en matière de régulation des requêtes. Cette exigence permettant d'éviter que n'importe qui puisse remettre en cause la régularité de l'action administrative. Toutefois l'ampleur de cet effet régulateur est fonction du niveau de sévérité dont fait montre le juge administratif dans l'examen de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés. Une plus grande sévérité dans l'appréciation de ce critère régulant davantage l'accès à son prétoire que s'il faisait preuve de libéralisme en la matière. Or, il est possible de constater qu'à l'heure actuelle, pareil libéralisme est en perte de vitesse sous l'effet de certains facteurs sont venus affermir l'appréciation du juge administratif. Un tel constat découlant des manifestations d'une plus grande sévérité dans l'appréciation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés.

La caractérisation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés est donc subordonnée à l'appréciation du juge administratif et de son niveau d'exigence. À cet égard cette caractérisation est donc fonction de son libéralisme ou de sa sévérité en la matière. Or, dans un contexte de régulation de l'accès au prétoire, il semble que de manière générale, le libéralisme du juge administratif soit en perte de vitesse. Ce phénomène, parallèlement, renforce donc l'exigence et la sévérité de ce dernier en la matière. De ce fait les contours de la méfiance du juge envers les requérants s'affirment à cet égard déjà. Tout ceci, résultant de l'influence du principe de bonne administration de la justice que de celle du principe de sécurité juridique.

L'appréciation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés a donc été influencée par le principe de bonne administration de la justice. Et ce, au détriment du justiciable. Il paraît nécessaire de préciser que la bonne administration de la justice est une notion ambivalente. Principe et exigence fondamentale aux yeux de la Cour EDH<sup>23</sup>, standard pour d'autres<sup>24</sup> ou encore objectif à valeur constitutionnelle selon les juges de la rue Montpensier<sup>25</sup>, il existe donc un certain débat quant à la valeur à accorder à cette notion. Néanmoins, l'auteur de ces lignes estime qu'il convient de se rallier à la position adoptée par ceux qui influent lourdement sur le droit national, à savoir les juges de Strasbourg. Ainsi la bonne administration de la justice serait un principe et une exigence fondamentale auxquels doivent donc se conformer les États parties à la Convention EDH. Cette précision en outre, permet d'expliquer en quoi ce principe a conduit le juge administratif à

---

<sup>23</sup> Cour EDH., 12 octobre 1992, *Boddaert c. Belgique*, n° 12919/87, §39.

<sup>24</sup> GABARDA O., « L'intérêt d'une bonne administration de la justice », *R.D.P.*, 2006, p. 153.

<sup>25</sup> C.Const., 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC.

revoir son appréciation. Effectivement, ce principe contient lui-même des exigences, au nombre desquelles figure celle de célérité de la justice<sup>26</sup>. Un tel délai pouvant être la conséquence de l'engorgement des juridictions.

À cet égard dès 1992, un rapport du Sénat pointait du doigt la trop grande facilité avec laquelle les requérants pouvaient accéder au juge administratif<sup>27</sup>. Ceci étant, selon le même rapport un facteur d'engorgement des juridictions. Il est possible d'observer que ce rapport semble avoir fait écho dans le raisonnement du juge administratif. Sur ce constat sénatorial vint se greffer un avertissement beaucoup plus autoritaire émanant du juge du Palais-Royal lui-même. En effet avec l'arrêt *Magiera*<sup>28</sup> de 2002, la responsabilité pour faute simple de l'État est devenue engageable en cas de délais de jugement trop longs. Par un heureux hasard calendaire, le désengorgement des tribunaux semble être par la suite devenu une priorité pour le juge administratif.

Ces facteurs notamment, paraissent donc avoir contribué à inciter le juge administratif à ouvrir moins largement les portes de sa juridiction, en resserrant son appréciation de la qualité en laquelle agit le requérant. La bonne administration de la justice, au travers de sa composante relative à la célérité de la procédure, a donc amené le juge à faire montre d'une plus grande sévérité.

À titre illustratif, en 2007, Pierre DE MONTE, commissaire du gouvernement près le tribunal administratif de Montpellier, invitait ainsi sa juridiction à « *suivre ce mouvement de restriction* » après avoir constaté « *la tendance actuelle (...) marquée par une reconnaissance moins souple de la recevabilité* ». Tendance qui selon lui, n'est pas « *sans lien avec le développement quantitatif du contentieux administratif* »<sup>29</sup>.

D'autre part, la sécurité juridique de l'action administrative est également avancée comme argument pour solliciter moins de libéralisme en matière de recevabilité des requêtes. En effet de longue date, il paraissait nécessaire de faire preuve d'une certaine fermeté en matière de recevabilité puisque le contraire troublerait le fonctionnement des administrations<sup>30</sup>. Il est certes possible d'admettre que la sécurité juridique de l'administration et des situations découlant des actes de l'administration pourrait être ébranlée par l'appréciation (trop) libérale de

---

<sup>26</sup> APCHAIN H., « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », AJDA, 2012, p. 587.

<sup>27</sup> Sénat, *Rapport sur le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif et l'exécution de leurs décisions ainsi que sur les services chargés du contentieux administratif dans les administrations publiques*, 11 juin 1992, p. 66.

<sup>28</sup> CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, n° 239575.

<sup>29</sup> DE MONTE P., concl. sur TA Montpellier, 27 décembre 2007, *Association Transparence à Ansignan*, n°s 43979 et 46103.

<sup>30</sup> CHENOT B., concl. sur CE, 10 février 1950, *Gicquel*, n° 1743, Rec. Lebon, p. 100.

l'appartenance du requérant au cercle des intéressés. Ainsi soumise à la menace plus ou moins constante d'une contestation devant le juge, la machine administrative serait alors entravée.

Mais refuser que l'on puisse contester l'action éventuellement illégale de l'administration sous prétexte que cela pourrait perturber la sécurité juridique est un argument difficilement recevable dans un État de droit. Il paraît assez surprenant que l'on contraigne les citoyens à fermer les yeux sur des irrégularités dont ils seraient témoins, afin de ne pas interrompre la quiétude de l'administration.

L'étude des manifestations de la plus grande sévérité du juge dans l'appréciation de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés pourrait sans doute remplir plusieurs volumes. Il s'agira donc au fil des lignes suivantes de ne se focaliser que sur certaines manifestations. Plus précisément celles qui aux yeux de l'auteur de ces lignes, paraissent avoir le plus d'enjeux et qui ne sont pas dépourvues d'un certain symbolisme. Ces manifestations étant le sort réservé aux associations. Mais également celui subi par ceux qui, en contentieux d'urbanisme agissent en qualité de voisin d'une construction ou installation.

Jusqu'à récemment, l'exigence d'un lien étroit entre la qualité du requérant et l'objet de l'acte litigieux n'était opposée que de manière souple aux associations qui saisissaient le juge administratif. Si en principe, conformément à cette exigence, « *le fait qu'une décision administrative ait un champ d'application territorial fait obstacle à ce qu'une association ayant un ressort national justifie d'un intérêt lui donnant qualité* »<sup>31</sup>, cette règle était tempérée par le libéralisme du juge en la matière.

À ce titre, encore assez récemment, les juges du Palais-Royal avaient été amenés à considérer que face à un acte administratif à objet et impact local, les associations à champ d'action national peuvent être considérées comme faisant partie du cercle des intéressés<sup>32</sup>. Ceci étant néanmoins cantonné à des circonstances de droits et de faits permettant de conférer à ces actes locaux un rayonnement national. Par une interprétation extensive de l'objet des actes contestés par les associations, le juge administratif permettait la caractérisation du lien étroit exigé entre la qualité de ces dernières et l'objet de l'acte litigieux.

Néanmoins cet état de la jurisprudence semble désormais être révolu et les associations requérantes paraissent désormais devoir composer avec une méfiance croissante du juge administratif à leur égard. C'est ainsi que la cour administrative d'appel de Marseille, le 22 janvier 2018, avait refusé d'interpréter extensivement l'objet de l'acte local contesté par la Ligue des droits de l'Homme, association à

---

<sup>31</sup> CE, 4 novembre 2015, *Ligue des Droits de l'Homme*, n°375178.

<sup>32</sup> CE, 7 février 2017, *Association AIDES*, n°392758.

champ d'application national<sup>33</sup>. Ce qui aurait pu n'être qu'une position isolée d'une juridiction du fond semble pourtant avoir inspiré le Conseil d'État lui-même. Lequel a ainsi été amené à poser une limite à l'extension constante de l'intérêt à agir des associations<sup>34</sup>.

Les juges du Palais-Royal semblent donc éroder leur propre œuvre. C'est ce qui transparait d'un arrêt du 7 mars 2018, à l'occasion duquel ces derniers ont strictement appliqué l'exigence relative au lien étroit susmentionné à l'égard d'une association. Celle-ci était pourtant locale et contestait un acte qui l'était également, mais les juges ont pourtant estimé qu'en dépit de cela, les effets de cet acte n'affectaient pas directement les intérêts défendus par l'association.

Ces deux arrêts récents semblent donc tracer l'esquisse d'un tableau nettement moins favorable à la recevabilité des requêtes portées par les associations. Ces dernières étant, semble-t-il, vouées à être confrontées à une plus grande sévérité du juge dans l'appréciation de leur appartenance au cercle des intéressés. Parallèlement, un autre type de requérants, les voisins en contentieux d'urbanisme, subit également les effets d'une sévérité accrue dans l'examen de leur qualité auquel se livre le juge.

Pendant un certain temps, celui qui contestait une autorisation d'urbanisme en sa qualité de voisin du projet ainsi autorisé se voyait aisément reconnaître un intérêt à agir<sup>35</sup>. Dès lors la qualité de voisin permettait au requérant de bénéficier d'une certaine présomption d'appartenance au cercle des intéressés.

Mais désormais, le voisin-requérant n'est plus que restrictivement admis dans le prétoire du juge administratif, notamment en raison des spécificités de ce contentieux. Ce dernier étant en effet particulier en ce qu'il permet à des tiers à un projet immobilier, souvent porteur d'enjeux majeurs, de s'y opposer. Ainsi des tiers ont le pouvoir de demander l'annulation de l'autorisation d'un projet immobilier qui peut avoir un intérêt crucial pour ses porteurs. Compte tenu des impacts qui peuvent léser les personnes résidant à proximité de ces projets, ces dernières ont indéniablement un intérêt légitime à pouvoir y mettre leur veto. Aussi en contentieux des autorisations d'urbanisme, seuls les requérants agissant en la qualité de voisin peuvent en principe prétendre intégrer le cercle des intéressés.

Néanmoins il y a voisin et voisin. Celui qui réside dans les environs immédiats d'un projet est incontestablement un voisin de ce dernier. Mais la situation se complexifie lorsque la distance séparant le requérant du projet litigieux

---

<sup>33</sup> CAA de Marseille, 22 janvier 2018, *Ligue des Droits de l'Homme*, n° 16MA04235.

<sup>34</sup> PAULIAT H., « Recours d'une association : l'intérêt à agir n'est pas sans limite ! », JCP. A, n°16, 23 avril 2018, 2134.

<sup>35</sup> NICOUD F., « Le voisin n'est plus le requérant privilégié du contentieux de l'urbanisme ! », *Les Petites Affiches*, 21 juin 2016, n°123, p. 10.

se fait sentir. Pourtant les mètres et les kilomètres ne font pas tout. En effet comme a pu le remarquer Florence NICOUD en 2007, « *si le critère de proximité se révèle généralement déterminant dans l'interprétation toujours délicate de l'intérêt à agir du voisin, le juge n'hésite pas à le pondérer par la présence d'autres facteurs tout aussi importants à ses yeux que peuvent être l'importance du projet attaqué et la configuration des lieux* »<sup>36</sup>. Dès lors, à cette date déjà, l'appartenance du voisin-requérant au cercle des intéressés était ainsi éminemment tributaire de la subjectivité du juge. Lequel peut reconnaître qu'un « voisin » distant d'un kilomètre du projet immobilier faisait partie du cercle des intéressés<sup>37</sup> tandis que dans une autre espèce, éloigné d'à peine 300 mètres du projet qu'il contestait, le requérant ne fut pas admis dans ce cercle<sup>38</sup>.

Cette subjectivité dans la détermination de l'appartenance du voisin dans le cercle des intéressés est devenue exacerbée sous les différentes réformes relatives au contentieux de l'urbanisme. Et cela au détriment du requérant. Le libéralisme du juge en la matière, dont certaines plumes de la doctrine avaient déjà pu mettre en doute l'existence, en raison du niveau élevé d'exigence de ce dernier<sup>39</sup>, fut encore plus réduit.

Ainsi la proximité du voisin ne conditionne définitivement plus son appartenance au cercle des intéressés. Son appartenance à ce cercle est désormais véritablement fonction de la lésion de ces intérêts, comme l'atteste l'article L.600-1-2 du Code de l'urbanisme. Le lien étroit entre la qualité de voisin invoquée par le requérant et l'objet de l'autorisation litigieuse ne suffit donc plus. Ceci mettant en évidence la plus grande méfiance du juge administratif vis à vis du voisin-requérant. Effectivement, en matière de recevabilité des requêtes, le contentieux d'urbanisme soumet le requérant à une exigence renforcée de démonstration d'une lésion de ses droits ou intérêts. Tendance qui se retrouve dans le contentieux administratif en général et qui doit donc également être étudiée.

## **B.- L'accès au prétoire du juge administratif, réservé aux justiciables les plus gravement affectés**

Au-delà de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés, un autre facteur est pris en compte par le juge dans son examen de la pertinence des requêtes, lui permettant par la même occasion de réguler plus précisément l'accès à son prétoire. Ainsi en plus de son appartenance audit cercle, le requérant doit caractériser

---

<sup>36</sup> NICOUD F., « À propos de l'interprétation de la notion d'intérêt à agir dans le contentieux du permis de construire », AJDA, 2007, p. 316-319.

<sup>37</sup> CE, 3 février 1992, *M. Girod et autres*, n° 118855.

<sup>38</sup> CE, 27 octobre 2007, *Mme Dreyse et autres*, n° 286569.

<sup>39</sup> ETCHEGARAY J.-R., « Géographie de la qualité pour agir dans le contentieux du permis de construire », *Constr. Urb.*, 1999, n° 10, p. 5.

une lésion d'un ou plusieurs de ses droits et/ou intérêts par l'acte administratif litigieux. Il s'agit là d'une exigence classique mais qui tend à se renforcer dans un contexte de désengorgement des juridictions. Le classicisme de cette exigence a donc été rénové, puisque cette dernière est désormais appliquée de manière plus sévère par le juge. L'exigence accrue d'une lésion des intérêts du requérant tend donc désormais à être un critère rendant l'accès au juge moins aisé.

L'étude de la jurisprudence amène en effet à constater qu'aux yeux du juge administratif, la requête émanant d'un justiciable non ou insuffisamment lésé par l'acte qu'il conteste ne justifie pas la mise en œuvre d'un réel contrôle juridictionnel. Ainsi les portes de son prétoire ne sont pas ouvertes à un tel requérant, et pour peu qu'il ait réussi à en franchir le seuil, il en sera « rapidement » évacué.

Il apparaît alors que devant un juge administratif qui refuse de céder à l'*actio popularis* et dans un contexte de régulation de l'accès à son prétoire, le requérant doit davantage démontrer qu'il subit ou a subi les effets de l'acte qu'il conteste. Cette exigence renforcée d'une lésion ainsi imposée au requérant est la manifestation de la subjectivisation accrue des contentieux. Laquelle participe donc à la régulation *in litem* de l'accès au prétoire du juge administratif. Phénomène qui sera mis en lumière au fil des lignes suivantes (1) et qui n'est pas dépourvu de tout effet dissuasif *erga omnes* dans la mesure où il peut décourager les éventuels requérants. Une telle dissuasion contribuant également à réguler l'accès au prétoire du juge administratif (2).

### **1 – La subjectivisation accrue des contentieux, levier de régulation *in litem* de l'accès au prétoire**

Il est classiquement admis en matière de contentieux administratifs qu'il en existerait de deux sortes. Lesquels se distingueraient en raison des pouvoirs dont dispose le juge. D'un côté l'on trouverait un contentieux qui se voudrait objectif, au travers du recours pour excès de pouvoir. Ce recours, qui relève du contentieux de la légalité est présenté comme un procès fait à un acte et confère au juge le pouvoir d'annuler ce dernier. De l'autre, un contentieux subjectif qui serait le recours de pleine juridiction. Cette voie de droit permet au juge d'exercer la plénitude de ses pouvoirs. Ce dernier peut ainsi aller au-delà de la seule annulation de l'acte administratif qui lui est déféré, et ainsi le réformer, ou encore octroyer des indemnités au requérant. Et entre ces deux voies, gravite une voie de droit hybride, le recours de plein contentieux objectif qui emprunte des éléments à l'un et à l'autre de contentieux précités<sup>40</sup>. Toutefois le caractère subjectif ou non de ces contentieux doit être précisé. En effet contrairement à ce qu'il y paraît, pareil caractère ne découle pas des pouvoirs du juge mais plutôt de la prétention du requérant lui-même.

---

<sup>40</sup> LEPETIT-COLLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011, §21.

Ainsi si le recours pour excès est présenté comme un recours objectif c'est en raison du fait qu'il s'agit d'un contentieux de la légalité. Un « *procès fait à un acte* » pour reprendre la célèbre formule de LAFERRIÈRE<sup>41</sup>. Un tel recours, objectif, devrait donc être éloigné de considérations *rationae personae* relatives au requérant, telles que les lésions de l'irrégularité invoquée sur sa personne. Et cela, en raison du fait que ce type de contentieux a pour dessein de purger l'ordre juridique, de veiller au respect de la légalité. Or, il apparaît en réalité que ce recours objectif n'est en réalité qu'un recours parfaitement subjectif mais qui s'ignore.

En effet si la voie de l'excès de pouvoir permet de veiller au respect de la légalité, et ainsi sanctionner la violation du droit objectif, il est possible de voir les choses d'une tout autre manière. Cette vision quelque peu dissidente semble partagée par Roger BONNARD, qui estime que les administrés ont un droit subjectif à la légalité des actes administratifs. Partant de ce postulat, tout recours pour excès de pouvoir porterait en réalité sur la violation dudit droit subjectif à la légalité de ces actes<sup>42</sup>. Un tel raisonnement, aussi disruptif qu'il puisse être, est pourtant loin d'être extravagant. S'y rallier permettrait en effet de contribuer à mettre fin à une survivance du passé qui n'a jamais été totalement vraie. A savoir qu'il existerait un contentieux objectif devant le juge administratif.

Or, en raison de son rejet de l'*actio popularis*, la recevabilité de la requête est intrinsèquement liée à la qualité de son auteur. Peu importe l'illégalité qu'il soulève, le requérant doit en tout état de cause appartenir au cercle des intéressés par l'acte litigieux. Dans la mesure où l'intérêt à agir du requérant doit ainsi être caractérisé, afin de garantir la pertinence de son action, le contentieux administratif dans son ensemble apparaît être subjectif en ce qu'il repose principalement sur des considérations liées à la personne du requérant. De surcroît, si pendant longtemps, la qualité en laquelle agit le requérant était la considération cardinale en matière de recevabilité de sa requête, désormais la lésion de ses intérêts ou droits tend à être davantage prise en compte par le juge. La qualité en laquelle le requérant agit n'est donc pas le seul levier de régulation de l'accès au prétoire et l'exigence d'une lésion a donc un rôle de plus en plus grand à jouer en la matière.

Au vu de ce qui précède, il est donc pertinent de parler de subjectivisation accrue et non de simple subjectivisation des contentieux administratifs dans la mesure où il n'a jamais vraiment existé de contentieux objectif. Ce phénomène de subjectivisation accrue des contentieux administratif tend donc à s'exacerber et ceci participe à réguler l'accès au prétoire du juge administratif.

D'une part l'exigence accrue d'une lésion des droits et intérêts du requérant permet de réguler l'accès à son prétoire en ce qu'il lui évite de contrôler sur le fond

---

<sup>41</sup> LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème édition, 1887, tome 1, p. 15 et suivantes.

<sup>42</sup> BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Dalloz, 2005, p. 71.

les requêtes émanant de requérants non lésés ou insuffisamment lésés par l'acte qu'ils contestent. La régulation se met alors en œuvre au travers d'une évacuation plus ou moins rapide de ces requêtes.

D'autre part la sévérité accrue du juge dans l'exigence d'une lésion peut ainsi avoir un effet *erga omnes* et décourager les éventuels requérants. L'effet régulateur de l'exigence accrue d'une lésion opère donc également à cet égard.

Il est donc important, dans la présente étude, de démontrer que l'on assiste au déclin de la souplesse du juge en matière de lésion. L'exigence d'une lésion s'accroît, et le requérant doit prouver que l'acte litigieux lui est – ou a été – préjudiciable. Or ce renforcement de l'exigence d'une lésion vient s'ajouter à la tendance qui vise à restreindre les moyens utilement invocables devant le juge administratif.

Comme il l'a déjà été expliqué, pour le requérant, faire partie du cercle des intéressés n'est pas suffisant s'il désire accéder utilement au prétoire du juge. Un intérêt lésé est également exigé. Cette lésion, selon René CHAPUS se devait d'être « *ni exagérément indirecte, ni exagérément incertaine* »<sup>43</sup>. Il s'agissait donc là d'un critère apprécié de manière souple par le juge administratif. De tels caractères faisant de l'exigence d'un intérêt lésé un bien piètre régulateur de requêtes. Ainsi le critère de la lésion a souvent été mis en œuvre de manière très libérale par le juge administratif. A cet égard il est incontournable de citer la lésion retenue dans l'affaire *Abisset* relative à un arrêté municipal interdisant le camping. Et ce, alors même que le requérant, campeur, n'habitait pas dans la commune concernée par ledit arrêté, et n'avait pas plus manifesté l'intention d'y pratiquer son hobby. Mais Marceau LONG, dans ses conclusions, estimait que l'arrêté litigieux ayant tourmenté le requérant « *comme les délices du paradis perdu*<sup>44</sup> », il y avait là une lésion éventuelle, suffisamment précise, grave et probable qui rendait sa requête recevable. Une telle libéralité n'est pourtant guère surprenante si l'on se situe dans un contentieux qui se veut objectif. En effet, le recours pour excès de pouvoir étant classiquement caractérisé comme tel, il n'est censé veiller qu'à la légalité de l'action administrative et non à la protection des intérêts personnels des administrés. Une telle protection étant schématiquement du ressort des recours qualifiés de subjectifs<sup>45</sup> qui requièrent que le requérant soit celui dont les intérêts ou les droits protégés ont été affectés<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13ème édition, p. 483.

<sup>44</sup> LONG M., concl. sur CE, 14 février 1958, *Sieur Abisset*, n° 7715, Rec. Lebon, p. 100.

<sup>45</sup> BOK A. J., « Judicial Review of Administrative Decisions by Dutch Administrative Courts : recours objectif or recours subjectif ? A survey including french and german law », in STROINK F. A. M., *Judicial Lawmaking and administrative law*, Intersentia nv, 2005, p. 153.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 172.

Il semble cependant que l'exigence –autrefois souple- d'une lésion n'était pas dépourvue de tout intérêt pour un juge de l'excès de pouvoir qui se refuse à consacrer officiellement l'action populaire. En effet il est possible d'y voir un moyen de rappeler que son prétoire n'était pas explicitement ouvert et que l'*actio popularis* n'était pas admise devant lui.

Mais cela atteste également que le recours pour excès de pouvoir ne peut prétendre à la qualification de recours objectif. L'objectivité de ce recours paraît en réalité n'être que la manifestation du faible niveau de subjectivité mis en œuvre par le juge pendant un certain nombre d'années. Niveau qui tend désormais à être de plus en plus élevé et qui traduit le rapprochement opéré entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux. Ainsi l'exigence de façade d'une lésion tend désormais à s'affermir. Néanmoins, si dans un contentieux officiellement subjectif l'exigence renforcée de caractérisation d'une lésion n'est guère surprenante, une telle chose l'est beaucoup moins dans un contentieux qui continue d'être qualifié d'objectif.

Il est difficile de retracer précisément le point de départ du déclin de l'appréciation souple de la lésion des intérêts du requérant. Cependant, un événement hautement symbolique peut servir de base à l'analyse de ce phénomène. Il s'agit là d'une manifestation de l'abandon plus ou moins lapidaire de la jurisprudence *Abisset*, l'un des étendards du libéralisme du juge en la matière.

Ainsi en raison de l'arrêt *Canavy*<sup>47</sup> du 3 juin 2009 rendu par la Haute-Juridiction, le plus célèbre campeur du droit administratif semble n'être plus qu'une figure du passé. L'affaire similaire à celle de 1958 concernait également un recours exercé par un requérant agissant en sa qualité de promeneur et de résident d'un département. La première qualité – que le Conseil ne rejette pas – n'étant ainsi pas sans rappeler celle de campeur, en laquelle le Sieur *Abisset* avait agi. Dans cette affaire également, le requérant contestait un acte administratif impactant son activité de loisir. Cependant, comme dans l'arrêt de 1958 le territoire concerné par la mesure se trouve être très éloigné du domicile du requérant. Les faits sont toutefois les seuls points communs entre ces deux affaires. En effet, dans l'arrêt *Abisset*, « *les délices d'un paradis perdu* » venus tourmenter le requérant constituaient aux yeux du commissaire du gouvernement Marceau LONG, une lésion des intérêts du campeur. Ainsi même s'il habitait relativement loin du territoire concerné par la mesure contestée, et même s'il n'avait jamais fait montre d'un désir de s'y rendre, sa requête fut déclarée recevable en raison de la lésion ainsi retenue. Une telle mansuétude n'apparaît plus dans l'arrêt *Canavy*. D'une manière assez lapidaire, le Conseil d'État met en évidence l'éloignement géographique du requérant vis à vis du territoire concerné par la mesure litigieuse et sur cette base, lui nie un intérêt à agir à l'encontre de celle-ci.

---

<sup>47</sup> CE, 3 juin 2009, *Canavy*, n° 305131.

Peut-être faut-il toutefois tempérer l'abandon de la jurisprudence *Abisset* opéré par l'arrêt *Canavy*. En effet contrairement au premier cas, la mesure litigieuse ne consistait pas -à première vue- en une interdiction pure et simple de l'activité de loisir pratiquée par le requérant. Toutefois, une lecture d'arrêts postérieurs rendus au Palais-Royal permet de confirmer que l'éloignement géographique semble désormais être un véritable frein à la caractérisation d'un intérêt lésé, et ce même lorsqu'il est question de mesures pouvant avoir des effets définitifs, et autrement plus graves que le spleen d'un campeur.

Ainsi en a-t-il été de la requête en annulation déposée à l'encontre d'un décret autorisant une installation d'entreposage et de conditionnement de déchets radioactifs sur le territoire d'une commune<sup>48</sup>. Deux autres collectivités, mais helvétiques, distantes de 60 kilomètres de cette dernière, sont -notamment à ce titre- apparues comme dépourvues d'intérêt à agir. La Haute juridiction estimant qu'elles ne justifiaient pas d'un intérêt suffisamment lésé du fait de leur éloignement.

Or dans ce cas précis, les requérantes pouvaient selon toute vraisemblance, être perçues comme lésées dans leurs intérêts. En matière de risque nucléaire, ces 60 kilomètres ne sont sans doute pas une barrière qui les préserve de tout incident. Dès lors il aurait été aisé de considérer qu'elles aussi sont désormais tourmentées par les délices d'un paradis perdu, puisqu'elles ne sont plus à l'abri d'un aléa nucléaire. Mais tel ne fut pas l'avis du juge du Palais-Royal.

Dès lors que l'exigence d'un intérêt lésé est appréciée de manière beaucoup plus stricte par le juge de l'excès de pouvoir il est possible de voir s'estomper, encore davantage, le peu d'objectivité que l'on pouvait trouver dans cette voie de droit. Mais surtout le rôle de cette dernière, consistant à veiller à la légalité de l'action administrative est ainsi réduit lorsque le requérant n'est pas suffisamment lésé aux yeux du juge administratif.

Il est néanmoins possible d'admettre que ce faisant, ledit juge filtre les requêtes fantaisistes et non pertinentes. Effectivement, il peut être permis de douter de la pertinence d'une requête émanant d'un individu qui n'a jamais vu l'acte qu'il conteste, et qui n'en a jamais effectivement subi les effets. Mais encore une fois dans un contentieux de la légalité, la distance séparant le requérant de l'acte potentiellement irrégulier peut-elle suffire à -véritablement- justifier que le juge n'exerce pas son contrôle ? En effet il est difficile d'oublier que peu importe qu'il soit dénoncé par un requérant X ou Y, un acte illégal demeure un acte illégal.

---

<sup>48</sup> CE, 24 mars 2014, *République et canton de Genève et Ville de Genève*, n° 358882.

## 2 – L’effet dissuasif *erga omnes* de la subjectivisation accrue des contentieux

Il se peut donc, comme il l’a été expliqué plus haut, que le débat lié à l’irrégularité grevant l’acte litigieux ne puisse avoir lieu. Ce phénomène impacte alors doublement les prétentions contentieuses des justiciables.

En effet en premier lieu, de par l’exigence accrue de la caractérisation d’une lésion, la charge de la preuve en contentieux administratif tend à devenir plus lourde pour les requérants. Le renforcement de la méfiance du juge vis-à-vis du justiciable apparaît donc également au travers du traitement désormais réservé à ce dernier. Ceci réduit quelque peu l’attractivité de la juridiction administrative, et permet donc indirectement de contenir le phénomène d’engorgement qu’elle subit. En second lieu, compte tenu de cette subjectivisation accrue des contentieux, se développent les irrégularités vénielles, des vices grevant l’action administrative mais qui ne sont pas « graves » aux yeux du juge et qui échappent alors à son contrôle. Dès lors, une certaine marge de manœuvre est ainsi offerte à l’administration en matière d’irrégularités, laquelle participe également à réfréner les ardeurs contentieuses des justiciables.

Le phénomène de subjectivisation, qui contraint de plus en plus le requérant à démontrer que l’acte qu’il défère au juge administratif l’a lésé ou est susceptible de le faire, a pour conséquence indirecte mais certaine de contribuer à l’augmentation de la charge de la preuve qui pèse sur ses épaules. En effet au-delà de la preuve de l’irrégularité, il doit également étayer qu’il est réellement lésé par l’acte litigieux, et plus précisément, qu’il est suffisamment lésé ou susceptible de l’être. Or, ceci se place en porte-à-faux vis à vis des principes régissant le droit de la preuve en contentieux administratif. Lesquels sont en réalité quelque peu inexistantes dans les textes, et relèvent donc davantage du raisonnement prétorien.

Le juge administratif n’est donc pas lié en la matière par un carcan de règles prédéterminées et applique donc en fonction des espèces qui lui sont soumises les règles et principes probatoires qui lui paraissent adéquats<sup>49</sup>. Mais ceci a aussi pour conséquence de conduire le juge administratif à appliquer les principes et règles de son choix. Or, dans un contexte de subjectivisation des contentieux, ce choix tend à accroître la charge de la preuve qui pèse sur les épaules du requérant. Cette contrainte supplémentaire, une énième parmi tant d’autres, invite le requérant éventuel à réfléchir à deux fois avant d’emprunter la voie contentieuse. Parallèlement avec le renforcement de la charge de la preuve ainsi imposé au requérant, se développe une certaine présomption d’innocuité de l’action administrative. Ces conséquences fâcheuses ne faisant que conforter la réalité d’un renforcement de la méfiance du juge vis à vis du justiciable.

---

<sup>49</sup> ODET R., *Cours de contentieux administratif*, LGDJ, Vol. 2, p. 898.

Le requérant doit désormais montrer le plus précisément possible qu'il est effectivement lésé ou susceptible d'être lésé par l'acte administratif qu'il conteste, et ceci ne semble pas être une tâche aisée. La tâche du requérant est donc également complexifiée à cet égard, et ce traitement de défaveur est un subtil indicateur de la plus grande méfiance du juge à l'égard du justiciable.

En ce qui concerne le contentieux de l'urbanisme, la charge de la preuve incombant au requérant quant à la démonstration d'une lésion de ses droits et intérêts a incontestablement été alourdie. Plus précisément ce phénomène concerne les recours pour excès de pouvoir dirigés à l'encontre des autorisations d'urbanisme. En effet l'article L.600-1-2 du Code d'urbanisme n'ouvre cette voie qu'à l'individu ayant un des intérêts listés affecté par l'autorisation litigieuse. Le juge administratif quant à lui, est venu préciser le sens de cet article déjà assez restrictif à l'égard du requérant. Dans une décision *Brodelle et Gino* du 10 juin 2015, le juge du Palais-Royal est ainsi venu exiger du requérant qu'il fasse état « *de tous éléments suffisamment précis et étayés de nature à établir que cette atteinte est susceptible d'affecter directement [les intérêts listés à l'article L.600-1-2 précité]* »<sup>50</sup>. Enfin dans un arrêt *Peyret et Vivier* du 10 février 2016 le clou fut encore plus profondément enfoncé puisque le Conseil d'État précisa également que « *les écritures et les documents produits par l'auteur du recours doivent faire apparaître clairement en quoi les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance de son bien sont susceptibles d'être directement affectées par le projet litigieux* »<sup>51</sup>.

L'article L.600-1-2 du Code d'urbanisme combiné à l'interprétation dont en fait la Haute-juridiction impose donc au requérant de fournir au juge de l'excès de pouvoir un nombre conséquent d'éléments attestant de la lésion de ses intérêts par le projet qui fait l'objet de l'autorisation litigieuse.

De plus, le requérant qui serait tenté d'ensevelir le juge administratif sous un monceau d'éléments probatoires risque également d'être déçu dans la mesure où la démonstration de la lésion doit apparaître clairement, conformément à l'arrêt du 10 février 2016 précité. Il apparaît à tous ces égards que pour satisfaire aux conditions de l'article L.600-1-2 du Code d'urbanisme, le requérant doit insister sur l'impact qu'aurait le projet litigieux sur ses intérêts. Il ne suffit donc pas d'avancer que tel projet « *est susceptible de générer des nuisances* »<sup>52</sup> mais il s'agit bien de personnaliser au maximum l'argumentaire relatif à la caractérisation d'une lésion. Ce qui contraint le requérant à aller sur un terrain technique -pour prouver le caractère concret des nuisances, au moyen d'expertises ou de documents- mais également sur un terrain pathétique. Et ceci en raison du fait qu'il doit montrer, et

---

<sup>50</sup> CE, 10 juin 2015, *Brodelle et Gino*, n° 386121.

<sup>51</sup> CE, 10 février 2016, *Peyret et Vivier*, n° 387507.

<sup>52</sup> CAA de Nantes, 5 mars 2018, *SAS COFIM*, n° 16NT03609

surtout démontrer, qu'il est quelque peu meurtri par les nuisances qu'il doit caractériser.

Or, si le pathétique ne paraît pas être le registre le plus difficile à adopter pour le requérant, le registre technique peut sembler un peu moins aisé à mettre en œuvre dans la démonstration d'une lésion. En effet il s'agit de rappeler que la simple production de documents cadastraux ne suffit pas à prouver la lésion des intérêts<sup>53</sup> et qu'il est donc conseillé d'apporter diverses expertises. Ainsi en matière de nuisances sonores ou encore olfactives, le requérant a tout intérêt à apporter divers relevés attestant de la réalité de ces dernières. Néanmoins ceci suppose que le requérant mette la main à l'escarcelle, ou sollicite un référé-expertise au titre de l'article R.532-1 du CJA. La mise en œuvre de ce dernier mécanisme pouvant également être mis à sa charge en vertu de l'article R.621-13 du même code. Dès lors en contentieux de l'urbanisme, la preuve de la lésion a un coût, en plus de ne pas être aisée à rapporter tant il faut étayer les faits de manière précise et claire.

La charge de la preuve reposant sur les épaules du requérant, en matière de démonstration d'une lésion de ses droits et intérêts s'est donc renforcée. En creux, il se développe donc un principe selon lequel l'action administrative est présumée ne pas nuire aux administrés. Dès lors le requérant doit donc implicitement, en plus de démontrer qu'il est en droit d'accéder au prétoire, renverser cette présomption en démontrant de manière plus précise et plus approfondie que l'action de l'administration lui porte préjudice.

Cette présomption d'innocuité de l'action administrative renforce l'idée selon laquelle l'action de l'administration ne léserait pas les administrés. L'idée d'une administration œuvrant pour l'intérêt général en sort donc grandie. Or, chaque justiciable profitant de cette action d'intérêt général, cette présomption d'innocuité pourrait trouver une explication. Néanmoins l'image d'une administration bienfaisante et inoffensive est une fiction qui est contredite par plusieurs siècles de jurisprudence. Mais cette présomption d'innocuité qui progresse doucement mais sûrement semble tenter de réécrire ces pages d'histoires.

De surcroît, à travers cette présomption qui se profile, le justiciable peut percevoir un plus grand sentiment de méfiance du juge à son égard, et surtout, l'existence d'un certain déséquilibre dans le rapport de force qui l'oppose à l'administration. Or, il pourrait être vraisemblable de considérer que l'action d'une entité puissante telle que l'administration, est présumée léser ceux qui lui sont quelque peu assujettis, ou en tout cas qui sont en position de faiblesse, tels que les administrés. Néanmoins il se trouve que c'est l'inverse qui semble de plus en plus être admis. En effet, le Conseil d'État semble avoir dégagé une seule hypothèse dans laquelle l'action de l'administration est présumée avoir causé un préjudice. Il s'agit

---

<sup>53</sup> CE, 10 février 2016, *Peyret et Vivier*, n° 387507.

du cas où la responsabilité de l'État est engagée pour délai excessif de jugement et cela est circonscrit au préjudice moral<sup>54</sup>. La présomption de préjudice est donc rare en contentieux administratif ce qui signifie, a contrario qu'une présomption d'innocuité de l'action administrative est bien présente en filigrane, et cela, de longue date. Ainsi l'action de l'administration est présumée être dépourvue d'effet nuisible, jusqu'à preuve du contraire. Or, une telle preuve, comme il l'a déjà été mis en lumière, est de plus en plus périlleuse à rapporter. De ce fait, cette présomption, devient de plus en plus difficile à renverser peut donc dissuader d'agir les justiciables les moins déterminés. Parallèlement ce phénomène conduit également à renforcer le droit à l'erreur de l'administration.

La subjectivisation accrue des contentieux, si elle régule l'accès au prétoire administratif, a aussi pour effet de soustraire un certain nombre d'irrégularités au contrôle juridictionnel. Dans la mesure où le juge administratif contribue activement à ce phénomène, il est permis de constater qu'il s'accommode parfaitement du sort subi par de telles irrégularités.

Un tel comportement, à son tour, a un impact sur la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif. Ceci, en raison du fait que cette plus grande tolérance face aux irrégularités peut avoir un effet dissuasif *erga omnes*. Celui qui aurait dans l'idée de saisir le juge pourra ainsi être amené à y réfléchir à deux fois avant de s'engager sur la voie contentieuse, parfois onéreuse, souvent chronophage, s'il s'avère que même en cas d'irrégularité de l'acte litigieux il risque de ne pas obtenir gain de cause. La moins grande utilité de la saisine du juge contribue donc à réguler l'accès à son prétoire.

Le juge administratif, par sa tendance à être de moins en moins libéral dans son examen de l'appartenance du requérant au cercle des intéressés et de la lésion exigée, peut ainsi conforter le constat selon lequel l'administration dispose d'une véritable marge de manœuvre en matière d'irrégularités. Le comportement du juge administratif, tel que présenté au fil des lignes précédentes, contribue donc à renforcer les contours d'un sauf-conduit à destination de l'administration lui permettant d'échapper plus aisément au contrôle juridictionnel.

Or, dans un contexte de subjectivisation accrue des contentieux administratif, ceci est susceptible d'avoir un effet décourageant sur les justiciables, lequel contribue à contenir le nombre de cas de recours au juge. Cependant ce constat peu ou prou pessimiste peut être nuancé par le fait que les irrégularités qui échappent au contrôle juridictionnel ont peut-être vocation à être traitées par des modes alternatifs de règlement des litiges.

Dans un contentieux administratif où la caractérisation d'une lésion des droits ou intérêts est un prérequis pour le requérant, le développement de la plus grande

---

<sup>54</sup> CE, 19 octobre 2007, *Blin*, n° 296529.

marge de manœuvre de l'administration en matière d'irrégularité mérite d'être étudié.

Jean-Marc SAUVÉ lui-même avait ainsi eu l'occasion de plaider pour un traitement au cas par cas des irrégularités soumises au contrôle juridictionnel. Ces dernières devant selon lui bénéficier chacune selon leur gravité, d'une réponse proportionnée du juge<sup>55</sup>. En d'autres termes il s'agit là d'un plaidoyer pour plus de clémence à l'égard de l'administration. Mais en lisant entre les lignes, il est possible d'apercevoir également un plaidoyer pour moins de bienveillance à l'égard des justiciables.

Ainsi Jean-Marc SAUVÉ appelait à une réponse proportionnée du juge lorsque ce dernier est confronté à des irrégularités dans l'action de l'administration. Comme il l'a été démontré plus avant, une telle réponse peut consister en la négation d'une lésion suffisante des intérêts ou droits du requérant. Cette proportionnalité dans la réponse du juge peut le conduire, tout simplement, à ne pas répondre à la question de légalité qui lui est soumise en niant purement et simplement l'intérêt à agir du requérant.

Les irrégularités ainsi soulevées par le requérant et écartées du contrôle du juge – de la main même de ce dernier – revêtent alors un caractère véniel. Ces irrégularités en effet, n'ayant que peu impacté le requérant -en raison de la subjectivisation du contentieux-, ou n'ayant pas été contestées par un individu qui serait en droit de le faire -en raison de l'exigence d'appartenance du requérant au cercle des intéressés-, le juge paraît alors considérer qu'elles ne valent pas la peine d'être soumises à son contrôle.

Face à une irrégularité qui serait d'une gravité certaine à ses yeux, il est peu cependant peu probable que le juge administratif refuse de consentir à retenir une lésion suffisante des intérêts ou droits du requérant, ou encore de considérer que ce dernier, d'une manière ou d'une autre, fait effectivement partie du cercle des intéressés. L'histoire de la jurisprudence administrative démontre en effet que lorsque le juge administratif veut, le juge administratif peut. Mais lorsque le juge administratif ne veut pas exercer son contrôle, les irrégularités vénielles se développent.

Mais aussi vénielles soient-elles aux yeux du juge, ces irrégularités demeurent des aberrations dans l'ordre juridique français, notamment en ce qu'elles viennent heurter le principe de légalité. Et dans un État de droit, ces aberrations peuvent susciter un sentiment de défiance, mais surtout de méfiance chez les administrés en raison de la relative impunité de l'action administrative irrégulière.

---

<sup>55</sup> SAUVÉ J.-M., intervention lors du colloque « Logiques et rationalités des politiques publiques » organisé par le Conseil d'État et l'Université Paris-Dauphine le 4 décembre 2015.

Néanmoins si les irrégularités vénielles, concernées par ce droit à l'erreur ne peuvent faire l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel, les différends dont elles sont à l'origine peuvent potentiellement être réglés par des voies moins conflictuelles. Ainsi l'obstination du juge à fermer les yeux face à ces irrégularités pourrait être perçue par les plus optimistes comme un moyen d'inciter à l'usage de voies alternatives au contentieux *stricto sensu*. Cette piste mérite ainsi d'être creusée, dans la mesure où elle permettrait d'éclaircir le sombre tableau qui s'esquisse en matière d'irrégularités vénielles.

Il est possible de penser que si le juge s'obstine à détourner son regard des irrégularités vénielles, ce n'est que pour mieux encourager l'usage des voies de règlements des différends plus pacifistes ? Il convient en effet d'admettre que pour les « petits » vices grevant l'action de l'administration, il existe des moyens moins radicaux, et onéreux, et chronophages que le recours au juge. Ainsi en est-il des recours administratifs qui peuvent être obligatoires ou non, selon que la demande du justiciable tend au paiement d'une somme d'argent<sup>56</sup>.

Mais lorsque l'argent n'est pas au cœur du litige administratif, de tels recours préalables ne sont pas imposés. Dans le silence des textes, l'attitude du juge administratif, mise en évidence tout au long des lignes précédentes contribue alors à inciter les requérants à user des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL), plutôt que d'emprunter la voie contentieuse. Ceci est d'ailleurs en adéquation avec la philosophie actuelle au sein de la juridiction administrative.

À cet égard en effet, il convient de rappeler que le Conseil d'État lui-même, dans son rapport *Réflexions sur la justice administrative de demain*<sup>57</sup>, insiste sur le fait que tous les litiges n'ont pas vocation à être portés devant le juge. Ce constat de la Haute juridiction est d'ailleurs justement utilisé afin de mettre en évidence l'importance des MARL et leurs bienfaits pour tous les acteurs classiques du contentieux. Encourager les administrés à traiter prioritairement avec l'administration pourrait ainsi permettre à cette dernière de régulariser l'irrégularité qui ne justifie pas aux yeux du juge, qu'un contrôle juridictionnel soit exercé. Cette incitation à régler de manière moins conflictuelle les « petits » litiges doit également être regardée à la lumière de la mise en place de médiations préalables obligatoires par l'article 5 de la loi du 18 Novembre 2016. Lesquelles sont actuellement expérimentées dans le domaine du contentieux de la fonction publique et celui des prestations sociales<sup>58</sup>.

Dès lors pour l'observateur optimiste, cette tolérance accrue du juge à l'égard des irrégularités vénielles pourrait être perçue comme une incitation à mobiliser les

---

<sup>56</sup> Article R.421-1 du code de justice administrative.

<sup>57</sup> CE, *Réflexions pour la justice administrative de demain*, novembre 2015, p. 14.

<sup>58</sup> Décret n° 2016-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux.

modes alternatifs de règlements des litiges. Les requérants éventuels, qui auront eu vent de la subjectivisation accrue des contentieux et de la plus grande tolérance du juge à l'égard des irrégularités susmentionnées devraient être amenés à repenser la nécessité d'un recours contentieux. Effectivement, face à un juge qui peut être perçu comme plus méfiant à leur égard et moins conciliant, les justiciables pourraient se tourner davantage vers l'administration elle-même afin que soient réglés leurs différends.

Mais si tout ceci est avéré, il n'en demeure pas moins que l'appréciation prétorienne du caractère véniel d'une irrégularité soulevée est parfois contestable aux yeux du justiciable, et souvent difficile à anticiper pour lui, lui qui sera persuadé d'y voir une irrégularité majeure. De plus, il serait naïf de penser que parce que l'administré aura décidé de se tourner vers l'administration, cette dernière s'attellera à effectivement rectifier l'irrégularité soulevée par ce dernier.

Ainsi il peut être problématique que le juge administratif s'évertue à fermer les yeux sur des irrégularités, fussent-elles minimales, pour que d'autres acteurs viennent examiner, sanctionner ou solutionner ces dernières à sa place. D'autant plus qu'il s'agit de rappeler, encore une fois, que chaque irrégularité qui échappe au contrôle juridictionnel, prise individuellement, n'est guère néfaste. Mais prises dans leur ensemble, elles s'agglomèrent en un monument d'impunité de l'action administrative, qui vient jeter son ombre sur l'État de droit.

Par conséquent, l'impunité des irrégularités vénielles ne devrait pouvoir être justifiée, ni par le seul caractère véniel de ces dernières, ni par le fait qu'elles devraient être traitées par les MARL et non devant le juge. Mais ce vœu pieux ne trouverait à s'exaucer que dans un système juridique où le principe de légalité ne serait pas éclipsé par d'autres principes concurrents.

## **II.- Le renforcement de la sanction des requêtes déraisonnables**

« Comme on devient horriblement raisonnable quand on y est contraint »

P. SAINTE ONGE, 1968<sup>59</sup>

Si la régulation de l'accès au juge administratif passe par une exigence accrue de pertinence des requêtes, le caractère raisonnable de ces dernières est également un critère qui tend à être davantage pris en compte. Il s'agit en effet d'un autre levier permettant au juge de filtrer plus précisément les requêtes portées devant lui. Une

---

<sup>59</sup> SAINTE ONGE P., *La saison de l'inconfort*, 1968, p. 166.

requête peut formellement être pertinente, mais être mise en œuvre d'une manière qui dépasse les conditions normales de saisine du juge. Ainsi désormais, le juge appréhende de plus en plus précisément de tels comportements de la part du requérant, et vient donc sanctionner l'usage déraisonnable du droit d'ester en justice.

Si ces mécanismes de sanction ne sont étudiés que dans le second temps de la présente étude, cela ne présuppose pas de la place qui leur est attribuée dans le système de régulation de l'accès au juge. L'exigence de pertinence des requêtes et la sanction des requêtes déraisonnables pouvant être considérées comme des mécanismes complémentaires. La sanction du caractère déraisonnable de la saisine du juge vient effectivement réguler l'accès au juge en permettant à ce dernier -en principe- de sanctionner certaines doléances qui auraient réussi à passer l'épreuve de l'exigence de pertinence, tout en ayant un certain effet dissuasif.

Mais avant d'aller plus avant dans la présente partie de cette étude, il est nécessaire de définir la notion de requête déraisonnable. Sans prétendre vouloir réglementer ce qui relève du raisonnable ou non, l'auteur de ces lignes estime qu'il y a usage déraisonnable du droit d'ester en justice lorsque celui-ci est mobilisé par de mauvaises intentions. Dans un tel cas, la requête est déraisonnable car abusive. Or devant le juge administratif, un tel abus est maîtrisé par l'existence d'un risque financier pesant sur le requérant. Il s'agit donc là d'une sanction à caractère pécuniaire des requêtes abusives, et donc déraisonnables (A). Le fait qu'une telle menace plane sur la tête du requérant permet de mettre en lumière le fait que la juridiction administrative se méfie des requêtes abusives.

De plus, cette méfiance semble également concerner les requêtes tardives compte tenu du fait qu'elles sont désormais davantage sanctionnées par le juge. En effet, une requête peut être déraisonnable en raison de sa tardiveté. Et cela dans la mesure où les doléances sont censées être portées devant le juge suffisamment tôt, dans le respect des règles en matière de délais. Ainsi les requêtes tardives sont des requêtes déraisonnables puisqu'elles ne respectent pas l'encadrement temporel de l'exercice du droit d'ester en justice. Or, ces dernières sont de plus en plus vouées à l'irrecevabilité, ce qui est une sanction de l'usage tardif du droit d'ester en justice (B).

### **A.- La sanction pécuniaire de l'usage abusif du droit d'ester en justice**

L'abus du droit d'ester en justice serait un mal qui rongerait le bras armé de la Justice. C'est ainsi que certains ont pu le dépeindre comme étant une drogue aux effets secondaires parfois désagréables<sup>60</sup>. Ce mal en effet, participe à l'engorgement des juridictions dans la mesure où il consiste en un usage anormal du droit d'accès à un tribunal, et que cette anormalité dans l'usage contribue à l'afflux de requêtes

---

<sup>60</sup> GUTTERIDGE H.C, « Abuse of right », *Cambridge Law Journal*, 1933, Vol. 5, n° 1, p. 44.

qui submergent les prétoires. De plus, cette contribution est des plus néfastes dans la mesure où les requêtes teintées d'un tel abus sont souvent motivées par une volonté d'instrumentaliser le juge ou tout simplement, par une volonté de nuire. Il serait donc nécessaire, plus particulièrement dans un contexte de désengorgement des juridictions, de purger le prétoire du juge de telles requêtes, voire de les sanctionner. Et cela, afin d'en faire un exemple. Par conséquent, la méfiance du juge administratif à l'égard de pareilles requêtes abusives, laquelle se matérialise par l'existence d'un risque financier pesant sur le requérant, est objectivement compréhensible.

Le risque financier relatif au procès administratif contribue à réguler le risque d'abus du droit d'ester en justice, et participe donc à la régulation de l'accès au prétoire du juge administratif.

Les lignes qui suivent mettront pourtant en exergue la difficulté dans la mise en œuvre de la sanction de l'abus de droit, dont la mesure phare consiste en une amende prévue à l'article R.741-12 du CJA. Laquelle en venant sanctionner ceux qui abusent de leur droit d'ester en justice, contribue donc à réguler l'accès au juge de par son effet dissuasif (1). Néanmoins comme il le sera démontré, cette contribution n'est que modeste compte tenu des difficultés grevant ce mécanisme d'amende. Pour cette raison, il convient d'étudier l'existence de mécanismes qui viennent s'ajouter à l'amende pour recours abusif. Ceux-là contribuent donc à réguler l'accès au juge administratif en cultivant le risque de financier pesant sur le requérant en général, mais concernent particulièrement le requérant abusif (2).

### **1 – L'amende pour recours abusif : une arme de dissuasion aux allures de couteau de Lichtenberg**

Lorsqu'il s'agit d'abus du droit d'ester en justice, les mesures qui devraient être privilégiées sont celles qui ont un effet préventif. En neutralisant les comportements à risques, en empêchant leurs éventuelles réitérations, le mal que peut représenter un tel abus est éteint avant même de pouvoir nuire. C'est ainsi que pour faire en sorte que l'abus précité cesse de contribuer à l'engorgement des tribunaux il est moins utile de sanctionner que de prévenir. En effet le prononcé d'une sanction financière n'allège en rien le poids qui pèse de plus en plus lourdement sur les juridictions. À lui seul le prononcé de l'amende pour recours abusif ne permet ni de gommer, ni de réduire le phénomène d'engorgement. Sanctionnées ou non, les requêtes abusives ont déjà fait leur sombre œuvre et se sont ajoutées à l'ensemble des requêtes soumises au juge administratif et qui viennent, par leur nombre entretenir le phénomène d'engorgement des juridictions. C'est ainsi que la prévention est la piste la plus pertinente en matière d'abus de droit.

Prévenir cet abus permet de couper les ailes à ceux qui seraient tentés d'emprunter cette voie et de réfréner, voire éteindre, leurs ardeurs contentieuses

abusives. Et comme il le sera démontré, l'amende pour recours abusif n'est pas dénuée de tout effet dissuasif. Cependant, en raison de sa difficile mise en œuvre dans un État de droit (A) et de son effet dissuasif à l'ampleur circonscrite, ce mécanisme peine à remplir son office consistant à dissuader d'abuser du droit d'ester en justice. C'est ainsi que l'amende pour recours abusif est une arme dissuasive aux allures de couteau de LICHTENBERG, ce couteau sans lame et auquel il ne manque que le manche.

Afin de réguler l'abus du droit d'ester en justice, et donc contribuer à réguler l'accès à son prétoire, l'article R.741-12 du CJA permet au juge administratif d'infliger à l'auteur d'une requête abusive une amende. Ladite amende, telle que codifiée par cet article, si elle était plafonnée à 20.000 francs maximum (soit près de 3 050 euros actuels) entre le 1<sup>er</sup> Janvier 2001 et le 1<sup>er</sup> Janvier 2002, elle passa ensuite à 3000 euros en raison du changement de devise qui eut lieu en France. Actuellement, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, sous l'effet de l'article 24 du décret « JADE »<sup>61</sup> son montant maximal s'élève à 10 000 euros. Ce renforcement peut également être perçu comme traduisant la plus grande méfiance tant de la juridiction administrative que des rédacteurs des textes, à l'égard des requérants abusifs.

Frapper en plein cœur l'escarcelle de celui qui abuse de son droit d'ester en justice est un procédé dont l'efficacité peut paraître évidente au premier abord. En effet, celui qui se voit infliger une telle amende est ainsi sanctionné de son abus de droit, et par ricochet, sa sanction peut faire office d'exemple. Cette amende a un effet dissuasif qui permet de réfréner les envies de ceux qui seraient tentés, à leur tour, d'abus de leur droit d'ester en justice. Il est toujours utile de préciser qu'elle peut être prononcée tant à l'encontre des personnes physiques, que des personnes morales, y compris celles qui seraient de droit public<sup>62</sup>. Le champ d'application personnel de cette mesure est donc vaste, ce qui peut laisser croire que tout requérant abusif est concerné par cette dernière. Néanmoins entre ce qui est et ce qui devrait être il y a un pas. Mais ce dernier paraît être difficile à franchir en ce qui concerne l'effectivité de l'amende pour recours abusif. Par ricochet, l'effet régulateur de ce dispositif sur l'accès au juge administratif doit ainsi être nuancé.

En effet, dans un État de droit, la sanction de l'usage – fut-il abusif – du droit d'ester en justice est difficile à mettre en œuvre. Dans un tel cadre, au sein duquel l'État doit être assujéti au respect de la règle de droit, il est délicat de sanctionner ceux qui au final, ne font qu'user de la prérogative la plus primaire qui leur est confiée afin de garantir cet assujétissement : le droit de pouvoir saisir le juge. De plus il est tout aussi délicat de s'avancer à dire que tel recours n'est pas abusif et que tel autre l'est. Il est encore plus délicat de décider que l'un ou l'autre n'a pas sa place dans le prétoire du juge administratif. Le recours abusif est ainsi un comportement

---

<sup>61</sup> Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative.

<sup>62</sup> CE, 26 mars 1971, *Département de Seine-et-Marne*, n°78753.

difficile à caractériser dans un État de droit ce qui permet d'expliquer que le juge fait montre de réticence dans sa mise en œuvre de l'amende pour recours abusif.

Avant d'aborder la question de la mise en œuvre de l'amende pour recours abusif par le juge administratif, il est nécessaire d'étudier le fait générateur de ce mécanisme, à savoir le recours abusif. Lequel est un comportement difficile à caractériser dans un État de droit. Il est en effet délicat de déterminer où s'arrête l'usage normal du droit d'ester en justice et où commence l'abus.

La caractérisation d'un tel abus pourrait résulter d'une appréciation qualitative, en ne tenant compte que de critères liés à la mise en œuvre de la requête elle-même. Ainsi une seule et unique requête pourrait être constitutive d'un abus du droit d'ester en justice. L'abus résulterait ici d'un mauvais usage du droit d'ester en justice, d'un usage détourné de ce droit.

L'abus du droit d'ester en justice pourrait aussi être apprécié de manière quantitative, en tenant compte du nombre de recours intentés par un même individu. Dans un tel cas peu importe que ses précédentes requêtes aient été abusives ou non, un habitué des tribunaux, un requérant d'habitude<sup>63</sup>, serait *de facto* un requérant abusif. L'abus résulterait ici d'un usage excessif de ce droit.

Enfin, l'abus précité pourrait également être apprécié de manière quantitative, mais en ne tenant compte cette fois-ci que du nombre de recours abusifs intentés par le requérant. Il s'agirait d'une combinaison des deux procédés susmentionnés. L'abus résulterait dans un tel cas d'un usage excessif et détourné du droit susmentionné. Dans ce cas, seule la récidive en matière de recours abusifs permettrait de caractériser un abus du droit d'ester en justice. Les requérants d'habitude qui ne seraient à l'origine que de recours non-abusifs ne seraient alors pas concernés.

Il existe donc de multiples situations où l'abus est caractérisable. Mais toutes ne sont pas teintées d'intentions nuisibles. Tout dépend des circonstances dans lesquelles un requérant se sert de son droit d'agir en justice, pour reprendre les mots de François MONCONDUIT<sup>64</sup>. Par conséquent, l'abus de ce droit, en tant qu'usage excessif d'un point de vue strictement quantitatif requiert un traitement particulier. En effet, les requérants qui à ce titre, pourraient être qualifiés « d'abusifs », peuvent très bien n'user massivement de leur droit d'accès au juge que dans un but légitime et/ou noble. Tandis que d'autres, au contraire, nourrissent de plus obscurs desseins. La quantité de requêtes imputables à un même requérant n'est donc pas un gage de sa mauvaise foi ou de sa volonté de nuire. Et à ce titre, discerner le requérant abusif nuisible de celui qui en réalité, ne fait qu'œuvrer, de bonne foi pour le respect de la

---

<sup>63</sup> LEMAIRE F., « Les requérants d'habitude », *RFDA*, 2004, p. 554.

<sup>64</sup> MONCONDUIT F., « L'abus du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme », *Annuaire Français de Droit International*, 1971, vol. 17, p. 348.

légalité, n'est pas une tâche aisée. Dès lors un problème se pose au sujet des mesures destinées à neutraliser, voire sanctionner, l'abus de droit : qui doit en faire l'objet ? Il est difficile en matière de telles mesures, d'en fixer un champ d'application efficace et surtout qui ne ferait pas payer les vertueux en même temps que les pêcheurs.

Harol Cooke GUTTERIDGE dès 1933 semblait constater que la sanction d'un abus de droit devait être une notion à mobiliser avec parcimonie. Par conséquent, la sanction de cet abus devrait suivre le même traitement : *“the judges are trusted to apply it [the concept of abuse] only when the circumstances are such as to show that a right is being employed deliberately with a disregard for the interests of other persons”*<sup>65</sup>. Ainsi l'abus du droit d'ester en justice est une notion difficile à manipuler et que le juge ne devrait mobiliser, et donc sanctionner qu'avec beaucoup de réflexion. Notamment en tenant compte des circonstances de l'affaire et des motivations du requérant. Ce qui n'est guère une tâche facile.

L'effectivité de l'amende pour recours abusif doit être tempérée dans la mesure où le juge administratif fait montre de réticence dans la mise en œuvre de cette arme qui lui est confiée. Son effet régulateur de l'accès au prétoire est donc également à tempérer à cet égard.

Il convient avant tout de rappeler que l'infliction d'une telle amende est à la discrétion du juge. La lettre de l'article R.741-12 du CJA fait ainsi état d'une possibilité qui lui est offerte. De plus la Haute-juridiction a souvent l'occasion de rappeler que cette faculté est un pouvoir propre du juge<sup>66</sup>, ce qui vient encore davantage renforcer le pouvoir discrétionnaire du juge administratif en la matière. Enfin comme pour parfaire la marge de manœuvre et d'appréciation de ce dernier, le Conseil d'État est également venu préciser que la fixation du montant, pour peu que cela ne heurte pas les plafonds légaux, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>67</sup>. Le montant fixé ne peut donc en principe être réformé en cassation.

Par conséquent, une très grande liberté est accordée au juge administratif afin de mettre en œuvre l'amende prévue à l'article R.741-12 du CJA. Cependant, la mise en œuvre de ce dispositif s'avère en pratique être teintée de retenue et de parcimonie. Car si la faculté prévue à cet article est un pouvoir propre du juge, le Conseil d'État a encore récemment rappelé qu'il ne peut être contraint, par des conclusions des parties allant en ce sens, à actionner ce mécanisme. De telles conclusions étant en effet irrecevables<sup>68</sup>. Dès lors la mise en œuvre de l'article précité est tributaire du bon vouloir du juge administratif. Or, il apparaît aux yeux des observateurs en la matière que ce bon vouloir se fait rare.

---

<sup>65</sup> GUTTERIDGE H.C, « Abuse of right », *Cambridge Law Journal*, 1933, Vol. 5, n°1, p. 43.

<sup>66</sup> Voir notamment CE, 30 mars 2007, *Mr A c. Commune de Cilaos*, n° 298103.

<sup>67</sup> CE, 9 novembre 2007, *Mme P. c. CHS Paul Guiraud*, n° 293987.

<sup>68</sup> CE, 11 avril 2018, *Mr B.*, n° 401560.

Faute de pouvoir se livrer présentement à une analyse poussée de la jurisprudence administrative qui permettrait de révéler le nombre d'affaires au cours desquelles une amende fut effectivement infligée, l'auteur de ces lignes doit se référer à l'analyse de ceux qui se sont déjà penchés sur la question. C'est ainsi qu'en 2007, Fabrice MELLERAY mettait en évidence le fait que le juge administratif se montrait mesuré dans la mise en œuvre de l'amende pour recours abusif, puisqu'à cette époque selon lui « *le juge n'abuse pas de ce pouvoir propre* »<sup>69</sup>. De même, dix ans plus tard Caroline LANTERO constatait, à l'occasion d'une analyse du décret JADE précité, que ce mécanisme n'était que très rarement actionné<sup>70</sup>. Ces deux différents constats, relativement espacés dans le temps, permettent donc de s'avancer à dire qu'en dix ans, l'amende pour recours abusif n'a guère davantage été mobilisée par le juge administratif. Il est également possible de relever le fait que le juge administratif paraît être moins enclin à punir les requérants abusifs qu'à accueillir largement les requérants. La méfiance du juge serait donc plus forte à l'égard des justiciables dans leur ensemble qu'à l'égard de ceux qui abusent de leur droit d'ester en justice.

En tout état de cause, l'amende pour recours abusif est donc un mécanisme qui n'est que peu souvent mis en œuvre. Mais peut-être y a-t-il lieu de se rassurer puisque selon Jean RIVERO, les armes les plus efficaces sont celles qui ne servent jamais<sup>71</sup>. Ainsi l'efficacité de l'amende pour recours abusif, en matière de régulation des requêtes abusives, mérite d'être étudiée sur le terrain de la dissuasion.

L'amende pour recours abusif est donc une arme au tranchant incontestable mais qui semble avoir peu l'occasion de sortir de son fourreau. À la manière d'une épée de Damoclès, sa force résiderait dans le fait qu'elle laisse planer une menace sur les têtes de ceux qui seraient tentés d'abuser de leur droit d'accès au juge. Ceci étant un rappel de la relative méfiance du juge à l'égard des requérants abusifs. Une telle présence menaçante peut ainsi les dissuader d'assouvir leurs ardeurs contentieuses abusives. Ce dispositif contribuerait donc sur ce point à réguler l'accès au juge administratif. Mais cette contribution, comme il le sera démontré dans les lignes qui suivent, paraît être bien plus limitée qu'escompté.

En effet si cette amende a l'allure d'une arme dissuasive, l'ampleur de la dissuasion qu'elle génère est limitée. Cela, en raison du fait que si la CEDH tolère l'amende pour recours abusif, cette tolérance n'est pas sans bornes.

L'efficacité de l'amende pour recours abusif, en matière de régulation de l'accès au juge, mérite donc d'être recherchée sur le terrain de la dissuasion. Et cela,

---

<sup>69</sup> MELLERAY F., « Le contrôle de cassation du prononcé d'une amende pour recours abusif », *Dr. Adm.*, n° 1, Janvier 2008, comm. 11.

<sup>70</sup> LANTERO C., « Les apports du décret JADE », *R.D.P.*, 2017, p. 1180.

<sup>71</sup> RIVERO J., « Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, n°31, 1979-1980, p. 28.

dans la mesure où l'existence même d'un tel dispositif est susceptible de réfréner les ardeurs contentieuses abusives.

Cependant il est permis de s'interroger sur la réalité, voire l'ampleur de cet effet dissuasif. En effet la menace d'une sanction pécuniaire suffit-elle à stopper celui qui serait tenté d'abuser de son droit d'ester en justice ? Une affaire portée à l'examen du Conseil d'État, anecdotique mais très parlante, amène à penser que la réponse à cette question mérite d'être nuancée. C'est ainsi que dans ladite affaire, les juges du Palais-Royal ont eu à déplorer, au sujet d'un individu ayant à son actif au moins 298 requêtes que « *les multiples amendes dont ont été assorties les décisions rendues sur ces requêtes abusives [n'avaient pas] freiné cette quérulence* »<sup>72</sup>. Si de tels individus ne sont pas légion en contentieux administratif, ceci illustre tout de même qu'avec suffisamment de détermination mal placée, l'individu tenté d'abuser de son droit d'accès au juge peut faire fi de la menace d'une amende. Cependant, ces cas extrêmes ne suffisent pas à occulter la menace pesant sur le porte-monnaie des potentiels requérants abusifs. Laquelle peut contribuer à réfréner l'ardeur contentieuse de ces derniers. Mais encore faut-il que cette menace soit suffisamment lourde. C'est ainsi que l'ancien plafond de cette amende – 3 000 euros – fut rehaussé, jusqu'à atteindre 10 000 euros, en vertu du décret JADE précité. Le montant maximal de l'amende a donc été plus que triplé.

Pourtant le renforcement de l'effet dissuasif de l'amende demeure limité. Ce plafond de 10 000 euros paraît en effet être voué à ne pas être approché dans la pratique, en raison du contrôle exercé par la Cour EDH en matière d'amende pour recours abusif.

Les amendes pour recours abusifs pourraient paraître incompatibles avec certaines dispositions de la CEDH. D'une part l'incompatibilité la moins perceptible au premier abord serait qu'elle pourrait pour certains, s'analyser en une ingérence dans leur liberté d'expression. À cet égard, dans une décision *Krikorian c. France*<sup>73</sup>, le requérant arguait que l'amende pour recours abusif dont il fit l'objet constituait une ingérence dans son droit à la liberté d'expression. Cela, dans la mesure où « l'accès à un tribunal procède de la liberté d'expression ». L'argumentation est loin d'être incohérente et ce n'est que parce que les faits de l'affaire en cause ne pouvaient, aux yeux de la Cour justifier une analyse de l'amende litigieuse à la lumière de l'article 10 qu'elle ne fut pas retenue.

C'est alors sur le terrain de l'article 6§1 de cette Convention que l'amende pour recours abusif peut être plus aisément contestée et contestable. Ledit article conférant notamment un droit d'accès à un tribunal. Or, une amende pour recours abusif a indéniablement un effet dissuasif, lequel est d'ailleurs la principale raison

---

<sup>72</sup> CE, 24 avril 2006, *Mr A...*, n° 292742.

<sup>73</sup> Cour EDH, 26 novembre 2013, *Krikorian c. France*, n° 6459/07, §101.

d'être de cette mesure<sup>74</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que si des limitations aux droits consacrés par l'article 6 sont admises par la Cour, ces dernières doivent toutefois répondre à un but légitime, et être proportionnées<sup>75</sup>.

En ce qui concerne l'amende pour recours abusif en contentieux administratif français, les juridictions administratives nationales ont eu l'occasion de préciser le but légitime auquel elle répondrait. Ainsi dans un arrêt du 14 octobre 2009, le Conseil d'État a énoncé la compatibilité du dispositif de l'époque avec les droits prévus à l'article 6 de la CEDH. Ceci en raison du fait que l'amende pour recours abusif aurait pour objectif une bonne administration de la justice. Si par cet arrêt, le système juridictionnel français paraît s'autovalider, les juges de Strasbourg ont également eu l'occasion de donner par la suite leur acquiescement au dispositif d'amende pour recours abusif.

Toutefois cet acquiescement n'est pas un blanc-seing, dans la mesure où il est conditionné. C'est ainsi que dans la décision *Krikorian* précitée, la Cour énonce « *que les amendes pour procédure abusive, dont le but est de se prémunir contre des plaideurs téméraires et d'assurer ainsi une bonne administration de la justice, ne sont pas par principe incompatibles avec l'article 6 § 1* ». Ce faisant, la juridiction Strasbourgeoise ne valide pas inconditionnellement ce dispositif, mais valide les buts légitimes auxquels il répond. Notamment celui avancé par le Conseil d'État dans son arrêt du 14 octobre 2009 précité, mais également celui relatif aux plaideurs téméraires. Cette expression étant sans nul doute une formulation courtoise désignant ceux qui abusent de leur droit d'ester en justice. L'amende ici étudiée est donc, en son principe, compatible avec la Convention. Toutefois la Cour, dans l'espèce qui lui fut présentée valida le mécanisme tel qu'appliqué à l'encontre du requérant en tenant compte du fait que son montant (1500 euros) était trop faible pour constituer un obstacle à l'accès à un tribunal et que l'amende ne fut pas prononcée de manière arbitraire<sup>76</sup>. Or, depuis le décret du 2 novembre 2016, le juge administratif peut désormais infliger une amende pour recours abusif allant jusqu'à 10 000 euros en vertu de l'article R.741-12 du CJA. Soit près de 10 fois que ce que la Cour EDH avait pu tolérer dans l'affaire *Krikorian*. Dès lors il est permis de se demander si l'actuel article R.741-12 précité est encore compatible avec l'article 6§1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Ainsi fortement limitée dans son montant, en dépit de ce qu'en disent les textes, et peu appliquée par les juges, l'amende pour recours abusif paraît alors avoir un effet dissuasif bien moindre qu'escompté. Y a-t-il lieu de craindre une amende d'un montant raisonnable et qui n'est que rarement infligée ? Le requérant abusif

---

<sup>74</sup> AUMONT A., « Recours abusifs contre les autorisations de construire, vers une sanction efficace ? », *Dr. Adm.*, 1999, chron. 19.

<sup>75</sup> Cour EDH, 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, n°36760/06, §230.

<sup>76</sup> Cour EDH, 26 novembre 2013, *Krikorian c. France*, n°6459/07, §103.

est donc relativement mieux loti que le justiciable classique qui doit esquiver l'exigence accrue de pertinence des requêtes. L'arme dissuasive de l'article R.741-12 du CJA, qui n'a guère l'occasion d'être sortie de son fourreau, ressemble donc moins à une Excalibur qu'à un couteau à beurre. Il convient donc de s'interroger sur l'existence de mécanismes accessoires, qui permettraient à leur échelle et à leur niveau, de contribuer à réguler l'abus du droit d'ester en justice.

## **2 – Les adjuvants de l'amende pour recours abusifs : des mécanismes générateurs de risques financiers pour le requérant abusif**

Au vu de ce qui précède, ceux qui seraient tentés d'abuser de leur droit d'ester en justice ne peuvent véritablement être découragés de le faire par la seule crainte de l'amende pour recours abusif. Ce mécanisme étant rarement mis en œuvre par le juge administratif et devant respecter les prescriptions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. De ce fait il est nécessaire de s'interroger sur l'existence d'autres mécanismes, peut-être moins directs ou institutionnels, mais qui permettraient de sanctionner l'abus en matière de recours devant le juge administratif. De tels mécanismes pourraient ainsi dissuader ceux qui envisageraient de se laisser aller à un tel comportement et sanctionner ceux qu'y s'y seraient laissés aller, en faisant d'eux un exemple.

A cet égard, il semble que principalement deux mécanismes peuvent prétendre contribuer à réguler indirectement les requêtes abusives devant le juge administratif, en neutralisant, voire en sanctionnant les comportements à risques. Ceux-ci participent alors à la compensation des lacunes du mécanisme d'amende pour recours abusif de l'article R.741-12 du CJA. De ce fait, ils sont donc des adjuvants à ce mécanisme puisqu'ils sont également susceptibles de nuire au portemonnaie du requérant abusif. Il s'agit du risque de représailles financières à l'initiative de la partie défenderesse, mais qui doit néanmoins être relativisé ainsi que la tendance actuelle qui consiste à réduire la modicité du contentieux administratif.

Au vu de ce qui a été dit plus haut, le juge administratif peut être réticent à porter atteinte à l'escarcelle du requérant qui aurait abusé de son droit d'ester en justice, et quand bien même il le ferait, ce ne serait que pour un montant nécessairement limité. Cependant, la partie défenderesse quant à elle, peut avoir beaucoup moins de scrupules à vouloir se faire réparer du préjudice qu'aurait pu lui causer le requérant abusif. Par conséquent, le risque de représailles financières à l'initiative de la partie défenderesse peut avoir un effet dissuasif sur ceux qui seraient tentés d'abuser de leur droit d'ester en justice.

Mais il ne s'agit là que d'un vœu pieux car dans les faits, la réparation du préjudice causé par un recours abusif est un mécanisme à l'effectivité modérée. De ce fait le risque financier qu'il fait peser sur l'auteur d'un pareil recours est limité.

En effet, les conclusions reconventionnelles à fin d'indemnisation ne sont pas totalement admises en contentieux administratif et la responsabilité civile est difficile à mettre en œuvre à l'encontre d'un recours abusif.

Les conclusions reconventionnelles à fins indemnitaires permettent à la partie défenderesse ou à un tiers affecté par un recours abusif de demander réparation du préjudice causé par ce dernier. Il s'agit ainsi d'un risque de représailles financières auquel s'expose celui qui abuse de son droit d'ester en justice et qui peut dissuader ceux qui seraient tentés de le faire. Néanmoins ce mécanisme n'est que partiellement admis en contentieux administratifs et a donc un effet dissuasif qui doit être relativisé.

Notamment, il est nécessaire de préciser que de telles conclusions se heurtent à la difficulté déjà évoquée relative à la caractérisation d'un abus. En effet, l'appréciation d'un tel comportement est assez délicate. À ce titre, les juges du Palais-Royal peuvent censurer la juridiction du fond qui aurait, selon eux, inexactement qualifié un recours d'abusif et qui aurait accédé à de telles conclusions<sup>77</sup>. Mais au-delà des divergences en matière de caractérisation de l'abus du droit d'ester en justice, les conclusions reconventionnelles à fins indemnitaires se heurtent à des obstacles beaucoup plus objectifs et moins liés à l'appréciation des juges.

C'est ainsi qu'en second lieu, il convient de mettre en lumière le fait que pour être recevables, de telles conclusions doivent respecter certaines conditions. Elles ne peuvent en effet être formulées qu'à l'occasion de certains types de recours. De surcroît, l'auteur de ces conclusions est également encadré, et les conclusions reconventionnelles à fins indemnitaire doivent donc satisfaire à des conditions de recevabilité *ratione personae*.

L'une des principales limites relatives à l'effet dissuasif des conclusions reconventionnelles tendant à condamner l'auteur d'un recours abusif est la limite liée à son auteur. C'est ainsi que lorsque l'administration est la partie défenderesse, et donc susceptible d'être lésée par un recours abusif elle n'est que rarement admise à formuler des conclusions reconventionnelles. Et cela, qu'elles soient à fins indemnitaires ou non<sup>78</sup>. Ceci notamment en raison du fait qu'en principe, les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour statuer sur la responsabilité des personnes privées à l'égard d'une personne publique<sup>79</sup>. Ainsi l'administration ne peut, sauf exception, formuler de conclusions reconventionnelles tendant à ce que soit condamné à des dommages et intérêts le requérant qu'elle estimerait abusif. Il s'agit là d'un des rares cas où le justiciable

---

<sup>77</sup> CE, 8 août 2008, *Assistance publique à Marseille*, n° 272033.

<sup>78</sup> HAÏM V., « Recours de pleine juridiction », in *Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2014, §138.

<sup>79</sup> TC, 2 Mars 1987, *Ottolia c. Sté du Canal de Provence*, n° 02458.

privé est avantagé par rapport à l'administration. Mais il s'agit également là d'un premier obstacle à l'effectivité de telles conclusions.

La responsabilité civile délictuelle, telle qu'issue de l'actuel article 1240 du Code civil offre un moyen à celui qui a subi les effets d'un recours abusif d'en sanctionner l'auteur. En effet l'abus du droit d'ester en justice pouvant s'analyser en une faute, la responsabilité de l'auteur dudit abus pourrait ainsi être engagée s'il cause un préjudice à autrui. Mais encore faut-il caractériser un abus fautif. Une telle tâche n'étant guère aisée.

Avant toute autre chose, il est nécessaire de traiter de la compatibilité entre les conclusions reconventionnelles à fins indemnitaires et l'engagement de la responsabilité de l'auteur d'un recours abusif. En effet, les unes comme les autres ont plus ou moins le même objet, à savoir sanctionner le comportement abusif qui aura généré un préjudice. Dès lors en vertu du principe *non bis in idem*, qui certes a davantage vocation à opérer en matière pénale, le cumul de ces mécanismes pourrait être exclu.

Il semble pourtant que tel ne soit pas le cas. C'est ce qui transparait en contentieux des autorisations d'urbanisme. Effectivement, la Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser que le dispositif de conclusions reconventionnelles à fins indemnitaires issu de l'article L.600-7 du code de l'urbanisme « *n'avait ni pour objet ni pour effet d'écarter la compétence de droit commun du juge judiciaire pour indemniser, sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du Code civil, le préjudice subi du fait d'un recours abusif* » dans un arrêt rendu le 16 novembre 2016<sup>80</sup>. Il apparaît alors que la demande de réparation par conclusions reconventionnelles devant le juge administratif n'exclut pas l'engagement de la responsabilité civile devant le juge judiciaire lorsqu'il s'agit de faire réparer le préjudice causé par une procédure abusive. Et ce au moins en matière de contentieux des autorisations d'urbanisme, puisque selon la Cour de cassation, l'article précité ne permet d'être indemnisé que dans des conditions strictement définies.

Par conséquent, la sévérité du dispositif d'amende justifierait que les deux mécanismes coexistent. Cette coexistence doublerait donc le risque financier – *a minima* en contentieux des autorisations d'urbanisme – auquel doit faire face celui qui serait tenté d'abuser de son droit d'ester en justice. Comme a pu l'observer Michael REVERT, il y aurait effectivement là de bonnes raisons d'être dissuadé de saisir le juge de l'excès de pouvoir<sup>81</sup>.

Néanmoins si la dissuasion, dans un tel cas, vient du fait qu'il y a un double risque de devoir indemniser un individu lésé par un recours jugé abusif, qu'en est-il

---

<sup>80</sup> Cass, 1ère civ., 16 novembre 2016, n° 16-14152.

<sup>81</sup> REVERT M., « L'article L. 600-7 du code de l'urbanisme, passager clandestin du contentieux de l'urbanisme ? », *RFDA*, 2017, p. 206.

de l'effet dissuasif de la responsabilité civile prise individuellement ? Si elle s'avère être tout aussi, voire plus, limitée que le mécanisme de conclusions reconventionnelles, le risque financier pesant sur le requérant abusif serait alors loin d'être si menaçant. Or, il semble bel et bien que la responsabilité civile, n'offre guère de réelle perspective dissuasive.

En effet, elle ne peut, en matière de réparation de l'abus du droit d'ester en justice, être soulevée que devant le « *juge saisi du litige au cours duquel cet abus aurait été commis* »<sup>82</sup>. Dès lors, sauf en contentieux des autorisations d'urbanisme (*voir supra*), il semble que le juge judiciaire ne puisse être saisi afin d'engager la responsabilité de l'auteur du recours abusif sur le fondement de l'actuel article 1240 du Code civil. Seul le juge administratif paraît pouvoir le faire, ce qui participe à vider de son intérêt l'engagement de cette responsabilité. La sollicitation du juge judiciaire dans un tel cas pourrait en effet permettre à la personne lésée par un recours abusif de profiter de l'aura civiliste en matière de responsabilité.

Mais tel n'est pas le cas et le juge administratif semble peu enclin à appliquer l'article 1240 ou l'ancien article 1382 du Code civil en matière de recours pour abusif. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt du 27 Avril 2017 rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>83</sup>. Lequel concernait une affaire relative à une autorisation d'urbanisme, au cours de laquelle avait été invoqué l'ancien article 1382 du Code civil, à l'encontre de l'auteur d'un recours considéré comme abusif par la partie concernée. La Cour substitua l'article L.600-7 du Code de l'urbanisme à l'article relatif à la responsabilité civile délictuelle pourtant invoqué par la partie. Dès lors, un simple préjudice ne suffit pas, et il est donc nécessaire de caractériser un préjudice excessif. Sans surprise, les conclusions indemnitaires furent alors rejetées. Il est donc possible de déceler une réticence de la part du juge administratif à accueillir pleinement le mécanisme civiliste de l'article 1240 précité, notamment en matière urbanistique.

D'autant plus que quand bien même le juge accepte de la recevoir devant lui, la responsabilité civile délictuelle à l'encontre d'un recours abusif souffre du mal précité, relatif à la périlleuse caractérisation d'un abus du droit d'ester en justice. Sans abus, il n'y a pas de faute, et donc pas de réparation possible sur le fondement de l'actuel article 1240 ou de l'ancien article 1382 du Code civil<sup>84</sup>. Enfin il serait également requis de caractériser un préjudice indemnisable, c'est à dire chiffrable, et surtout qui serait la conséquence de l'abus précité. La responsabilité civile en matière de recours abusif devant le juge administratif est donc un mécanisme qui pourrait être porteur de grandes espérances mais cette qui ne va pas au-delà. Ainsi

---

<sup>82</sup> Cass. 1ère civ, 8 octobre 2009, n° 08-18.543.

<sup>83</sup> CAA de Bordeaux, 27 avril 2017, *Mr et Mme I.*, n° 15BX01473.

<sup>84</sup> CE, 19 novembre 2004, *Société National Westminster Bank*, n° 231103.

l'effet dissuasif de ce dernier est relativement moindre, ce qui tempère son influence en matière de régulation des requêtes portées devant le juge administratif.

Pour freiner les ardeurs contentieuses, plus spécifiquement celles qui seraient abusives, les sanctions à caractère pécuniaires semblent avoir peu d'effet dissuasif, dans la mesure où elles ne sont que peu appliquées ou peu applicables en pratique. Néanmoins s'il est difficile d'affecter le porte-monnaie du requérant abusif au moyen d'une sanction financière, il est possible de le faire grâce aux coûts que peuvent générer et représenter tant le déclenchement d'une instance que la poursuite de l'instance en elle-même.

À cet égard s'il y a quelques décennies déjà, en matière civile, Christiane LOYER-LARHER constatait que le « *citoyen face à la justice s'étonne de son prix* »<sup>85</sup>, le constat tend à devenir le même en matière administrative. Il se profile une tendance à réduire ce que certains appellent le caractère modique de la procédure contentieuse administrative. Cette modicité, notamment en matière de recours pour excès de pouvoir, Gaston JÈZE l'avait mis en évidence en qualifiant ce dernier d'« *arme la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés* »<sup>86</sup>. Mais en réalité le contentieux administratif, comme tout contentieux est intrinsèquement coûteux.

Il est nécessaire de prendre du temps afin de préparer sa requête, afin de la défendre parfois. Or, le temps ainsi consacré au contentieux est retiré de celui que le requérant pourrait consacrer à ses activités professionnelles. Même s'il est possible de se demander si certains requérants abusifs ne seraient pas des professionnels en la matière. Toutefois, le commun des justiciables peut être dissuadé d'agir en justice, notamment abusivement, dans la mesure où ceci peut être chronophage. Or, « le temps c'est de l'argent » dit l'adage. Au-delà de cette première facette des coûts générés par une procédure contentieuse, s'ajoutent ceux représentés par l'exigence de ministère d'avocat, qui tend désormais à être davantage requis devant le juge administratif. Dès lors le renforcement de ladite exigence en contentieux administratif participe à contenir les risques d'abus du droit d'ester en justice, d'autant plus que le requérant abusif peut être tenu de rembourser les frais exposés par la partie défenderesse.

Au vu de ce qui précède, le requérant abusif ne semble guère avoir à craindre du risque de représailles financières. Le risque que pourrait représenter la condamnation au paiement des frais non compris dans les dépens ne vient, quant à lui, qu'appuyer cet état de fait. En effet les articles L.761-1 et R.761-1 du CJA permettent au juge de condamner une partie – en principe la partie perdante et en

---

<sup>85</sup> LOYER-LARHER C., « Le remboursement des frais non compris dans les dépens à travers les arrêts de la Cour d'Appel de Rennes », in *Études et dossiers de l'Institut d'études judiciaires de Rennes*, Tome 7, 1976-2., p. 1.

<sup>86</sup> JÈZE G., *Rapport à l'Institut international de droit public : Annuaire de l'Institut*, 1929, p. 129.

théorie le requérant abusif – à rembourser à l’autre certains des frais exposés par la procédure contentieuse. Toutefois, ceci n’est qu’une faculté offerte au juge administratif. En vertu de ces textes, il peut tout simplement refuser de le faire ou encore, en ce qui concerne l’article R.761-1 précité -relatif aux frais de mesures d’instruction qui ne sont pas à la charge de l’État-, il peut répartir cette charge entre les parties ou à celle de son choix. Il ne s’agit donc pas d’un mécanisme automatique.

En ce qui concerne spécifiquement l’article L.761-1, ce dernier permet de condamner une des parties à payer à l’autre les frais exposés et non compris dans les dépens. Cependant, ceci reste un mécanisme tributaire du bon vouloir du juge administratif. Ce dernier tient notamment compte de la situation financière de la partie qui devrait être, aux yeux des textes, comme aux yeux de l’autre partie, condamnée au paiement de cette somme<sup>87</sup>. De plus pareil mécanisme ne permet d’obtenir que le remboursement de certains frais. Pour une personne publique, cela exclut ainsi la compensation de la surcharge de travail générée par le contentieux généré<sup>88</sup>. L’article L.761-1 précité ne lui permet donc pas de compenser le préjudice, ou *a minima* le trouble, causé au fonctionnement normal du service et qui serait généré par le recours abusif, ce qui aurait pu pallier les lacunes précitées en matière d’indemnisation.

En ce qui concerne le défendeur en général, qu’il soit une personne privée ou publique, cela lui permet notamment d’obtenir le remboursement d’un certain nombre de frais. Par exemple ceux liés au déplacement, aux frais d’expertise avancés et surtout, les frais liés au ministère d’avocat<sup>89</sup>. Or, le remboursement de ces derniers frais peut avoir un effet dissuasif dans la mesure où l’exigence du recours à un avocat tend à se renforcer. Renforcement qui sera étudié *infra*. La partie condamnée au paiement des frais non compris dans les dépens peut donc être amenée à rembourser les honoraires du conseil de l’autre partie.

Si la menace est perceptible, elle peut néanmoins être neutralisée lorsqu’intervient l’aide juridictionnelle. Notamment lorsque celui qui invoque l’article précité a bénéficié de cette aide, et que cette dernière a couvert l’intégralité des honoraires de son conseil. Dans un tel cas, il ne peut par la suite réclamer pour son propre compte le remboursement de ces frais<sup>90</sup>. *A contrario*, le bénéficiaire de l’aide juridictionnelle n’est pas mis à l’abri d’une condamnation au titre de l’article L.761-1 du CJA<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> CAA de Nancy, 23 février 2017, *Mme C...A... c. Commune d’Avranches*, n° 15NC02516.

<sup>88</sup> CE, 3 octobre 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 357248.

<sup>89</sup> HAÏM V., « Frais de justice », in *Répertoire de contentieux administratif*, septembre 2014, §106.

<sup>90</sup> CE, 29 décembre 1999, *Mr Chambon*, n° 179741.

<sup>91</sup> CE, 9 juin 2006, *Mme A.*, n° 283001.

Au vu de ce qui précède, les articles précités peuvent tout de même faire pleuvoir une pluie de frais divers qui font l'effet d'une douche froide. Ces divers mécanismes contribuent donc à refroidir les ardeurs contentieuses abusives. Pour peu qu'ils en soient informés, ceux qui seraient tentés d'user, voire abuser, de leur droit d'ester en justice pourraient y réfléchir à deux fois compte tenu du fait qu'ils pourraient payer de leur poche les frais relatifs à la procédure envisagée.

Il est nécessaire afin d'étudier en quoi le renforcement de l'exigence de ministère d'avocat contribue à réguler l'abus du droit d'ester en justice, de préciser comment se manifeste ledit renforcement.

À cet égard, il est possible de relever que le pouvoir réglementaire paraît avoir judicieusement utilisé le coût généré par le ministère d'avocat afin de réguler les ardeurs contentieuses abusives dans les contentieux les plus sensibles. C'est ainsi qu'à titre expérimental, l'article R.811-1-1 du CJA supprime l'appel en matière de recours contre les autorisations d'urbanisme. Par conséquent, seul le pourvoi en cassation reste ouvert.

Or, cet article semble vraisemblablement avoir été façonné en tenant compte des comportements abusifs en matière de contentieux de l'urbanisme. Et c'est ainsi que pour réduire cet abus, et afin de préserver l'effectivité de l'effet régulateur de l'article L.600-1-2 du Code de l'urbanisme, lequel a déjà été étudié *supra*, l'article R.811-1-1 précité vient fermer la porte de l'appel au requérant concerné.

Si le pourvoi en cassation persiste, cette voie de droit peut s'avérer extrêmement onéreuse pour le requérant qui s'y engage dans la mesure où le ministère d'avocat est requis devant le Conseil d'État lorsqu'il est saisi d'un tel recours<sup>92</sup>. Plus précisément, seul un avocat aux Conseils peut être sollicité pour défendre pareille requête. Ceux-ci étant détenteurs d'un monopole et exerçant une profession réglementée, les honoraires susceptibles d'être demandés devaient différer de ceux demandés par un avocat classique. C'est ainsi qu'en 2015, un député, proposant un amendement au projet de loi « Macron » afin de briser le monopole susmentionné fit état de chiffres assez parlants. Selon lui, et à cette période, un avocat aux conseils exerçant seul aurait un revenu annuel de 700 000 euros en moyenne, tandis que pour un avocat classique, le revenu annuel moyen d'un avocat à la Cour serait de 39 000 euros<sup>93</sup>. Si ces chiffres sont avérés, ils contrastent quelque peu avec la politique affichée par l'Ordre des avocats aux Conseils puisque selon son site internet, ces derniers doivent « *faire preuve de modération et de délicatesse dans la fixation des honoraires* »<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Article R.821-3 du code de justice administrative.

<sup>93</sup> Amendement n° 2036 présenté par M. Cherki, sur le projet de loi n° 2498 pour la croissance et l'activité.

<sup>94</sup> Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, « Déontologie et honoraires ». <http://www.ordre-avocats-cassation.com/les-avocats-aux-conseils/deontologie-et-honoraires>.

Ainsi en matière de contentieux des autorisations d'urbanisme, le ministère d'avocat est une contrainte pesant sur le requérant souhaitant contester un jugement rendu, et ce alors même que devant le tribunal administratif, la subjectivisation du contentieux opère et filtre plus drastiquement les requêtes en la matière. Le requérant est donc freiné dans son ardeur contentieuse puisque s'il souhaite poursuivre sur la voie contentieuse, il sera tenu de recourir à un avocat aux Conseils. L'abus du droit d'ester en justice a donc un certain coût, *a minima* dans ce domaine qu'est le contentieux des autorisations d'urbanisme.

Il existe donc une tendance qui se profile et qui consiste à rendre l'avocat de plus en plus indispensable en contentieux administratif. Par ricochet, cela tend à rendre les frais inhérents à ce dernier de plus en plus inévitables. Une contrainte financière tacite ou explicite relative au ministère d'avocat vient donc peser sur le justiciable. Ce dernier doit donc évaluer si le recours est bien opportun, et utile. Mais surtout si l'intérêt du recours est supérieur aux coûts engendrés, notamment ceux que représentent les honoraires d'avocat. L'abus du droit d'ester en justice est ainsi susceptible d'être réfréné en raison de ces coûts.

### **B.- L'irrecevabilité plus systématique des requêtes tardives**

Il existe des requêtes qui revêtent un caractère déraisonnable mais qui ne peuvent être réellement qualifiées d'abusives. Leur « déraisonnabilité » résultant du fait qu'elles sont -trop- tardives. Ainsi il est malaisé de s'avancer à considérer que le requérant tardif est un requérant abusif par nature. N'étant pas tous égaux devant la connaissance des règles contentieuses, certains peuvent tout simplement être victimes de leur propre ignorance ou de l'inexpérimentation de leurs conseils, comme le constatait Jean APPLETON dès 1928<sup>95</sup>. Néanmoins qu'il soit abusif ou simplement déraisonnable, l'usage tardif du droit d'ester en justice est désormais de plus en plus sanctionné par le juge administratif. Ceci démontrant la plus grande méfiance du juge administratif envers les requêtes tardives. En effet, ces dernières, comme il le sera démontré dans les lignes suivantes, sont de plus en plus systématiquement vouées à l'irrecevabilité.

Classiquement, pour réguler et donc, sanctionner, l'usage tardif du droit d'ester en justice il suffit simplement de mettre en œuvre des règles qui viennent limiter dans le temps la mise en œuvre de ce droit. De tels mécanismes existent depuis l'aube du contentieux administratif, puisqu'il s'agit là des délais pour agir qui irriguent ledit contentieux. Derrière ces règles qui paraissent désormais classiques et évidentes, se cache un puissant levier de régulation des requêtes, et donc de l'accès au juge.

---

<sup>95</sup> APPLETON J. note s. CE, 25 Mai 1928, *Reynaud, Dalloz*, 1928, 3, p. 55.

S'il est difficile d'empêcher un requérant malintentionné d'agir, faute de pouvoir cerner avec exactitude ses motivations, il est alors beaucoup plus simple d'empêcher celui qui agit tardivement d'accéder au prétoire ou d'y accéder utilement. Une fois passé ce délai pour agir, le requérant potentiel est en effet forclos, tout simplement, peu importe qu'il soit de bonne ou mauvaise foi. Encore que comme pour tout principe, certaines exceptions viennent perturber l'apparente clarté de cette règle. Ces dernières permettant parfois d'éviter que les délais ne se transforment en couperet à la sévérité exacerbée ou au contraire, comme il en sera question plus loin, de telles exceptions peuvent aiguïser ledit couperet.

Néanmoins les exceptions favorables au requérant tardif s'érodent un peu plus chaque jour, ce qui met en évidence la plus grande méfiance dont le juge administratif fait montre à l'égard de tels requérants. Ces derniers subissent de plus en plus les effets régulateurs de l'exigence renforcée de célérité des requêtes (1). Mais le sort ainsi réservé aux requêtes tardives, sous l'effet de cette exigence de célérité des requêtes n'est pas sans générer d'effets indésirables (2).

### **1 – La régulation des requêtes tardives à la faveur de l'exigence accrue de célérité des requêtes**

Les requêtes tardives sont de plus en plus régulées. Et cela, en raison du renforcement de l'exigence de célérité des requêtes. Les délais se font désormais plus pressants pour le justiciable. Lequel est donc de plus en plus amené à agir avec célérité, faute de quoi sa requête sera en principe déclarée irrecevable par le juge. Ainsi le sort réservé aux requêtes tardives participe à la régulation de l'accès au juge. Effectivement, comme le remarquait Pascal CAILLE, la limitation dans le temps de la faculté d'exercer un recours participe du mouvement tendant à réguler les flux de requêtes portées devant les juridictions<sup>96</sup>.

Avant toute chose, il convient d'évacuer la question de la possibilité de recours tardif qu'est l'exception d'illégalité. Grâce à ce mécanisme il existe en effet un délai perpétuel pour soulever à tout moment l'irrégularité grevant un acte réglementaire. Et ce, en dépit de l'expiration des délais pour agir à l'encontre de ce dernier.

Néanmoins ceci ne peut servir qu'à l'occasion d'un litige relatif à l'irrégularité d'un autre acte, qui lui aura été pris en application du premier, et dont la légalité y serait subordonnée.<sup>97</sup> Le requérant peut donc invoquer l'irrégularité du premier acte réglementaire contre lequel il ne peut plus directement agir. Cela, afin

---

<sup>96</sup> CAILLE P., « Le recours déraisonnable à la notion de délai raisonnable de recours : ô sécurité juridique, que de libertés prises en ton nom ! », *Revue générale du droit*, 2016, numéro 24113 (en ligne).

<sup>97</sup> CE, 10 Février 1967, *Société anonyme des établissements Petitjean et autres*, n<sup>os</sup> 59125 et 59126 et 59329, Rec. Lebon., p.63.

de contester la légalité d'une mesure d'application de ce dernier, ou d'un acte qui en découlerait. Avec l'exception d'illégalité, le requérant peut donc agir tardivement à l'encontre d'un acte réglementaire dans la mesure où il peut soulever son irrégularité devant le juge, en dehors des délais contentieux.

Il convient néanmoins de préciser qu'il existe des cas où l'exception d'illégalité est limitée dans le temps, comme cela peut être le cas en contentieux de l'urbanisme. Dans pareil cas, il n'est possible d'exciper de l'illégalité d'un Schéma de cohérence territoriale (SCOT), d'un plan local d'urbanisme (PLU) pour vice de forme ou de procédure que pendant 6 mois à compter de leur prise d'effet<sup>98</sup>. De surcroît, de manière plus générale il n'est désormais plus possible de soulever par voie d'exception l'illégalité d'un acte réglementaire tirée de vices affectant ses conditions d'édiction, ou encore de vices de forme et de procédure affectant ledit acte<sup>99</sup>.

De tels vices ne peuvent désormais être soulevés que dans le cadre d'un recours contre l'acte réglementaire concerné, c'est à dire uniquement par voie d'action. De tels griefs sont donc dorénavant enfermés dans les délais contentieux classiques le requérant qui souhaiterait les invoquer tardivement ne peut dorénavant plus bénéficier du caractère perpétuel de l'exception d'illégalité. Il est ainsi possible de constater que l'exception d'illégalité est aussi affectée par le phénomène visant à restreindre les délais pour agir.

Toutefois s'il existe bien un certain délai plus ou moins perpétuel pour exciper de l'illégalité de certains actes administratifs, notamment réglementaires, il ne s'agit pas d'un véritable délai de recours. Il s'agit davantage d'un mécanisme permettant de sanctionner la contagion de l'irrégularité d'un acte principal sur les actes qui en découlent. De plus, ce mécanisme étant tributaire d'un recours principal qui, lui doit satisfaire aux règles en matière de délai pour agir, l'exception d'illégalité sera donc écartée des lignes suivantes consacrées aux possibilités de recours tardifs.

Ces derniers sont une anomalie dans un contexte où l'exigence de célérité des requêtes se fait de plus en plus pressante. Le requérant tardif doit désormais affronter une plus grande exigence de la part du juge administratif. Laquelle n'est, semble-t-il, pas dépourvu de tout lien avec la méfiance accrue du juge envers les justiciables-personnes privées. De ce fait les requêtes tardives n'ont plus vocation à être favorablement accueillies, et de ce fait l'irrecevabilité guette celui qui userait tardivement de son droit d'ester en justice. C'est ainsi que la possibilité de recours tardif qui venait sanctionner l'opacité affectant un acte administratif est actuellement un dispositif en déclin. Un tel déclin étant parachevé par l'arrêt *Czabaj*. Mais

---

<sup>98</sup> Article L.600-1 du code de l'urbanisme.

<sup>99</sup> CE, 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583.

conformément à la formule attribuée à Lavoisier, le déclin de ce dispositif profite donc à l'exigence de célérité qui se voit donc renforcée.

Le mécanisme de délai de recours perpétuel ou tardif est un mécanisme qui vient sanctionner l'opacité de l'action administrative ou assimilée. En effet il s'agit là d'une dérogation à l'exigence de satisfaction aux délais pour agir lorsque le requérant n'a pas été à même de prendre connaissance de l'acte litigieux à temps. Ou encore, lorsqu'il n'a pas été informé de la possibilité d'exercer un recours.

Il convient alors de préciser que lorsqu'il est question de délais de recours perpétuels en tant que sanction de l'opacité affectant un acte administratif, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses. De plus il sera démontré que dans l'une comme dans l'autre, il est possible de déceler que les délais de recours perpétuels ainsi ouverts au justiciable sont en déclin.

Tout d'abord, l'on trouve l'hypothèse dans laquelle le requérant ne peut exercer à temps son droit de recours en raison d'un manque de transparence délibéré ou non de l'administration. Dans un tel cas le requérant dispose en principe d'un droit de recours perpétuel. Néanmoins ce mécanisme a été diminué par le décret JADE qui est venu retirer le dispositif incitant l'administration à répondre expressément aux demandes en matière de plein contentieux. De plus l'on retrouve également l'hypothèse dans laquelle l'opacité est l'œuvre d'autres administrés, mais concerne un acte bel et bien administratif. Tel est le cas du titulaire d'une autorisation d'urbanisme qui ne procéderait pas aux mesures de publicités adéquates. Un tel manque de transparence peut ainsi déclencher la mise en œuvre du délai de recours perpétuel. Mais dans un tel cas le caractère perpétuel dudit délai est paradoxalement limité dans le temps.

Le manque de transparence chez la personne titulaire d'une autorisation d'urbanisme est sanctionné par un délai de recours perpétuel octroyé à celui qui est admis à agir en justice dans pareil cas. Une telle admission étant de moins en moins aisée à obtenir en raison du renforcement de l'exigence de pertinence des requêtes, mise en lumière dans la première partie de cette étude. Mais encore une fois ce délai de recours perpétuel, paradoxalement, est désormais limité dans le temps.

Ce délai de recours perpétuel vient effectivement sanctionner le manque de transparence d'une personne privée. Ainsi en est-il pour le titulaire d'un permis de construire qui n'afficherait pas son autorisation ou le ferait sans respecter les mentions et formes requises<sup>100</sup>. Dans un tel cas, les délais contentieux ne commencent pas à courir, faute de quoi le requérant n'est pas lié par ces derniers. Il y a donc là un potentiel délai de recours perpétuel tant que l'affichage ne se fait pas régulièrement. Cependant dans un tel cas, l'emploi du qualificatif « perpétuel » est

---

<sup>100</sup> Article R\*600-2 du code de l'urbanisme.

relativement exagéré. un certain nombre de limites viennent en réalité circonscrire ce délai qui pourtant, pourrait tout à fait être perpétuel.

D'une part la théorie de la connaissance acquise est un tempérament à cette perpétualité. Cette théorie, selon laquelle le délai commence à courir, malgré l'absence d'une publicité régulière, s'il s'avère que le requérant a eu -à temps- connaissance de l'acte litigieux<sup>101</sup>, peut en effet s'opposer au délai de recours perpétuel. Un tel cas étant illustré au travers d'un arrêt du 15 avril 2016 rendu par le Conseil d'État<sup>102</sup>. Dans cet arrêt, la requête avait été rejetée pour tardiveté dans la mesure où les juges ont estimé que son auteur ne pouvait se prévaloir d'un délai de recours perpétuel en raison d'un défaut d'affichage du permis litigieux. Effectivement, il avait été constaté par les juges que le requérant avait eu très tôt connaissance de ce permis puisque le jour même de son octroi, il avait introduit auprès du maire un recours administratif afin de le contester. De ce fait, sa requête introduite auprès du juge administratif, trois ans plus tard était donc tardive.

De plus pour le voisin immédiat, qualité de plus en plus étroitement appréciée comme il l'a déjà été démontré, il est peu sérieux de soutenir que l'on n'a pas prêté attention aux engins de chantiers, aux ouvriers ou encore à l'immeuble récemment apparus dans le paysage. Tout cela étant souvent de discrets indices permettant de mettre en évidence qu'il y a eu ou qu'il va y avoir des travaux, et que certains délais contentieux sont en train de courir ou ont expirés.

Il est alors peu probable que le voisin d'une construction puisse utilement se prévaloir de ne pas avoir eu connaissance du projet -régulièrement ou non- autorisé. De ce fait le voisin immédiat peut difficilement se justifier d'agir en dehors des délais prévus. C'est ce que semble d'ailleurs démontrer un arrêt du 9 janvier 2017 rendu par la cour administrative d'appel de Nantes<sup>103</sup>. La Cour a en effet estimé, dans cette affaire, que le recours contre un permis de construire était irrecevable en raison de sa tardiveté. Selon cette juridiction « *la requérante, qui forme depuis son enfance avec ses parents un seul foyer résidant au même domicile, ne peut sérieusement soutenir avoir été dans l'ignorance tant de la construction réalisée par M. H...que des différents recours déposés par ses parents le 20 mars 2008 et le 15 mai 2012 dirigés contre le permis de construire qu'elle vient à son tour contester* ». La connaissance acquise, notamment en raison du fait de résider à proximité des travaux, empêche donc que le voisin d'un projet puisse se prévaloir d'un droit de recours « perpétuel » à l'encontre du permis de construire irrégulièrement affiché.

D'autre part, il s'agit de préciser qu'outre la limite posée par la connaissance acquise, il est exagéré de dire qu'il existe en contentieux des autorisations d'urbanisme un véritable délai de recours perpétuel. En effet que le permis ait été

<sup>101</sup> AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 290.

<sup>102</sup> CE, 15 avril 2016, *Mr C... c. Commune de Freissinières*, n° 375132.

<sup>103</sup> CAA de Nantes, 9 janvier 2017, n° 16NT01348.

régulièrement affiché ou non, un an après que les travaux aient été achevés, il n'est plus possible de demander l'annulation d'un permis de construire ou d'aménager<sup>104</sup>. Toutefois ceci ne vaut que lorsqu'il y a eu une déclaration d'achèvement de travaux.

Ainsi il n'existerait un délai de recours perpétuel *stricto sensu* que pour le requérant qui n'aurait pas vu qu'une construction était en train d'apparaître dans le paysage et pour laquelle aucune déclaration d'achèvement de travaux n'aurait été faite. Encore que dans un tel cas, le principe de sécurité juridique, comme il le sera démontré plus loin, trouverait à jouer et rendrait une telle requête irrecevable car tardive. Ainsi, en tant que sanction de l'opacité d'une personne privée, le délai de recours perpétuel est davantage une menace qu'une réalité. Tout au plus, le délai de recours pourra être étendu, mais sans pour autant tendre vers l'infini. Le requérant tardif, en contentieux des autorisations d'urbanisme a donc de sérieuses chances d'être rapidement évacué du prétoire du juge administratif, en raison de l'irrecevabilité de son recours.

En vertu de l'actuel article R.421-5 du CJA et depuis au moins un décret du 28 novembre 1983<sup>105</sup>, les voies et délais de recours à l'encontre d'un acte administratif ne sont opposables qu'à condition d'avoir été mentionnés dans la notification de celui-ci. Ainsi si un acte administratif ne comporte pas de mention des voies et délais de recours, il peut en principe être contesté en dehors des délais contentieux classiques. Si les textes précités traitent de la notification de l'acte, il convient de préciser que de longue date, un acte réglementaire n'a qu'à être régulièrement publié pour faire courir les délais à l'égard de tous<sup>106</sup>.

Or, un acte administratif qui ne serait pas, selon sa nature, régulièrement publié ou notifié, ne peut donc contenir de mentions des voies et délais de recours. Dans pareil cas, les délais pour agir, en principe, ne courent donc pas. Il existe ainsi des actes implicites qui faute d'être matérialisés, ne peuvent être publiés ou notifiés, et ne peuvent alors contenir de telles mentions. Ceux-là sont donc également concernés par de potentiels délais de recours tardifs. Néanmoins, en principe les actes implicites de rejet en vertu de l'article R.421-2 du CJA ne peuvent être contestés que dans un délai de deux mois suivant la naissance d'une décision implicite. Cependant, pour que les délais susmentionnés commencent à courir, l'administration doit accuser réception de la demande qui lui est adressée. Faute de quoi, les délais ne courent pas et le justiciable concerné dispose d'un droit de recours tardif contre la décision implicite de rejet<sup>107</sup>. De plus en matière de décisions implicites de rejet, en vertu de l'article R.421-3 du CJA, elles sont perpétuellement contestables devant le juge administratif lorsque la « *mesure sollicitée ne peut être*

---

<sup>104</sup> Article R\*600-3 du code de l'urbanisme.

<sup>105</sup> Article 9 du décret 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et le public.

<sup>106</sup> CE, 25 janvier 1901, *Sieurs Juot et autres*, n<sup>os</sup> 96033 et 96034, Rec. Lebon, p.81.

<sup>107</sup> CE, 17 avril 1989, *Boyer*, n<sup>o</sup> 82480, Rec. Lebon., p. 113.

*prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux » ou lorsque « la réclamation tend à obtenir l'exécution d'une décision de la juridiction administrative ».*

Le pouvoir réglementaire incite donc à ce que soient expressément rejetées de telles demandes, faute de quoi, les délais ne commenceront pas à courir, et par conséquent, elles seront perpétuellement contestables devant le juge. L'esprit du texte peut ainsi être analysé comme une incitation à répondre expressément à de telles demandes. Cela contribue donc à estomper l'opacité de l'action administrative. Effectivement, les décisions implicites de rejet peuvent paraître arbitraires et opaques dans la mesure où elles ne permettent pas de connaître la motivation du refus.

Toutefois, la portée de cette disposition a été réduite par l'article 10 du décret du 16 novembre 2016<sup>108</sup>, dit « décret JADE ». Ainsi jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2017, les demandes en matière de plein contentieux devaient être expressément rejetées. Si tel n'était pas le cas, la décision implicite de rejet était perpétuellement contestable par l'intéressé. Désormais, tel n'est plus le cas et l'article précité a donc perdu de sa superbe. L'effet incitatif de cet article est donc estompé puisque dans le domaine du plein contentieux, l'administration n'est plus menacée par la menace que peut représenter un délai de recours perpétuel à l'encontre d'une décision implicite de rejet. Ainsi les cas où le requérant tardif peut se prévaloir de l'article R.421-3 du CJA ont donc considérablement été diminués. Et cela, en raison du fait qu'un large pan du contentieux administratif a été arraché à ce dispositif. De plus il ne s'agit pas là de la seule manifestation de cette tendance visant à explicitement évacuer les requêtes tardives du prétoire du juge administratif. En effet, un autre -grand- facteur d'érosion des cas de délai de recours perpétuel se trouve être l'arrêt *Czabaj* du 13 Juillet 2016<sup>109</sup>.

L'arrêt *Czabaj* a contribué à compléter l'érosion des possibilités de recours tardifs qui subsistaient en contentieux administratif. Le décret JADE précité avait ainsi érodé les cas où les délais ne courent pas tant qu'une décision expresse de rejet n'a pas été rendue. Mais ce dernier n'a pas touché aux cas où les délais de recours ne courent pas, faute pour l'acte concerné d'avoir été correctement notifié ou publié, ou encore lorsque les voies et délais de recours n'ont pas été régulièrement mentionnés. De ce fait, n'ayant pas été impactée par ce texte, la lettre des articles R.421-1 et R.421-5 du CJA offre toujours au requérant la possibilité de se prévaloir d'un délai de recours perpétuel à l'égard. Néanmoins ces dispositions doivent dorénavant être lues à la lumière de la jurisprudence administrative impulsée par l'arrêt susmentionné. Les juges du Palais-Royal sont effectivement venus semer le trouble en refaçonant ces articles. Au travers de l'arrêt du 13 Novembre 2016 un

---

<sup>108</sup>Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative.

<sup>109</sup> CE, 13 novembre 2016, *Mr Czabaj c. Ministre des Finances et des Comptes publics*, n° 387763.

nouveau critère de recevabilité des requêtes est introduit en contentieux administratif. Il est désormais exigé du requérant qu'agisse dans un délai raisonnable.

Les faits ayant conduit à cet arrêt étaient entachés d'un usage extraordinairement tardif du droit d'ester en justice à l'encontre d'une décision administrative. En effet ce n'est que vingt-deux ans après cette dernière que le requérant décida de saisir le juge. Et ce, en se fondant sur le fait que la décision qu'il contestait ne comportait pas les mentions requises. Celle-ci faisait pourtant bel et bien mention des voies et délais de recours. Mais le diable réside dans les détails.

C'est ainsi que lesdites mentions n'étaient en réalité pas tout à fait régulières. La plume qui rédigea la décision litigieuse avait omis d'indiquer si le recours devait être porté devant la juridiction administrative ou une juridiction spécialisée. Or, lorsque pareille omission vient grever un acte administratif, les délais contentieux ne courent pas<sup>110</sup>. Devant une telle irrégularité, le sieur Czabaj estimait pouvoir se prévaloir d'un délai de recours perpétuel à l'encontre de cette décision lacunaire. Face à une telle requête, les juges du Palais-Royal ont semble-t-il estimé que les articles laissant subsister un droit de recours perpétuel devaient être circonscrits dans leur ampleur. Pareil recours ne pouvait connaître une autre destinée puisque cela aurait amené la Haute-Juridiction à ouvrir une boîte de Pandore et à ouvrir son prétoire aux requêtes les plus tardives.

Effectivement, les délais de recours perpétuels existent certes depuis longtemps. Mais il semble qu'avant cette requête, la perpétualité d'un délai de recours n'amenait pas, jusque-là, à compter en décennies. Or, tolérer une requête introduite vingt-deux ans après la notification d'une décision aurait laissé la porte du prétoire dangereusement ouverte à des requérants extraordinairement tardifs. Dans un contexte où le juge administratif semble faire montre de davantage de méfiance à l'égard des justiciables, ceci ne semble guère envisageable. C'est ainsi que le choix des juges du Palais-Royal fut d'énoncer que malgré le fait que les délais ne soient pas opposables au destinataire d'une décision mal notifiée, ce dernier doit néanmoins agir dans un délai raisonnable. Lequel est évalué à un an. Tout ceci, en raison du principe de sécurité juridique, qui est encore une fois mobilisé pour restreindre l'accès au juge administratif. Mais cette fois ci, pareille restriction est destinée aux requérants tardifs. Ainsi par l'arrêt *Czabaj*, le délai raisonnable pour agir devient un critère de régulation des requêtes, qui a le fâcheux inconvénient d'être un critère évanescent.

Ledit caractère évanescent de cette notion peut ainsi laisser augurer que l'examen de la recevabilité des requêtes tardives sera teinté de casuistique et que sous couvert de sécurité juridique, les requérants seront ainsi sujets à l'insécurité

---

<sup>110</sup> CE, 15 novembre 2006, *Toquet*, n° 264636.

juridique. Ces derniers étant confrontés à un examen de recevabilité de leur requête à l'issue aléatoire<sup>111</sup>. Le juge administratif semble néanmoins se montrer compréhensif dans son appréciation des circonstances particulières justifiant une requête introduite après expiration dudit délai raisonnable. Ainsi l'état de santé du requérant dont le pronostic vital est engagé durant ce délai raisonnable est une circonstance pouvant être retenue<sup>112</sup>. Cela, au même titre que l'attitude hostile et dilatoire de l'administration<sup>113</sup>. Dès lors il semble que la jurisprudence *Czabaj* ne fait pas l'effet d'un couperet pour le requérant tardif, pour peu que la tardiveté de sa requête soit justifiée. Mais il n'en demeure pas moins qu'il est ainsi tributaire de l'appréciation du juge administratif. Un tel assujettissement étant une source d'incertitude et d'instabilité pour le requérant qui n'aurait pas pu agir dans les délais.

Avec l'arrêt *Czabaj*, le critère du délai raisonnable n'est pas entièrement issu du néant. Le Conseil d'État l'a en effet rattaché au principe de sécurité juridique, consacré par l'arrêt *KPMG* de 2006<sup>114</sup>. Dès lors il y aurait une base juridique au critère du délai raisonnable. Néanmoins ladite base juridique de ce délai *contra legem* a elle-même une valeur juridique qui demeure incertaine. En effet comme avait pu l'observer Jean WALINE<sup>115</sup>, ce principe, « *le Conseil d'État l'a accueilli sans toutefois en faire expressément un principe général du droit* ». De plus, comme il le sera démontré plus loin, dans un État de droit, la sécurité juridique est supposée être une arme aux mains du justiciable, et non pas une arme dirigée contre lui afin de l'éloigner du prétoire du juge administratif. Que les juges du Palais-Royal retournent ainsi la sécurité juridique contre le requérant est donc un fort indice de leur plus grande méfiance vis à vis des justiciables.

En tout état de cause, il n'est guère étonnant que le juge administratif ait profité de cette espèce pour aller au-delà des textes régulant sa saisine. Ce qui paraît le plus étonnant cependant, en ce qui concerne ce critère du délai raisonnable pour agir, est le fait qu'il s'agit tout à fait d'une entrave au droit au recours. Le requérant tardif qui se voit opposé la jurisprudence *Czabaj* est privé de la possibilité de contester utilement un acte dans la mesure où sa requête est vouée à être déclarée irrecevable. Néanmoins le Conseil d'État se veut rassurant et minimise l'atteinte ainsi portée à ce droit. Selon lui le critère du délai raisonnable « *ne porte pas atteinte à la substance du droit au recours* ». Et il est vrai que la substance de ce dernier n'est pas touchée. Mais il semble que les juges du Palais-Royal jouent ici sur les mots afin de valider leur nouveau mécanisme de régulation des requêtes tardives. Effectivement, lorsque l'on ne peut utilement exercer un recours, le droit au recours est indéniablement atteint, et l'utilité voire l'effectivité même de ce droit peuvent

---

<sup>111</sup> CRUSOÉ L., « Délai de recours devant le juge administratif : l'action en justice contre une décision individuelle ne peut être exercée perpétuellement », *Revue de droit du travail*, 2016, p.718.

<sup>112</sup> CAA de Paris, 13 avril 2018, n° 17PA01329.

<sup>113</sup> CAA de Douai, 7 décembre 2017, n° 15DA01779.

<sup>114</sup> CE, 24 mars 2006, *Sté KPMG*, n° 288460.

<sup>115</sup> WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, 23ème édition, 2010, p. 298.

être remises en question. Le droit au recours du requérant tardif tendant désormais à devenir théorique et illusoire.

Ainsi il est toujours utile de se demander si véritablement, sans être tributaire du bon vouloir du juge administratif, le requérant tardif jouit d'une possibilité claire et concrète de contester un acte. Ceci conditionnant aux yeux de la CEDH l'effectivité du droit d'accès au juge<sup>116</sup>. Or, au vu de tout ce qui précède, dans la mesure où le requérant tardif est de plus en plus soumis à la subjectivité du juge administratif et à sa mansuétude, de tels requérants sont désormais *personae non gratae* dans le prétoire de ce dernier. Le fait qu'ils doivent davantage montrer patte blanche et justifier leur présence étant un indice de cet état de fait.

## 2 – Les effets indésirables de la sanction de la tardiveté des requêtes

Les requêtes tardives sont donc désormais plus systématiquement vouées à l'irrecevabilité. De ce fait, cette sanction a un effet régulateur de l'accès au juge administratif beaucoup plus certain que les mécanismes précités destinés à réfréner les abus du droit d'ester en justice. Et cela tant par son effet *in litem* qui permet d'évacuer rapidement les requêtes tardivement introduites, que par son effet dissuasif.

Néanmoins les mécanismes mettant en œuvre cette exigence de célérité des requêtes doivent néanmoins être compatibles avec certains principes, notamment européens. Ils doivent à ce titre revêtir un caractère équilibré compte tenu des enjeux en cause, et lisibles, afin que les justiciables puissent prévoir leurs actes en fonction des règles applicables en la matière. Or, tel ne semble pas être le cas et à cet égard, il convient de mettre en lumière les effets indésirables qui peuvent résulter de la régulation des requêtes à la faveur des délais pour agir. C'est ainsi que les délais pour agir, en raison de leur complexité, sont une source d'insécurité juridique pour le justiciable. Enfin, le renforcement de l'exigence de célérité des requêtes, quant à lui, induit également certains effets indésirables.

Les délais pour agir devant les juridictions administratives sont donc d'une certaine complexité. Ce caractère est alors source d'insécurité juridique pour le justiciable qui peut être pris au dépourvu face à la multitude de régimes applicables. De surcroît le justiciable peut agir dans le respect d'un certain régime de délais, qui au final se trouve être inapplicable à son litige, et voir ainsi sa requête frappée de forclusion. Pourtant en contentieux administratif le principe était clair en matière de délais pour agir. Depuis la loi de finances du 13 avril 1900 et jusqu'à aujourd'hui en vertu de l'article R.421-1 du CJA, le requérant a en principe 2 mois pour agir à compter de la décision préalable. Mais ce principe ne vaut que pour un certain nombre de cas, et les exceptions sont donc légion.

---

<sup>116</sup> Cour EDH, 4 décembre 1995, *X. c. France*, n° 23805/94.

Dès lors le justiciable est confronté à une multitude de régimes en matière de délai pour agir, eux-mêmes subordonnés à diverses méthodes de calcul et de computation. Face à cela il semble que deux principales réactions peuvent en résulter. Soit cette multitude de délais peut le dissuader d'agir puisque ceci peut avoir un effet décourageant. Soit face à ces délais le requérant sera tenté d'agir, guidé par l'adage populaire « *sur un malentendu ça peut passer* ». Ce raisonnement n'est en effet pas si dépourvu de tout bon sens. En effet si la forclusion est un moyen d'ordre public, encore faut-il préciser que les juges du fond apprécient souverainement si un recours est régulièrement formé dans les délais impartis<sup>117</sup>. Ainsi pour peu que le requérant parvienne à convaincre le juge qu'il n'y a pas forclusion, les délais pour agir ne sont qu'un obstacle partiel. Le flou entourant les délais pour agir peut alors contribuer à l'ardeur contentieuse. Un tel flou pouvant être perçu par le requérant comme une invitation à tenter sa chance.

Au vu de ce qui précède, la complexité en matière de délai pour agir trouble indéniablement l'accessibilité du prétoire du juge administratif en raison du manque de clarté des régimes applicables, ce qui est peu compatible avec la jurisprudence de la Cour EDH et peut s'avérer contre-productif en matière de régulation des requêtes.

Le manque de clarté en matière de délais pour agir peut être une entrave à l'accès au juge, et donc, peu compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise. Il serait chronophage de se livrer ici à un examen complet des modes de calculs des délais, des diverses méthodes de computation. D'autres se sont livrés à cet exercice et leurs travaux mettent clairement en évidence la complexité de ces diverses méthodes<sup>118</sup>. Il est donc difficile de nier que le calcul du point de départ de ces délais est complexe, tout comme le calcul de leur durée, notamment si ceux-ci sont suspendus. Les possibilités de prorogation pouvant quant à elles complexifier cet imbroglio. De plus l'instabilité générée par l'arrêt *Czabaj*, dans les cas où le requérant se prévaudrait d'un délai de recours perpétuel participe à ce joyeux désordre. En somme, comme le remarquait François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, les règles régissant les délais pour agir « *ne sont plus désormais exactement et uniquement celles que prévoient les textes, mais également celles – par nature plus difficilement accessibles – posées par le juge en complément voire en contradiction, au moins apparentes, avec les premières* »<sup>119</sup>. Ainsi le maquis de règles issues des textes se cumule aux règles prétorienne. Tout ceci altérant la clarté des délais pour agir devant le juge administratif.

---

<sup>117</sup> CE, 31 mars 1999, *Mme Llado*, n°189561, Rec. Lebon, p. 989.

<sup>118</sup> Voir notamment : JULIEN-LAFERRIERE F., « Le recevabilité des recours » in *Pratique du contentieux administratif*, *Dalloz*, Juin 2012, Dossier 220, § 220.265

<sup>119</sup> LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX, « Sur la réforme du Code de justice administrative et quelques évolutions récentes du contentieux administratif des contrats », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, Janvier 2017, repère 1.

Ces derniers n'offrent donc pas au requérant, au justiciable, une lisibilité ni même une visibilité suffisante. La persistance des institutions françaises à maintenir ce flou est pourtant assez surprenante lorsque l'on sait que la France déjà eu l'occasion d'être condamnée par la Cour EDH pour cela. Dans un arrêt du 16 décembre 1992, les juges de Strasbourg avaient en effet constaté une violation de l'article 6§1 à propos du régime de délais pour agir en matière de décisions de classement des sites, puisque selon eux ce « *système ne présentait (...) pas une cohérence et une clarté suffisantes* »<sup>120</sup>. La pertinence de cet arrêt étant de surcroît toujours d'actualité dans la mesure où la Grèce a récemment été condamnée en raison d'un régime complexe de délais pour agir ayant nuit à la requête d'un justiciable. Et la Cour à cette occasion, a réaffirmé sa jurisprudence précitée en rappelant le fait que devant le Conseil d'État français, l'article 6§1 du requérant avait été violé. Et cela en raison du fait que les juges du Palais-Royal avaient « *rejeté un recours pour tardiveté, alors que les modalités d'exercice de ce recours, notamment quant à la computation du délai à observer ne présentaient pas une cohérence et une clarté suffisante* »<sup>121</sup>.

Certes, la Cour a pu admettre que l'encadrement temporel du droit d'ester en justice permettait de garantir la bonne administration de la justice, et la sécurité juridique<sup>122</sup>. Mais si ceci permettait de valider le mécanisme des délais à agir en tant que tel, une telle validation ne peut justifier la manière confuse avec laquelle il est mis en œuvre actuellement en France. Dès lors le maquis normatif et jurisprudentiel qui régit les délais pour agir est largement en porte-à-faux avec l'article 6§1 de la Convention EDH. Si, comme il l'a été déjà démontré, le mécanisme issu de l'arrêt *Czabaj* n'est pas aux yeux de ses créateurs une atteinte portée à la substance du droit au recours, il n'en demeure pas moins qu'il contribue à entretenir le flou en matière de délais contentieux. Or, ce flou étant aux yeux de la Cour EDH une atteinte à l'article 6§1 précité, ces derniers pourraient encore une fois se poser sur le régime protéiforme et complexe, relatif aux délais pour agir devant le juge administratif.

Les délais ont bien un effet régulateur puisqu'ils permettent d'évacuer rapidement certaines requêtes. Notamment si le juge administratif rejette, par ordonnance la requête manifestement irrecevable<sup>123</sup> pour cause de forclusion. Néanmoins face à ce manque de clarté les requérants tardifs peuvent persister, et contester l'ordonnance de rejet rendue pour tardiveté de la requête<sup>124</sup>. L'évacuation rapide des requêtes tardives est donc tributaire de la passivité des requérants. Or, pour peu que le requérant tardif soit téméraire, ou persuadé d'avoir agi dans les temps, sa requête ne pourra pas si aisément être évacuée. Par conséquent, le flou

---

<sup>120</sup> Cour EDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France*, n° 12964/87, §§34-35.

<sup>121</sup> Cour EDH, 2 mars 2017, *Paroutsas et autres c. Grèce*, n° 34639/09, §29.

<sup>122</sup> Cour EDH, 23 septembre 2014, *Hietsch c. Roumanie*, n° 32015/07, §19.

<sup>123</sup> Article R.221-1 du code de justice administrative

<sup>124</sup> CAA de Versailles, 2 mai 2018, n° 17VE03408.

entourant les délais pour agir peut venir entretenir la témérité de certains requérants, ce qui, pour un mécanisme supposé être régulateur, est clairement contre-productif.

S'il est permis de penser que sans ces mécanismes de régulations des requêtes tardives, étudiés au fil de ces lignes, la situation des juridictions serait peut-être pire, il est toutefois permis de penser que si les délais contentieux étaient uniformisés, la situation serait peut-être meilleure. Ainsi pour que les délais pour agir aient un effet régulateur de requêtes maximisé, il conviendrait de songer à mettre de l'ordre dans ce capharnaüm. Faute de quoi, ces délais pourraient avoir davantage un effet frustratoire que régulateur. Ou peut-être est-ce là le but : frustrer les justiciables pour mieux les décourager d'agir.

Tel qu'il l'a été démontré au fil des lignes précédentes, les cas où le requérant peut agir en dehors des délais contentieux classiques se réduisent. Les délais pour agir, dans un tel contexte, se voient donc renforcés tant dans leur portée que dans leur effectivité. Mais le renforcement de l'exigence de célérité des requêtes a toutefois certains effets indésirables, voire, pervers. Le principe de sécurité juridique est ainsi renforcé dans sa position de principe supérieur tandis que l'impunité de l'action administrative en sort renforcée. L'exigence de célérité des requêtes, à la lecture de ce qui précède, découle donc de la volonté de ne pas porter atteinte à des situations juridiques enracinées, et donc a pour but de veiller à la sécurité juridique. Schématiquement, c'est donc ce principe qui justifie l'exigence de célérité des requêtes, celle-là même qui permet de réguler l'accès au juge administratif. Encore plus schématiquement il est possible de s'avancer à dire que le niveau de mise en œuvre du principe de sécurité juridique est un des leviers de régulation l'accès au juge. En effet, désormais la sécurité juridique étant davantage brandie à l'encontre des requêtes tardives, mécaniquement il s'en suit que les portes du prétoire sont en principe, de moins en moins accessible aux auteurs de telles requêtes

La sécurité juridique apparaît donc, en filigrane, être le levier de régulation des requêtes tardives, plus que les textes eux même. Il semble d'ailleurs, que ce phénomène n'apparaît pas qu'en filigrane mais tend à se matérialiser noir sur blanc dans la jurisprudence administrative. En effet, il convient de se remémorer l'*obiter dictum* issu de l'arrêt *Czabaj* et selon lequel « *toutefois le principe de sécurité juridique (...) fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle* ». Le choix des mots étant loin d'être anodin dans les arrêts du Conseil d'État, il est possible de constater que c'est bel et bien le principe susmentionné qui régule les requêtes tardives. Il apparaît également qu'aux yeux des juges du Palais-Royal, le principe de sécurité juridique serait plus qu'un régulateur des requêtes tardives. Il s'agirait plus précisément d'un obstacle. Encore une fois le choix des termes employés mérite d'être relevé. Ledit obstacle étant placé sur le chemin du requérant tardif par les mains de la Haute-Juridiction elle-même, sans que ces dernières aient été guidées par une quelconque contrainte extérieure.

La sécurité juridique, mobilisée par l'arrêt *Czabaj* afin de réguler les requêtes tardivement soumises au juge tend donc désormais à réguler plus largement les possibilités de réclamations. Petit à petit, avec le consentement et la participation du juge administratif, la sécurité juridique sert donc à ôter au justiciable la possibilité de se retourner contre l'administration, et ce tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des portes du prétoire. Le Huron de Rivero<sup>125</sup> aurait certainement la larme à l'œil s'il pouvait contempler le tableau moins clair qu'obscur, qui se dessine ainsi, sous le pinceau du juge administratif.

---

<sup>125</sup> RIVERO J., « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, p. 37.



**DROIT CIVIL MAURICIEN**

**La cause de l'engagement  
dans le contrat de cautionnement  
en droit mauricien**

**Dr. Goran GEORGIJEVIC**

*Lecturer, Université de Maurice<sup>1</sup>*

**Résumé :**

*La cause de l'engagement contractuel est traitée aux articles 1108, 1131, 1132 et 1133 du Code civil mauricien. De ces quatre articles, on déduit traditionnellement une distinction entre la cause objective et la cause subjective de l'engagement contractuel. La première représente la raison immédiate et directe de la décision de contracter et est toujours la même dans un même type de contrat. En revanche, la seconde est cette raison éloignée et médiate du contrat qui consiste en des motifs personnels des parties au contrat. Cet article contient une analyse de la cause subjective du contrat de cautionnement, qui peut prendre deux formes différentes, à savoir la cause subjective illicite et la cause subjective licite.*

Mots-clés : Maurice – contrat – cause – objective – subjective

---

<sup>1</sup> Dr. Goran Georgijevic est aussi Officier (*Law Reform Officer*) de la Commission des réformes législatives (*Law Reform Commission*) de Maurice dont les fonctions à la Commission ne sont pas actives pendant la durée de son engagement à temps plein à l'Université de Maurice.

Abstract:

*The cause of the contractual commitment is dealt with in articles 1108, 1131, 1132 and 1133 of the Mauritian Civil Code. From these four articles, a distinction may traditionally be made between the objective cause and the subjective cause of the contractual commitment. The first represents the immediate and direct reason for the decision to contract and is always the same in the same type of contract. On the other hand, the second is this distant and mediate reason of the contract which consists of personal reasons of the parties to the contract. This article contains an analysis of the subjective cause of the surety bond, which can take two different forms, namely the unlawful subjective cause and the lawful subjective cause.*

Mots-clés : Mauritius – contract – cause – objective – subjective

Le Code civil mauricien, à l'instar de son homologue français, consacre à la cause des engagements contractuels, cette notion qui a depuis toujours suscité de nombreux développements doctrinaux<sup>2</sup>, les articles<sup>3</sup> 1108<sup>4</sup>, 1131<sup>5</sup>, 1132 et enfin 1133<sup>6</sup>. De ces quatre articles, on déduit traditionnellement une distinction entre la *cause objective* et la *cause subjective* de l'engagement contractuel<sup>7</sup>.

La première représente la raison immédiate et directe de la décision de contracter et est toujours la même dans un même type de contrat<sup>8</sup>. En revanche,

---

<sup>2</sup> Sur l'opposition classique entre le courant causaliste et le courant anti causaliste voir par exemple : CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1924, pp. 47-49 ; 56-57 ; 81-82; GARRON F., *La caducité du contrat : étude de droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 134-135 – Sur la suppression de la cause dans le Code civil français : CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 67-68, par. n° 123. 181 s. ; TRANCHANT L., EGEE V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd., 2018, pp. 42 s. ; CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 81 s. ; AUBERT J. - L, COLLART-DUTILLEUIL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2017, pp. 89 s. ; ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 71 s. MEKKI M., « L'Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 494 s. n° 18 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s. ; WICKER G., « La Suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 107 s. ; ANSAULT J. – J., « La Validité du contrat », *Journal des sociétés*, n° 118/2014, pp. 22 et 26 ; FERRIER N., « Le Renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, p. 74 ; HOUTCIEFF D., « Le Contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, pp. 198 s.

<sup>3</sup> Sur le maintien des articles relatifs à la cause de l'engagement contractuel lors d'une éventuelle future réforme du Code civil mauricien voir notamment : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin, 2017, pp. 33-40.

<sup>4</sup> Cet article érige la cause en condition de validité du contrat.

<sup>5</sup> Aux termes de l'article susmentionné, l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut produire aucun effet de droit.

<sup>6</sup> La cause est illicite lorsqu'elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

<sup>7</sup> On parle aussi de la cause de l'obligation et de la cause du contrat (LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *La Pérennité contractuelle*, L. G. D. J., 2005, p. 344, n° 611 ; WEILL A., « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des Sciences sociales, 1978, p. 1165 ; LOMBARD F., *La Cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARNA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, p. 42, n° 22 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, L. G. D. J., 1992, p. 246).

<sup>8</sup> Ainsi, « [...] identifiée à la raison proche, la cause présentera un caractère objectif, elle se retrouvera à l'identique dans chaque type de contrat » (TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 344, n° 333 – à comparer avec : TERRE F.,

la seconde est cette raison éloignée et médiate du contrat qui « *variera pour un même type de contrat d'un contractant à l'autre* »<sup>9</sup>. En réalité, la cause subjective consiste en des motifs personnels des contractants.

Ainsi par exemple, dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux, la cause de l'obligation d'une partie (cause objective) réside dans l'obligation de l'autre<sup>10</sup>, alors que la cause du contrat (cause subjective) est définie comme le but concret que les parties ont visé à satisfaire par la conclusion du contrat<sup>11</sup>, c'est à dire « *le mobile concret qui a déterminé chaque partie à contracter* »<sup>12</sup>. La première représente une finalité standardisée, qui est toujours la même dans un même type de contrat synallagmatique à titre onéreux, alors que la seconde correspond à des motifs personnels des parties, à des finalités variant à l'infini d'un individu à l'autre<sup>13</sup>. Quant aux contrats à titre gratuit (donations et contrats de services gratuits), l'*intention libérale* constitue toujours la cause de l'obligation du gratifiant<sup>14</sup>. Il s'agit d'une cause standardisée et objective, qui est toujours la même dans les contrats à titre gratuit.

Les fonctions principales de la cause de l'engagement contractuel consistent, d'une part, à assurer le contrôle d'une consistance économique

---

SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s.).

<sup>9</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.* p. 347, n° 335.

<sup>10</sup> Cette définition de la cause objective dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux connaît deux principales variantes, celles proposées par CAPITANT et MAURY. CAPITANT estimait que la cause de l'obligation de chacune des parties à un contrat synallagmatique résidait dans l'exécution de l'obligation de l'autre (CAPITANT, *thèse précitée*, pp. 17-19 ; 43 ; 45-47). MAURY définissait la cause comme *l'équivalent voulu*, qui est un *équivalent économique* et pas un intérêt purement moral. *La considération de l'équivalent, tel est le mobile principal* de chaque partie à un contrat synallagmatique à titre onéreux qui explique la volonté de s'obliger (MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, tome premier : La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Jouve & Cie, Editeurs, 1920, pp. 32 ; 38 ; 39 s. ; 57 ; 64). - Pour une analyse théorique approfondie plus récente de la notion de cause voir notamment : ROCHFLED J., *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999.

<sup>11</sup> TRANCHANT L., EGEEA V., *op. cit.* p. 46 ; AUBERT J. - L., COLLART-DUTILLEUIL F., *op. cit.* p. 98 ; LAVEFVE LABORDERIE A. - S., *thèse précit.*, p. 344, n° 611 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 42, n° 22.

<sup>12</sup> THIBIERGE L., *Le Contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011, p. 84, n° 136.

<sup>13</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 344 – V. aussi : JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, 1927, pp. 153-154 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1995, note Lucas F.-X., *La Semaine juridique Ed. G*, n° 49/1996, II 22736, n° 5.

<sup>14</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.* p. 360, n° 349.

minimum du contrat<sup>15</sup> et, d'autre part, à écarter des atteintes à la licéité<sup>16</sup> que le contrat est susceptible de causer.

En droit mauricien, « *le contrat de cautionnement se définit comme un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier (...) à exécuter l'obligation du débiteur au cas où ce dernier ne le ferait pas* »<sup>17</sup>. Il s'agit d'un contrat consensuel et *a priori* unilatéral<sup>18</sup>. Seule la caution s'engage en vertu de ce contrat et son engagement est causé. De même qu'en droit commun, en droit du cautionnement, « *la notion de cause recouvre deux acceptions, suivant que la licéité ou l'existence de la cause est en question* »<sup>19</sup>. Autrement dit, il existe dans le contrat de cautionnement une *cause objective* et peuvent être pris en compte des motifs personnels dans le cadre de la *cause subjective*. Le contrat de cautionnement étant un instrument bien volontiers utilisé par la pratique mauricienne, et notamment dans le secteur bancaire, il apparaît intéressant de bien saisir sa cause, que ce soit sa variante objective ou subjective, et de vérifier ses spécificités par rapport au droit commun.

Dans le contrat de cautionnement, qui est un contrat unilatéral, la cause objective n'existe pas au sens de la contrepartie convenue : elle ne peut pas être recherchée dans les relations entre le créancier et la caution<sup>20</sup>. Elle ne réside pas

---

<sup>15</sup> Cass. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 176 – Dans une affaire remarquée, où une bague valant 460 000 francs a été vendue pour 100 000 francs, en raison d'une erreur d'étiquetage, la Cour de cassation a refusé la nullité pour absence de cause (Cass. 1<sup>ère</sup> 4 juillet 1995, n° de pourvoi : 93-16.198).

<sup>16</sup> BARAKE S., *Le champ contractuel*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 2007, p. 119 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mai 2007, n° de pourvoi, 05-21123 ; Cass. com. 3 oct. 2006, Bull. civ. 2006, IV, n° 203, p. 222 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 270, p. 225 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° de pourvoi : 88-18998 ; MESTRE J., « La Cause dans la formation du contrat », *RTD civ.* 1990, p. 468 ; VARET V., « La nullité du contrat pour cause illicite », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 1/2000, p. 67 ; DADOUN A., *La Nullité du contrat et le droit pénal*, L. G. D. J. 2011, pp. 169-170, n° 251 – Voir les arrêts de la Cour suprême de Maurice *J. M. Z. Uteeme vs G. Maunick & Ors* 2005 SCJ 243, *Rayapen vs Lionnet* 1960 MR 262 et *G. Weg vs K.K. Patel & Anor* 1991 MR 239 – Voir aussi : *Nowbuth vs Bhoyraz* 1991 MR 229 – Pour les exemples issus de la jurisprudence administrative française : F. LOMBARD, *thèse précit.*, pp. 108-112, nn° 120-126 – Voir aussi : Cass. req. 1<sup>er</sup> avril 1895, D. 1895, p. 264 ; Cass. Soc. 8 janv. 1964, D. 1964, p. 267 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 154, p. 102 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 229, p. 159 ; Cass. req. 4 juill. 1892, D. 1892, p. 501 – V. aussi : Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 432, p. 302 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, *Daloz actualité*, 17 octobre 2012, note Rezgui W., *Recueil Daloz*, 2012, p. 2306 ; Cass. civ. 2 janv. 1907, D.P. 1907, I, pp. 140-141.

<sup>17</sup> DONDERO B., SEUBE J. – B., *Manuel de droit bancaire mauricien*, Lextenso éditions, 2012, p. 115, n° 195.

<sup>18</sup> Voir les articles 2011 et suivants du Code civil mauricien.

<sup>19</sup> HOUTCIEFF D., *Cautionnement. – Caractères. – Conditions de validité. – Etendue et preuve.* – Jurisclasseur. Encyclopédie des Huissiers de Justice, Fasc. 10, janv. 2004, n° 167.

<sup>20</sup> PIETTE G. *Cautionnement*, Répertoire de droit civil, Daloz, 2014, n° 94.

non plus dans les rapports entre la caution et le débiteur principal qui est un tiers au contrat<sup>21</sup>. Néanmoins, la cause objective et standardisée existe bel et bien dans le contrat de cautionnement et doit être recherchée dans le contrat principal<sup>22</sup> : cette cause objective se situe dans la considération du crédit (temps ou argent par exemple) que le débiteur a reçu du créancier<sup>23</sup>. En d'autres termes, « *la cause de l'obligation de la caution est la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier à l'égard du débiteur* »<sup>24</sup>. En effet, « *il est difficile d'imaginer un cautionnement donné sans qu'aucun crédit ne soit octroyé au débiteur par le créancier* »<sup>25</sup>. On reproche à la cause objective aussi définie son caractère redondant avec le caractère accessoire du cautionnement. En effet, la cause sera absente lorsque la dette principale est absente<sup>26</sup>. De plus, la définition de la cause objective du cautionnement proposée plus haut ne semble pas adaptée aux cautionnements fournis par les cautions professionnelles se portant caution moyennant rémunération<sup>27</sup>. Malgré tout, la définition de la cause exposée plus haut a trouvé son application dans un arrêt remarquable de la Cour de cassation du 17 mai 2017<sup>28</sup>. En l'occurrence, la Haute juridiction française a invalidé un contrat de cautionnement conclu entre une banque et une caution solidaire alors que la société, débitrice principale, faisait déjà l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. La Cour de cassation était d'avis que « *en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par M. B. après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective* » faisait défaut, ce

---

<sup>21</sup> BREMOND V., BOURASSIN M., *Droit des sûretés*, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd. 2017, p. 139, n° 231 ; HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 168.

<sup>22</sup> PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 94.

<sup>23</sup> Cass. com. 10 juill. 2001, n° 98-11. 536 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 2.

<sup>24</sup> Cass. com. 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 278 ; *Recueil Dalloz*, 1973, p. 753 ; HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 168.

<sup>25</sup> PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 95.

<sup>26</sup> MAZEAUD D., « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », *Recueil Dalloz* 2017 p.1694, par n° 9, à propos d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 mai 2017 : « *l'arrêt est d'autant plus remarquable que le potentiel d'exploitation de la cause objective est faible, en raison notamment de la concurrence du caractère accessoire du cautionnement, qui suffit souvent à l'annuler sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion de cause, et des vices du consentement* ». – PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 95 ; Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantant A., n° 2.

<sup>27</sup> PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 96.

<sup>28</sup> SEUBE J. – B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2018, p. 48, n° 76 ; MAZEAUD D., *art. précit.* pp. 1694 s. ; Com. 17 mai 2017, n° 15-15.746, note Barbier H., *RTD civ.*, 2017 pp. 640 s. ; comm. Laithier Y. – M., *Revue des contrats*, n° 3/2017, pp. 421 s. ; comm. Houtcieff D., *Revue des contrats*, n° 3/2017, pp. 457 s. ; CROCQ P., *Droit des sûretés*, août 2016 - août 2017, *Recueil Dalloz*, 2017 pp.1996 s. Partie V, sous-partie A, par 1 ; MEKKI M., *Droit des contrats*, décembre 2016 - janvier 2018, *Recueil Dalloz* 2018, pp. 371 s., partie III, sous-partie B, par. 3b.

qui justifiait l'annulation du contrat de cautionnement au sens de l'article 1131 du Code civil français antérieur à la réforme du droit des obligations de 2016<sup>29</sup>.

En revanche, pour ce qui est de la cause subjective, composée des mobiles personnels des parties au contrat de cautionnement, elle peut prendre deux formes, qui feront l'objet de notre étude, à savoir la cause subjective illicite (Première partie) et la cause subjective licite (Seconde partie).

## **I.- La cause subjective illicite dans le contrat de cautionnement**

La cause subjective illicite est réprimée dans le contrat de cautionnement de droit mauricien (A), dans certaines conditions (B).

### **A.- La répression de la cause subjective illicite dans le contrat de cautionnement**

La cause subjective dans le contrat de cautionnement consiste, de même qu'en droit commun, dans le « *motif impulsif et déterminant du contrat* » qui « *doit être recherché dans les relations entre la caution et le débiteur principal : volonté de rendre service à un ami, ou à un membre de sa famille, intérêts commerciaux, rémunération, etc.* »<sup>30</sup>. Cette cause subjective permet, d'abord, de s'assurer que les motifs de la caution et du créancier ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à l'intérêt général<sup>31</sup>. Ainsi, selon une jurisprudence datant du début du XX<sup>ème</sup> siècle, un contrat de cautionnement tendant à favoriser une relation de concubinage<sup>32</sup> est nul pour cause illicite. Cela s'explique par le fait que le motif principal de la caution - favoriser une relation de concubinage – se heurtait aux bonnes mœurs de l'époque. Il est permis de se demander si notre Cour suprême se prononcerait dans le même sens, eu égard aux deux arrêts importants de la Cour de cassation, respectivement rendus le 3 février

---

<sup>29</sup> En réalité, en dépit de la disparition de la notion de cause du Code civil français depuis 2016, force est de constater que les fonctions principales de celle-ci subsistent toujours : WICKER G., *art. précit.*, pp. 107 s. ; MAZEAUD D., « Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause », *Recueil Dalloz* 2017 p.1694, par. n° 10 ; AUBERT J. - L, COLLART-DUTILLEUIL F., *op. cit.* pp. 94 s.

<sup>30</sup> PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 93.

<sup>31</sup> Voir notamment : SEUBE J. – B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2018, p. 47, n° 76 ; BREMOND V., BOURASSIN M., *op. cit.* p. 141, n° 236.

<sup>32</sup> Comp. avec CA Nancy 12 nov. 1904, *DP* 1905, 2, 160.

1999<sup>33</sup> et 29 octobre 2004<sup>34</sup>. Depuis ces deux arrêts de la Cour de cassation, on ne considère plus une récompense versée à la concubine, sous forme d'une donation, comme un motif personnel du donateur illicite (contraire aux bonnes mœurs). En outre, la Cour de cassation française n'annule plus des donations faites à la concubine, même dans le cas où il s'agirait d'un concubinage adultérin, contraire au devoir de fidélité entre époux<sup>35</sup>. Nous avons déjà émis l'opinion que la validation de toutes les donations entre concubins, quel que soit le motif personnel du donateur, est à éviter en droit mauricien<sup>36</sup>, car il nous semble difficile d'écarter de l'analyse juridique de la cause des donations entre concubins l'obligation impérative de fidélité entre époux (concubinage adultérin) et parce que la tentative du donateur, ne commettant pas de faute d'adultère (concubinage simple), d'acheter la fidélité de sa concubine grâce à des biens matériels ne mérite pas d'être tolérée par le droit mauricien. D'ailleurs, dans l'arrêt *Pool and Arthur Savy vs Delorie* de 1958<sup>37</sup> la Cour de Maurice énonce que si une donation a pour but de commencer, de continuer, de reprendre, ou de rémunérer les rapports de concubinage, elle sera nulle pour cause illicite ou immorale, mérite d'être approuvé.

Force est tout de même de constater que le problème se pose en termes différents dans le cas de contrat de cautionnement. En effet, il est difficile de soutenir qu'un cautionnement est nul juste parce que la caution cherchait à favoriser la création, la reprise ou le maintien d'un concubinage simple, entre deux autres personnes, en garantissant une opération principale à titre onéreux (l'achat d'un terrain ou d'un appartement, ou la souscription d'un emprunt immobilier, par exemple) intrinsèquement licite. Le concubinage simple n'est plus considéré aujourd'hui, de l'aveu de notre Cour suprême<sup>38</sup>, comme une

---

<sup>33</sup> « *N'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* » (Cass. 1<sup>ère</sup> 3 fév. 1999, JCP G 1999, II, 10083).

<sup>34</sup> Cass. Ass. plén. 25 oct. 2004, Bull. civ. 2004, Ass. plén. n° 12 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 fév. 1999, Bull. civ. I, n° 43, p. 29, mais aussi, - A voir aussi : Cass. civ. 11 mars 1918, DP, 1918, I, p. 100 ; Cass., req. 8 juin 1926, D. P. 1927, 1, p. 113 ; Cass., 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1991, n° de pourvoi : 90-17347 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 11 oct. 1988, n° de pourvoi : 87-15343 ; Cass., soc. 4 oct. 1979, Bull. civ. V, n° 680 ; Cass. 2<sup>ème</sup>, 10 janv. 1979, Bull. civ. II, n° 10, p. 7 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 1975, Bull. civ. I, n° 365, p. 303 - Pour une analyse critique de cette jurisprudence du point de vue du droit civil mauricien voir : GEORGIJEVIC G., *Droit civil mauricien, Les contrats, partie générale*, Editions universitaires européennes, 2011, pp. 225-228.

<sup>35</sup> En droit mauricien, le devoir de fidélité entre époux est énoncé à l'article 212 du Code civil.

<sup>36</sup> GEORGIJEVIC G., *op.cit.*, pp. 108-109 – En même sens, implicitement : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin 2017, p. 38, n° 68 .

<sup>37</sup> MR 266.

<sup>38</sup> Dans l'arrêt *Naikoo vs Société Héritiers Bhogun* (1972 MR 66), la Cour suprême de Maurice énonce en termes clairs et nets que les concubinages simples ne sont plus considérés comme immoraux : “*As for material damages, the question is not free from difficulty, but the better opinion*

situation illicite et l'engagement de la caution, qui ne cherche pas à payer avec les biens matériels la fidélité du débiteur principal, mais à aider la formation, le maintien ou la reprise d'une union de vie informelle entre un homme et une femme, ne doit pas être considéré comme nul pour cause illicite. En revanche, il doit en aller autrement, lorsque la caution, en pleine connaissance de cause, cherche à favoriser un concubinage adultérin, celui ou le débiteur principal ou son concubin sont déjà engagés dans les liens du mariage. En l'occurrence, le mobile personnel et déterminant de la caution heurte de plein fouet l'intérêt général, tel qu'il est exprimé à l'article 212 du Code civil, au travers de l'obligation de fidélité entre époux. Le cautionnement sera donc nul pour cause subjective illicite<sup>39</sup>. Pour des raisons évoquées plus haut, nous ne sommes pas d'accord avec une éventuelle transposition de cette solution au droit mauricien.

### **B.- Les conditions de prise en compte des motifs personnels de la caution dans le cadre de la cause subjective illicite**

Selon certains arrêts de justice français, l'annulation du cautionnement pour cause subjective illicite est subordonnée à la connaissance du créancier du motif personnel et illicite qui animait la caution<sup>40</sup>. On retrouve ainsi, en matière de cautionnement, l'exigence de la connaissance d'un contractant du motif déterminant et illicite de l'engagement de l'autre, posée dans l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1989<sup>41</sup>. Néanmoins, dans un autre arrêt remarquable de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998, on a énoncé qu'un contrat pouvaient être déclaré nul en dépit du fait qu'une des parties ait agi de bonne foi, en ignorant le motif personnel,

---

*seems to be that the concubine cannot recover such damages, not because concubinage is illegal or immoral (...)*”.

<sup>39</sup> Remarquons, à titre de comparaison, qu'en France la place de la cause subjective illicite au sein du contrat de cautionnement décline, « *au fur et à mesure que le législateur et la jurisprudence admettent* » (...) des « *conventions adultérines. Le cautionnement garantissant les obligations résultant de telles conventions est désormais valable* » (PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 93).

<sup>40</sup> Cass. com. 30 janv. 1990, juris-data n° 1990-000214.

<sup>41</sup> Dans ce célèbre arrêt de la Cour de cassation, il s'agissait d'un parapsychologue qui avait vendu à un autre de divers ouvrages et du matériel d'occultisme. Celui-ci s'était considéré comme le disciple de celui-là. La Cour de cassation a prononcé la nullité du contrat pour cause subjective illicite, étant donné que le mobile déterminant de l'acheteur, l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, était contraire à l'article R.34 du Code pénal de l'époque et que le vendeur *n'a pas pu ignorer* le mobile déterminant de l'acheteur. La Cour est parvenue à cette conclusion parce que le vendeur « [...] *exerçait la même profession de parapsychologue que Mme GUICHARD (acheteur), qu'il considérait comme sa disciple* » ; « *La cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si M. PIRMAMOD (vendeur) connaissait le mobile déterminant de l'engagement de Mme GUICHARD, une telle connaissance découlant des faits de la cause* » (Cass. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 1989, Bull. civ. I, n° 293) – CERMOLACCE A., *Cause et exécution du contrat*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 61, n° 87 ; BEALE H., KOTZ H., HARKAMP A., TALLON D., *Contract Law*, Oxford, 2002, p. 299 ; VARET V., *art. précit.*, p. 69 ; MAURY, *these précit.*, pp. 249 ; 254.

déterminant et illicite de son cocontractant : « *un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, bien qu'une des parties n'ait pas eu connaissance du motif déterminant illicite ou immoral de l'autre contractant* »<sup>42</sup>.

Nous sommes d'avis que la connaissance d'un motif personnel et illégal de l'autre partie au contrat n'a pas, à notre avis, d'importance lorsque le contractant de bonne foi, qui ignorait ledit mobile au moment de la conclusion du contrat, demande l'annulation de ce contrat<sup>43</sup>. En revanche, lorsque l'annulation du contrat est demandée contre la partie de bonne foi (qui ignorait la cause subjective illicite au moment du contrat), la demande devrait être rejetée. En règle générale, la prise en compte des motifs personnels et illégaux doit reposer sur la connaissance de l'autre contractant de leur existence, afin d'éviter à cette autre partie de mauvaises surprises<sup>44/45</sup>.

Par conséquent, en application des principes énoncés plus haut, l'annulation du contrat de cautionnement pour cause subjective illicite devrait pouvoir être prononcée sans avoir égard à l'éventuelle connaissance du créancier du motif illicite qui animait la caution<sup>46</sup>, *lorsque c'est le créancier qui demande l'annulation du contrat de cautionnement*<sup>47</sup>. En revanche, lorsqu'une caution de mauvaise foi demande l'annulation du contrat de cautionnement contre un créancier de bonne foi, ayant ignoré le motif personnel et illicite de la caution au moment de la conclusion du contrat de cautionnement<sup>48</sup> il ne nous semble pas

---

<sup>42</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 285 - V. aussi : note Chariot, *Defrénois*, n° 10/1999, pp. 602 s. ; LAMBERT S., *L'intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 280, n° 176.

<sup>43</sup> Insister sur la connaissance d'un motif personnel et illégal de l'autre contractant paraît inopportun dans ce cas, car cela empêcherait le contractant de bonne foi d'agir en justice et de demander l'annulation du contrat, alors qu'il n'est point nécessaire de protéger sa sécurité juridique. – A comparer avec WEILL A., *art. précit.*, p. 1175 ; VARET V., *art. précit.*, p. 70 – A comparer notamment avec : CABRILLAC R., *op. cit.* p. 88, n° 90.

<sup>44</sup> Les motifs personnels et illégaux sont une catégorie psychologique et infiniment variable ; ils sont très souvent méconnus par les tiers y compris l'autre partie au contrat. Ainsi, leur prise en compte incontrôlée compromettrait la stabilité des relations juridiques, c'est-à-dire la stabilité contractuelle (VARET V., *art. précit.*, p. 70).

<sup>45</sup> En même sens : Law Reform Commission, *Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code civil mauricien*, juin 2017, pp. 38-40, nn° 69-72 ; Law Reform Commission, *Issue Paper, Law of Contracts and Obligations under Code civil mauricien*, mars 2013, pp. 60-62, n° 66.

<sup>46</sup> *Vide*, Cass. 1<sup>ère</sup> 7 oct. 1998, D. 1998, jurispr. 563.

<sup>47</sup> Il en va ainsi, par exemple, d'un prêteur qui découvre, après la conclusion du contrat de prêt et du contrat de cautionnement que le motif personnel et déterminant de la caution consiste à favoriser la création d'un concubinage adultérin entre le débiteur principal (emprunteur) et une tierce personne.

<sup>48</sup> Par exemple, le créancier ignorait légitimement que le débiteur principal était marié et que le prêt cautionné était destiné à convaincre la concubine du débiteur principal de continuer la relation de concubinage adultérin, ce que la caution savait et soutenait.

judicieux de prononcer la nullité du contrat de cautionnement. D'une part, il faut assurer la sécurité juridique du créancier en protégeant contre de mauvaises surprises. D'autre part, il ne serait nullement bon de permettre à une partie de mauvaise foi (caution) d'obtenir l'annulation du contrat contre une partie de bonne foi.

Cet instrument technique qui est la cause de l'engagement contractuel permet de prendre en compte non seulement les mobiles illicites dans le contrat de cautionnement mais aussi les motifs licites.

## **II.- La cause subjective licite dans le contrat de cautionnement**

Les motifs personnels licites de la caution, c'est-à-dire la cause subjective licite n'est pas toujours prise en compte en droit mauricien (A). Lorsque le droit objectif la prend en considération, et y attache des effets juridiques, cela se fait dans certaines conditions (B).

### **A.- La prise en compte partielle de la cause subjective licite**

#### **1 – Le refus de la prise en compte de la cause subjective licite dans le contrat de cautionnement**

La cause subjective du contrat englobe traditionnellement les motifs personnels déterminants et illicites, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Néanmoins, il n'est pas inenvisageable que la notion de cause subjective du contrat en droit civil mauricien englobe également les motifs personnels licites. Le célèbre arrêt de la Cour de cassation française du 3 juillet de 1996 relatif à la location des vidéocassettes a déjà ébauché cette idée<sup>49</sup>. En l'occurrence, l'impossible réalisation d'un motif personnel et licite, à savoir la rentabilité de l'opération en question, a entraîné l'annulation du contrat<sup>50</sup>. On peut, ainsi, envisager de se servir de la cause subjective licite pour prendre en compte la

---

<sup>49</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 juill. 1996, Bull. civ., I, n° 286 ; obs. Labarthe F. *JCP G*, I, pp. 178-179 ; obs. Reigné Ph., *Recueil Dalloz*, 1997, p. 501.

<sup>50</sup> En l'occurrence, la Haute juridiction française a pris en compte un motif personnel et licite du locataire, n'ayant pas fait l'objet d'une clause particulière, sous prétexte de l'impossible réalisation de l'économie du contrat voulue par les parties. Ce mobile personnel et licite consistait dans la réalisation d'un gain économique à l'aide de la sous-location de vidéocassettes. Le mobile en question n'était ni un motif standardisé du locataire, commun à tous les locataires, ni un motif personnel incorporé au contrat par un accord de volontés des parties. Cependant, l'autre partie au contrat connaissait ce motif personnel et légal du locataire, ce qui a entraîné, entre autres, sa prise en considération et l'annulation du contrat.

disparition d'un motif personnel et licite de la caution. Par exemple, en France, de nombreuses cautions ont tenté de se soustraire après divorce à un cautionnement *omnibus* jamais résilié et fourni pour garantir les dettes de leur ex-époux en prétextant la disparition de la cause subjective de leur engagement. Cette cause consisterait dans un motif personnel, licite et efficient de la caution, un motif ayant disparu, à savoir *la qualité d'époux du débiteur cautionné*. De même, les dirigeants sociaux fournissent très souvent des cautionnements *omnibus* qu'ils oublient de résilier après la cessation de leurs fonctions au sein de la société. Après que de tels cautionnements soient mis en œuvre, les cautions essayent d'y échapper en prétextant la disparition de la cause subjective de leur engagement. La cause consisterait, une fois de plus, dans un motif personnel, licite et efficient de la caution, le motif qui a cessé, à savoir *la qualité de dirigeant social du débiteur cautionné*.

Dans ce genre de situations, « *il s'agissait* », en effet, « *d'invoquer la cause subjective sur le terrain de l'exécution du contrat* »<sup>51</sup> et plus précisément la cause subjective *licite*. En d'autres termes, les cautions ont demandé l'annulation du contrat de cautionnement, « *sous prétexte que le mobile* » personnel, licite et efficient de leur engagement « *avait disparu : ont pu être invoqués de la sorte le divorce de la caution et du débiteur ou encore, et surtout, la perte de qualité du dirigeant. La jurisprudence* » française, *persuasive authority* à Maurice, « *refuse de prendre en compte cette disparition des mobiles dès lors qu'ils ne sont pas entrés dans le champ contractuel* »<sup>52</sup>. Ainsi, l'engagement de caution, pris par le dirigeant social dans l'intérêt de la société, et dans le cadre d'un cautionnement *omnibus*, reste valable quels qu'en aient été les motifs déterminants, dès lors que n'ayant pas été introduit dans le champ contractuel, ils ne constituaient pas la cause du cautionnement<sup>53</sup>. En réalité, un minimum de sécurité juridique « *exige que le cautionnement soit maintenu quoique* » les prévisions de la caution liées à la persistance de leurs motifs personnels, licites et efficients « *n'aient pas été respectées* »<sup>54</sup>. Cela s'explique, sans doute, par le fait qu'« *il importe peu que la cause disparaisse au cours de l'exécution du cautionnement* ». En effet, « *même si l'on adhère à la théorie de la permanence de la cause, celle-ci ne peut concerner que la cause objective et non la cause subjective* »<sup>55</sup> ; « *Il est en effet inconcevable que la cause-mobile puisse jouer un rôle postérieur à la formation du contrat pour compromettre sa validité* »<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170.

<sup>52</sup> HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170 – Cass. com. 6 déc. 1988, Bull. civ. IV, n° 334.

<sup>53</sup> Cass. com. 6 décembre 1988, *La Semaine juridique, Ed. G*, n° 6/1989, 100371.

<sup>54</sup> HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 170.

<sup>55</sup> PIETTE G., *Rép. précit.*, n° 96.

<sup>56</sup> MORVAN P., « Le Cautionnement contracté par un dirigeant social n'est limité à la durée de ses fonctions que si cela est précisé dans l'acte », *Recueil Dalloz*, 1991, pp. 177 s, partie I, sous-partie A.

Ne rentrera pas non plus dans la cause subjective de l'engagement contractuel susceptible d'entraîner l'anéantissement du contrat de cautionnement le motif personnel, licite et efficient de la caution consistant dans *l'évaluation qu'elle avait faite du risque résultant de son engagement*. Il s'agit d'un motif dont la non-réalisation au cours du contrat de cautionnement (due à l'aggravation de la situation par rapport au risque évalué) constitue une charge que la caution doit supporter, car, sauf dans les cas bien délimités, tel que celui où il existerait une stipulation contractuelle expresse, chaque contractant doit assumer les risques normaux d'une évolution défavorable de la situation au cours du contrat. La jurisprudence française parvient à la même conclusion en soutenant que l'appréciation erronée par la caution des risques issus de son engagement de caution n'est pas une erreur sur la substance : le contrat reste donc en vigueur<sup>57</sup>.

Il convient toutefois de préciser que selon une jurisprudence bien établie, la prise en compte des motifs personnels et licites de la caution, dont le risque de disparition ou de non-réalisation pèse *a priori* sur celle-ci, peut se produire lorsque ces motifs ont été érigés explicitement en condition de son engagement<sup>58</sup>. Ainsi, la caution peut faire insérer dans le contrat de cautionnement *omnibus* une condition résolutoire selon laquelle le contrat prendra fin au cas où la caution cesserait d'être l'épouse du débiteur principal ou le dirigeant social du débiteur principal.

## **2 – La prise en compte de la cause subjective licite dans le contrat de cautionnement**

Force est de constater que certains motifs personnels (non standardisés) et licites de la caution peuvent être pris en compte et entraîner la nullité du contrat à condition de pouvoir être qualifiés de qualités substantielles. Même si l'erreur sur la substance de l'article 1110 du Code civil<sup>59</sup> est l'instrument principal de prise en compte de tels motifs, la cause peut en constituer un autre, étant donné que les motifs personnels des parties ne sont pas étrangers à son domaine. Quant aux motifs personnels et licites de la caution, relevant de la substance de la chose, il en va ainsi de la nature de l'engagement de la caution qui croit conclure *un engagement purement moral*<sup>60</sup>. La nature de l'engagement souscrit par la caution est un motif personnel et licite de la caution faisant partie de la substance de son

---

<sup>57</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 13 nov. 1990, Bull. civ. I, n° 242.

<sup>58</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 3 ; Cass. com. 15 oct. 1991, *JCP G* 1992 II 21923.

<sup>59</sup> En ce sens notamment : Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 1.

<sup>60</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> 25 mai 1964, Bull. civ. I, n° 269 ; SIMLER Ph., *Cautionnement. – Conditions de validité. – Conditions du droit commun des contrats*, Jurisclasseur Code civil, art. 2288 à 2320, fasc. 20, février 2013, n° 16 .

obligation souscrite vis-à-vis du créancier<sup>61</sup>. C'est pourquoi l'impossibilité (fausseté) *ab initio* de ce motif personnel et licite, due à une erreur de la caution, peut entraîner la nullité du contrat. En effet, le motif personnel et licite, impossible à cause d'une erreur de la victime, intègre la cause de l'engagement contractuel sous forme de son absence en raison de la proximité avec les obligations principales issues du contrat. Force est de constater que l'impossibilité (fausseté) *ab initio* de ce motif personnel et licite de la caution (nature purement morale de l'engagement), due à une erreur de celle-ci, ne peut entraîner la nullité du contrat que si celle-ci n'a pas été induite en erreur à cause d'une faute grossière de sa part. Ainsi, une caution plus ou moins illettrée<sup>62</sup> ou âgée et ignorante<sup>63</sup> peut invoquer le caractère excusable de son erreur, mais pas un dirigeant social bien éduqué ni un agriculteur habitué aux prêts bancaires<sup>64</sup>.

Il peut arriver que l'existence d'autres sûretés au profit du créancier représente un motif personnel, licite et efficient de l'engagement de la caution<sup>65</sup>. L'existence d'autres sûretés doit être soit certaine soit hautement probable, cette à dire résulter d'un engagement exprès en ce sens<sup>66</sup>. La jurisprudence prend en considération l'erreur sur un tel motif personnel et licite dès lors qu'il a été déterminant de l'engagement de la caution<sup>67</sup>. Le motif personnel, licite et efficient rejoint donc la cause subjective licite de l'engagement de la caution<sup>68</sup>. L'impossibilité de ce motif est susceptible d'entraîner l'annulation du contrat en raison de l'absence de cause. L'inexistence (absence) de cause équivaut ici à l'inexistence d'un fait objectif, d'une certitude, qui constitue le motif personnel, licite et efficient de la caution, à savoir l'existence d'autres sûretés au profit du créancier. Le motif en question est certainement déterminant, car « *ces sûretés sont de nature, soit à réduire le poids de son propre engagement, soit à lui profiter, le cas échéant, par voie de subrogation* ». <sup>69</sup> L'erreur sur un tel motif dont le créancier n'ignorait pas l'importance décisive pour l'*errans* peut justifier que la demande en nullité est accueillie<sup>70</sup>.

Il est sûr que la caution ne saurait invoquer l'insolvabilité du débiteur postérieure à l'engagement<sup>71</sup> car cette insolvabilité est justement ce que garantit

---

<sup>61</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 2.

<sup>62</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> 25 mai 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 269.

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> 4 juillet 1979, *Recueil Dalloz*, 1979, inf. rap. p. 536.

<sup>64</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> 19 nov. 1980, in SIMLER Ph., *Fasc. précit.* n° 19.

<sup>65</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

<sup>66</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

<sup>67</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, Bull. civ. I, n° 219 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 2 mai 1989, Bull. Civ. I, n° 175.

<sup>68</sup> *Vide* notamment, Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 5.

<sup>69</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 27.

<sup>70</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 27.

<sup>71</sup> CA Paris 27 mars 1987, *Recueil Dalloz*, 1987, somm. p. 446.

la caution<sup>72</sup>. En revanche, la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement est un motif personnel, licite et efficient de la caution dont la prise en compte et l'influence sur la validité du contrat sont débattus. Aux termes d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 28 juin 2011, la solvabilité du débiteur n'est pas une qualité substantielle et l'erreur de la caution sur ce motif personnel, licite et efficient n'entraîne l'annulation du contrat que si au jour de son engagement la caution avait faite de la solvabilité du débiteur une condition de son engagement<sup>73</sup>. Autrement dit, le motif personnel et licite qui est la solvabilité du débiteur ne constitue pas la cause subjective de la caution susceptible de faire disparaître le contrat. On évoque parfois « *un traitement particulièrement sévère pour les cautions* »<sup>74</sup>. La doctrine met en relief le fait que l'erreur « portant sur une donnée extrinsèque au contrat, ne peut être qu'une erreur sur un motif de l'engagement »<sup>75</sup>. Néanmoins, auparavant, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> mars 1972, il a été décidé que l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal pouvait entraîner la nullité du cautionnement<sup>76</sup>. De plus, il arrive que la jurisprudence considère que la caution avait fait de la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement une condition *tacite* de son engagement<sup>77</sup>, ce qui facilite la prise en compte de ce motif personnel, licite et efficient de la caution qui est la solvabilité du débiteur principal. Ce courant, qui assure la prise en compte d'un motif personnel, licite et efficient de la caution, qui consiste dans la solvabilité initiale du débiteur principal, nous semble judicieux. D'après le droit commun des contrats, une qualité de la chose est substantielle à condition que le motif qu'elle reflète ait été déterminant du consentement de l'*errans* et qu'il ait entré dans le champ contractuel. Ainsi, dans une vente, l'authenticité d'une œuvre d'art représente un motif personnel de l'acheteur incorporé dans le champ contractuel grâce au mécanisme de qualité substantielle de la chose, à condition qu'il ait déterminé le consentement de l'*errans* et que l'autre partie ait connu l'importance décisive de ce mobile aux yeux de l'*errans*. Cet état des choses, en dépit des avis contraires<sup>78</sup>, ne change pas en droit du cautionnement : « *il paraît évident, en règle*

---

<sup>72</sup> HOUTCIEFF D., *Fasc. précit.*, n° 140.

<sup>73</sup> Cass. com. 28 juin 2011, n° 10-15.412.

<sup>74</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

<sup>75</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

<sup>76</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1972, D. 1973, jurispr. p. 733.

<sup>77</sup> Dès lors qu'il est établi que la caution, tiers à la société débitrice principale, avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise, et que la banque en relation d'affaires avec la société depuis plusieurs années ne pouvait pas ignorer ses difficultés, la cour d'appel a pu considérer que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution et que la solvabilité du débiteur principal était la condition tacite de sa garantie. (Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, n° 00-13. 189).

<sup>78</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 6.

*générale, que ni le créancier, ni la caution ne se seraient obligés s'ils avaient su que le débiteur était déjà insolvable. Et le créancier ne peut prétendre avoir ignoré que la caution s'engageait dans les mêmes dispositions d'esprit que lui »<sup>79</sup>.*

## **B.- Les conditions d'intégration des motifs personnels et licites dans la cause subjective licite du contrat de cautionnement**

La protection de la sécurité juridique exige de « *déterminer avec précision la méthode à partir de laquelle sera appréciée l'intégration d'un motif déterminant dans le champ contractuel, c'est-à-dire dans la cause de l'obligation* »<sup>80</sup>.

### **1 – Le caractère déterminant des motifs**

Le caractère déterminant des motifs personnels et licites ayant poussé la caution à s'engager est souverainement apprécié par le Juges ou le Magistrat<sup>81</sup>. L'erreur de la caution peut reposer sur des motifs personnels et licites faisant partie de la substance (solvabilité du débiteur principal, nature de l'engagement de la caution) et susceptibles d'intégrer la cause de l'engagement et d'influer sur la validité du contrat. En cas d'erreur de la caution sur la substance, la question du mode d'établissement du caractère déterminant du motif personnel et légal de la caution-victime de l'erreur sur la substance se pose. Le caractère déterminant d'un mobile personnel et légal de la caution-victime d'une erreur sur la substance découle, dans certaines hypothèses, de la nature des choses. En effet, en cas d'erreur sur les qualités substantielles, un motif personnel et légal de l'*errans*, incarné par une qualité substantielle de la chose, est parfois considéré comme déterminant par l'opinion commune. On peut présumer alors qu'un tel motif personnel et légal ait été déterminant du consentement de l'*errans*, jusqu'à la preuve du contraire. Autrement dit, il existe une *présomption simple* qu'un mobile personnel et légal, considéré comme déterminant par l'opinion commune (solvabilité du débiteur principal, nature de l'engagement de la caution), ait aussi déterminé le consentement de l'*errans*. Or, cette présomption peut être renversée par une preuve rapportée par le cocontractant de l'*errans*. Quant à la caution, il ne nous semble pas inenvisageable de considérer que selon l'opinion commune la solvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat de cautionnement soit un fait déterminant, une qualité déterminante de l'engagement de la caution<sup>82</sup>. On présumera alors que la solvabilité du débiteur ait aussi déterminé le consentement de la caution-*errans*. Cependant, il n'est pas exclu que

---

<sup>79</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

<sup>80</sup> GHESTIN J., « Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *La Semaine juridique, Ed. G*, n° 49/2006, I, 194, n° 8.

<sup>81</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 7.

<sup>82</sup> SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 20.

le créancier rapporte la preuve contraire : il doit alors prouver la volonté de la caution de s'engager sans limites liées à la solvabilité du débiteur.

L'exigence du caractère déterminant d'un motif personnel et légal de la caution-*errans* s'inscrivant dans la substance de son engagement paraît entièrement justifiée. Cette condition est susceptible d'assurer un équilibre suffisant entre, d'une part, l'utilité particulière que l'*errans* attend légitimement du contrat et les impératifs de la sécurité juridique. Certes, beaucoup d'erreurs peuvent sérieusement altérer l'utilité particulière du contrat attendue par l'*errans*, mais une prise en compte incontrôlée des erreurs sur les motifs personnels et légaux de la caution-*errans* risquerait de gravement compromettre la sécurité juridique du créancier. Il existe alors une nécessité technique que la volonté juridique ne reflète pas toute la profondeur de la volonté psychologique<sup>83</sup>. La prise en compte des motifs personnels et légaux de l'*errans* doit donc être bien encadrée, afin d'éviter des analyses psychologiques trop délicates et dans le but d'assurer la sécurité des contractants<sup>84</sup>. Par conséquent, les motifs personnels et légaux, faisant l'objet d'une erreur de la caution-*errans* et incarnant les qualités substantielles de son engagement, doivent être déterminants.

D'autres erreurs de la caution sur les faits essentiels, tels que l'existence d'autres sûretés au profit du créancier, révèlent elles aussi la prise en compte des motifs personnels, légaux et déterminants de la caution *errans*<sup>85</sup>. Une fois de plus, il s'agit d'un fait (l'existence d'autres sûretés) qui est objectivement déterminant, c'est-à-dire déterminant selon l'opinion commune. L'on présume alors qu'il est aussi déterminant pour une caution concrète.

## 2 – La connaissance des motifs

Conformément au droit commun du contrat à Maurice, l'erreur sur les motifs personnels et licites extérieurs au champ contractuel ne fait pas partie de la cause subjective de l'engagement contractuel et n'affecte pas la validité du contrat<sup>86</sup>. Néanmoins, l'erreur sur un motif licite et purement personnel peut intégrer le champ contractuel, si le motif en question était déterminant du

---

<sup>83</sup> Cette nécessité ressort du caractère complexe et insaisissable de la volonté psychologique.

<sup>84</sup> IONASCO, *L'Evolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, Les presses universitaires de France, 1923, p. 115 ; VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 307.

<sup>85</sup> À titre de comparaison, il est intéressant de remarquer que l'article 61 de la Loi des obligations serbe accorde de l'importance non seulement à l'erreur sur les qualités substantielles d'une chose ou à l'erreur sur la personne dans un contrat *intuitu personae*, mais aussi à l'erreur sur tout autre fait essentiel, déterminant du consentement des parties. La prise en compte d'une erreur de la caution sur un mobile personnel, légal et déterminant qui est l'existence d'autres sûretés au profit du créancier peut donc être assurée en droit serbe grâce à l'article 61 de la loi susmentionnée.

<sup>86</sup> CA Paris, 21 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, jurispr. p. 240.

consentement de l'*errans* et si ce caractère a été connu de l'autre partie « à un degré suffisant pour considérer qu'il est entré dans le champ contractuel »<sup>87</sup>. On enseigne traditionnellement que « la simple connaissance » d'un motif personnel et licite de l'autre partie « est insuffisante » pour l'intégrer dans le champ contractuel<sup>88</sup>. Ainsi, par exemple, si un fonctionnaire public loue une maison dans une autre ville en attendant une mutation prochaine et le fait connaître au bailleur, le contrat de bail restera en vigueur même si la mutation en question n'a pas finalement lieu. *A priori*, la validité du cautionnement ne dépend des motifs personnels et licites ayant déterminé sa naissance que si les parties aient intégré ces motifs *expressément* dans le champ contractuel au moyen des instruments techniques tels que cause ou condition<sup>89</sup>. Néanmoins, de façon exceptionnelle, on peut considérer la simple connaissance d'un motif personnel, licite et déterminant comme suffisante pour l'intégrer dans le champ contractuel<sup>90</sup>. À propos de la solvabilité du débiteur principal, en dépit du fait que la Cour de cassation exige la plupart du temps que le motif personnel et licite soit intégré dans le champ contractuel *via* une stipulation expresse, le motif de la caution (solvabilité) et l'erreur reposant sur ce mobile sont parfois tout de même pris en compte en dépit de l'absence d'une telle stipulation.

Dans le contrat de cautionnement, les contractants ont droit de faire peser le risque de la non-réalisation (impossibilité) d'un motif personnel et légal de la caution, tel que la persistance du mariage avec le débiteur principal ou la persistance de la qualité de dirigeant social sur l'autre, à l'aide d'une stipulation expresse, c'est-à-dire la condition. Cette idée a été exprimée avec clarté par M. LATINA : « À ce titre, elle (la condition) offre aux contractants (...) la possibilité de maîtriser le risque de non-réalisation ou de disparition d'un motif ayant présidé à l'engagement »<sup>91</sup> ; « Ainsi, les contractants peuvent se servir de la condition pour intégrer dans le champ contractuel un motif-but ou un motif-efficient sans lequel la recherche dudit but est impossible, et ce, afin de se prémunir contre le risque d'inutilité initiale ou survenue de l'acte qu'ils ont passé »<sup>92</sup>. En dehors de l'intégration des mobiles personnels et légaux de la caution dans le champ contractuel *via* la condition, force est de constater qu'une erreur de la caution sur ses mobiles personnels et légaux (persistance du mariage avec le débiteur principal, persistance de la qualité de dirigeant social) ne peut, *a priori*, avoir pour conséquence de faire passer à la charge du créancier un risque

<sup>87</sup> Cass. com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, n° 12/2002, p. 1306, note Constantin A., n° 1.

<sup>88</sup> GHESTIN J., Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause, *La Semaine juridique*, Ed. G, n° 49/2006, I, 194, n° 8.

<sup>89</sup> Cass. com. 17 juillet 1978, Bull. civ. IV, n° 200

<sup>90</sup> GHESTIN J., « Le Renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », *La Semaine juridique*, Ed. G, n° 49/2006, I, 194, n° 9.

<sup>91</sup> LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, pp. 131-132, n° 179.

<sup>92</sup> LATINA M., *thèse précit.*, p. 142, n° 194.

strictement personnel à la caution, quand bien même ce risque aurait été connu du cocontractant.<sup>93</sup> Par conséquent, toutes les erreurs de la caution autres que l'erreur sur la substance de son engagement (solvabilité du débiteur principal, nature morale de son engagement) ou encore l'erreur sur d'autres faits jugés essentiels (l'existence d'autres sûretés au profit du créancier) sont considérées comme erreurs sur un simple motif et n'influencent pas la validité du contrat de cautionnement<sup>94</sup>, même si ces mobiles n'étaient pas ignorés ou n'auraient pas dû être ignorés par le créancier au moment de la conclusion du contrat de cautionnement.

Force est de constater que la prise en considération d'un mobile personnel et licite de la caution ne résulte pas toujours d'une stipulation expresse : il suffit parfois que le créancier connaisse le motif personnel et légal de la caution. Le droit objectif doit procurer à tout contractant, y compris la caution, un espoir sérieux que ses motifs personnels et légaux se réaliseront. L'impossibilité initiale de réalisation d'un motif personnel et légal de la caution, jugé déterminant, est une condition indispensable à sa prise en compte au travers de l'annulation du contrat, mais elle n'est pas suffisante. Dans le but d'éviter de mauvaises surprises au créancier, il faut exiger qu'il connaisse le motif personnel et légal de la caution ainsi que l'importance de ce mobile aux yeux de celle-ci. Le droit objectif mauricien doit donc exiger que le créancier connaisse le motif personnel, licite et déterminant de la caution, dont la réalisation est initialement impossible. Une simple connaissance du créancier d'un motif personnel et légal de la caution, dont la réalisation est initialement impossible, ainsi que la connaissance de son importance pour l'autre partie, effective ou présumée, sont nécessaires pour protéger la sécurité juridique du créancier. Il en va ainsi, à notre avis, de la solvabilité du débiteur principal, de la nature purement morale de l'engagement ou encore de l'existence d'autres sûretés au profit du créancier. Dans ce genre d'hypothèses, il n'est point nécessaire que les parties au contrat de cautionnement stipulent expressément la prise en considération d'un tel motif personnel, licite et déterminant de la caution au travers d'une condition. Une stipulation expresse est exigée dans les cas où le droit objectif est appelé à garantir *la réalisation* d'un mobile personnel, légal et déterminant de la caution qui est par nature *incertaine*. Il en va ainsi de la persistance du mariage avec le débiteur principal ou encore de la persistance de la qualité de dirigeant social du débiteur principal.

Tant en droit commun des contrats qu'en matière de cautionnement, le droit objectif prend en considération l'erreur sur la substance de la chose, à condition qu'un contractant (créancier dans le cautionnement) connaisse la nature

---

<sup>93</sup> LATINA M., *thèse précit.*, p. 175, n. 244.

<sup>94</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, pp. 227-230 ; GRELON B., L'erreur dans les libéralités, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, p. 277.

substantielle d'une qualité pour l'autre (caution dans le cautionnement)<sup>95</sup>. En effet, la conception subjective de l'erreur sur la substance, c'est-à-dire l'erreur sur les qualités substantielles, ne vient pas bouleverser la sécurité juridique<sup>96</sup>, étant donné que les erreurs déterminantes mais *unilatérales* ne produisent pas d'effets juridiques. Le droit objectif ne doit tenir compte que d'une erreur « *convenue* »<sup>97</sup>.

La connaissance d'une qualité substantielle de la chose, de la qualité substantielle de l'engagement de la caution en matière de cautionnement, est une condition de prise en compte des motifs personnels et légaux de l'*errans* (caution), directement liés à la qualité susmentionnée. Il convient de rappeler que les qualités substantielles de l'engagement de la caution (la solvabilité du débiteur principal, par exemple) incarnent les motifs personnels, légaux et déterminants de l'*errans*. Leur prise en compte dépend de la connaissance de l'autre partie, du créancier en matière de cautionnement, que ces mobiles sont déterminants du consentement de l'*errans*. L'appréciation de la connaissance des motifs susmentionnés ainsi que de leur caractère déterminant est quelque peu objectivée lorsqu'une qualité est considérée comme déterminante par l'*opinion commune*, ce qui est le cas à notre avis avec la solvabilité du débiteur ou avec la nature purement morale de l'engagement. Cette opinion commune mène à la conclusion que le cocontractant de l'*errans* aurait dû connaître<sup>98</sup> le motif personnel et légal de celui-ci<sup>99</sup> ainsi que sa nature déterminante. Ainsi, la viabilité de l'entreprise du débiteur principal incarne le motif de l'engagement de la caution que l'autre contractant, la banque, ne peut ignorer. Par conséquent, ce motif intègre le champ contractuel et est susceptible de produire les effets juridiques<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, L. G. D. J., 1971, pp. 208-214.

<sup>96</sup> LARROUMET Ch., *Les Obligations, le Contrat*, Tome III, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, pp. 297-298 – V. aussi : VALACKE C., « Objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions », *Revue de la recherche juridique*, n. 2/2005, p. 672.

<sup>97</sup> JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Editions du CNRS, 1984, p. 83 - Il serait à notre avis plus correct de parler d'erreur sur un mobile déterminant, connu de l'autre partie.

<sup>98</sup> Monsieur LATINA affirme (LATINA M., *thèse précit.*, p. 172, n° 241) que « [...] l'achat d'un meuble chez un antiquaire postule le caractère essentiel de son ancienneté dans l'esprit de l'acheteur, ce que ne peut ignorer le professionnel ».

<sup>99</sup> Monsieur LARROUMET (LARROUMET Ch., *op. cit.*, pp. 299-300, n. 343) rappelle qu'« [...] en premier lieu, si les qualités apparaissent comme normalement substantielles en fonction du contexte dans lequel se situent les relations des parties au contrat la nullité pourra être demandée et obtenue si une erreur sur les qualités est prouvée, sans qu'il soit nécessaire de prouver aussi que l'autre partie connaissait effectivement le caractère substantiel de ces qualités pour la victime de l'erreur. En effet, le contexte dans lequel se situaient les relations des parties au contrat permet de supposer que celles-ci connaissaient les qualités substantielles qui étaient exigées ».

<sup>100</sup> Cass. com. 1 oct. 2002, JCP, 2003, II, 10072.

La connaissance d'un mobile personnel et légal de la caution-*errans* attaché à une qualité substantielle va de pair par le risque anormal que l'erreur, c'est-à-dire l'absence de réalisation d'un motif personnel, licite et déterminant, lui fait subir, en raison d'une altération excessive de l'utilité qu'elle attendait du contrat de cautionnement. L'altération excessive de l'utilité que l'*errans* attendait du contrat s'ajoute, *via* l'impossibilité initiale de réalisation d'un motif personnel et licite de l'*errans*, à une autre condition de prise en compte de ses motifs personnels et légaux, à savoir la connaissance du caractère déterminant du motif personnel et légal de la caution-*errans*. Cette dernière condition, à savoir la connaissance du motif personnel, légal et déterminant de la caution, tend à assurer la sécurité juridique du cocontractant de l'*errans* en le protégeant contre de mauvaises surprises. En effet, il serait injuste d'annuler le contrat touché par une erreur, alors que le cocontractant de l'*errans* ignorait le caractère déterminant des motifs de l'*errans* touchés par l'erreur.

### 3 – Le rôle de la faute de la caution-*errans*<sup>101</sup>

Seule l'absence de faute de la caution-*errans*, c'est-à-dire l'absence du caractère inexcusable de son erreur, assure la prise en compte de l'erreur sur ses motifs personnels et légaux au travers de l'annulation du contrat. On refuse l'annulation du contrat, si l'erreur de la caution était inexcusable, c'est-à-dire si elle résultait d'une faute caractérisée de l'*errans*, parce que, *exempli causa*, la caution était une personne éduquée et pas illettrée. L'absence du caractère inexcusable de l'erreur de la caution est une condition négative de prise en compte de ses motifs personnels et légaux faisant partie de la substance de son engagement. Le refus de prendre en considération un motif personnel et légal de la caution-*errans* au travers de l'annulation du contrat de cautionnement, parce que l'erreur de la caution est inexcusable, s'explique par le désir d'assurer une certaine moralisation contractuelle,<sup>102</sup> ainsi que par le dessein de préserver la sécurité juridique.<sup>103</sup> La caution-*errans* devra donc se contenter du reste de l'utilité particulière que le contrat lui procure<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> GOUBEAUX G., « A Propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, L. G. D. J., 2001, p. 400

<sup>102</sup> VALACKE C., *art. précit.*, p. 672.

<sup>103</sup> VIVIEN G., *art. précit.*, p. 320.

<sup>104</sup> Dans certains cas, elle sera rémunérée pour le service de se porter caution pour le débiteur principal. Dans la plupart des cas elle récupérera ce qu'elle a payé pour le débiteur principal, en mettant en l'œuvre l'action subrogatoire ou l'action personnelle.



## DROIT CIVIL MAURICIEN

### Quelques réflexions sur la proportionnalité en droit mauricien des contrats

**Dr. Goran GEORGIJEVIC**

*Lecturer, Université de Maurice<sup>1</sup>*

Résumé :

*La proportionnalité désigne un rapport adéquat entre deux éléments de comparaison et il y a disproportion à chaque fois lorsque ce rapport devient inadéquat. Celle-ci peut revêtir deux formes différentes, à savoir la disproportion quantitative, d'une part, et la disproportion qualitative, d'autre part. La première reflète un déséquilibre économique entre les éléments de comparaison, alors que la seconde est révélatrice d'une qualité insatisfaisante du rapport entre les éléments de comparaison. Force est de constater qu'en droit mauricien le principe de proportionnalité s'applique au contrat. Toutefois, la proportionnalité ainsi définie n'englobe que des situations où les éléments de comparaison sont préétablis de façon certaine, ce qui évite aux parties des mauvaises surprises. Dans cet article sont étudiés deux types de disproportions mentionnés plus haut, ainsi que les sanctions qui servent d'outil technique permettant de combattre la disproportion du contrat.*

Abstract :

*Proportionality designates an adequate relationship between two elements of comparison and there is disproportion each time when this relationship becomes inadequate. Disproportion can take two different forms, namely quantitative disproportion, on the one hand, and qualitative disproportion, on the other. The first one shows an economic imbalance between the elements of comparison, while the second one reveals an unsatisfactory quality of the relationship between the elements of comparison. It is clear that under Mauritian law the principle of proportionality applies to the contract. However, the proportionality thus defined includes only situations where the elements of comparison are pre-established with certainty. In this article, two types of disproportion mentioned above are analyzed, as well as sanctions which are the technical tool to combat the disproportion of contract.*

Mots-clés : *Code civil mauricien ; Landlord and Tenant Act ; Borrower Protection Act ; contrat ; proportionnalité ; disproportion ; quantitatif ; qualitatif*

<sup>1</sup> Dr. Goran Georgijevic est aussi Officier (*Law Reform Officer*) de la Commission des réformes législatives (*Law Reform Commission*) de Maurice dont les fonctions à la Commission ne sont pas actives pendant la durée de son engagement à temps plein à l'Université de Maurice.

Pour des raisons d'ordre historique<sup>2</sup>, le droit civil mauricien s'est inspiré, et s'inspire même aujourd'hui, du droit français<sup>3</sup>. Ainsi, non seulement le Code civil mauricien est rédigé en français, mais y est employée la même technique rédactionnelle qui était de mise lors de la rédaction du Code civil français de 1804 et de ses modifications ultérieures. En dépit de ce constat, il n'est pas possible de nier l'autonomie du droit civil mauricien. Certes, le Juge mauricien a le loisir de consulter et citer des décisions appropriées de la Cour de cassation française. Cependant, rien dans notre système juridique ne l'oblige à le faire : les décisions de la Cour de cassation française ne seront citées dans les décisions mauriciennes que si le Juge les considère adaptées au contexte. En d'autres termes, les décisions de la Cour de cassation française représentent, en droit mauricien, une *persuasive* et pas une *binding authority*<sup>4</sup>. Cela dit, on ne saurait, non plus, faire abstraction d'une similarité importante entre, d'une part, le droit civil mauricien, dont le droit des contrats fait partie, et, d'autre part, le droit civil français.

L'importance des principes généraux<sup>5</sup> en droit mauricien des contrats n'est plus à démontrer. Ces principes représentent les règles n'étant pas explicitement exposées dans les lois écrites, mais formulées par la jurisprudence, car elles

---

<sup>2</sup> L'Ile Maurice fut, pendant un certain temps, administré par les Français, de 1715 à 1810.

<sup>3</sup> Voir notamment : Law Reform Commission, *Background Paper, Reform of Codes*, octobre 2010, <http://lrc.gov.mu/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx> ; DOMINGUE P.-R., « The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods », *Research Journal, Law, Management and Social Sciences*, University of Mauritius, 2002, Volume 4, p. 62 ; AGOSTINI E., « Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Ile Maurice », *Etudes offertes à Pierre Jobert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 21-22 ; VENCHARD L.-E., « L'application du droit mixte à l'Ile Maurice », *Mauritius Law Review*, n° 4/1982, p. 31 ; ANGELO A. H., « Mauritius : The Basis of the Legal System », III *CILSA*, 1970, notamment pp. 237-239 ; BOGDAN M., « The Law of Mauritius and Seychelles, A Study of Two Small Mixed Legal Systems », *Jurisförlaget I Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri AB*, Lund 1989, notamment pp. 28-31 ; BURGEAT E., « La revision du Code civil à l'Ile Maurice », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, 1975, Vol. 2, pp. 315 s. ; MARRIER D'UNIENVILLE R., « L'évolution du droit civil mauricien », *Etudes de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, p. 96 ; MOOLAN H., « Les difficultés d'application des codes français à l'Ile Maurice et les projets de codification », *Etudes de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, pp. 137 s. ; *Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*, Second Edition, Edited by PALMER V. V., Cambridge University Press, 2012, p. 629.

<sup>4</sup> *Vide* par exemple : *Mangroo vs Dahal*, 1937, MR, 43 – AGOSTINI E., « Responsabilité du fait des choses », L'Ile Maurice est encore l'Isle de France, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 6.

<sup>5</sup> Sur la consécration des principes généraux dans un des chapitres de la proposition d'un droit commun européen de la vente *Vide* : AUBERT DE VINCELLES C., « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 50/2011, 1376.

reflètent l'esprit de la législation<sup>6</sup>. Les principes généraux guident l'application des règles écrites et assurent « *la cohérence nécessaire des règles et des solutions* »<sup>7</sup>. En droit mauricien, le contrat repose donc sur les principes généraux tels que la liberté contractuelle<sup>8</sup>, la bonne foi<sup>9</sup>, la recherche du maintien du contrat autant que faire se peut<sup>10</sup>, la cohérence<sup>11</sup>, *fraus omnia corrumpit*<sup>12</sup>, etc. Il en va de même, à notre avis, du principe de proportionnalité<sup>13</sup>, « *l'aspiration à la juste mesure* » étant « *inscrite dans la définition même du droit* »<sup>14</sup>. Néanmoins, l'affirmation précédemment faite nécessitera des précisions supplémentaires.

---

<sup>6</sup> BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes offertes à G. Ripert, Le droit privé au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle*, L. G. D. J., 1950, tome 1, p. 50, n° 21.

<sup>7</sup> TERRE F., « La Proportionnalité comme principe ? », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 25/2009, 31, sommaire.

<sup>8</sup> Sur la liberté contractuelle sous forme de la liberté de mener des pourparlers parallèles : *Mungroo and Sons Ltd v Belle Mare Beach Development Co Ltd* 2018 SCJ 347 ; *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413 - *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors v Airports of Mauritius Co Ltd* 2014 SCJ 111 – Sur la liberté contractuelle dans la fixation de la fin du contrat : *De la Haye LG v Air Mauritius* 2015 SCJ 244 – Sur la liberté contractuelle d'écartier l'exigence d'une mise en demeure : *Manser Saxon Contracting Ltd vs Goundan Co. Ltd* 2017 SCJ 409 – Sur la conformité à la liberté contractuelle de l'extinction du cautionnement en cas de novation de l'obligation primitive : *Mauritius Commercial Bank Ltd v Staub Patrick & Anor* 2012 SCJ 433 - Comp. avec : Cons. const. 3 août 1994, note Y. Broussolle, *La Semaine juridique*, éd. G., n° 13/1995, II, 22 404.

<sup>9</sup> Sur l'exigence de mener les pourparlers de bonne foi : *Mungroo and Sons Ltd v Belle Mare Beach Development Co Ltd* 2018 SCJ 347 - *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413 - *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors v Airports of Mauritius Co Ltd* 2014 SCJ 111 – Sur l'importance de la bonne foi en cas de deux ventes successives d'un même bien : *D. Derukpaul vs. B. Nunkoo* 1987 MR 176 SCJ 156 ; *Roopun D. vs Dookhit R.* 2013 SCJ 369 ; *Soobramanien N. vs Jogoo K. Ors* 2007 SCJ 36 ; *Beerjeeraz R. & Ors vs Dabee M. A.* 2010 SCJ 11 ; *Nursimloo C. vs Etwa S. & Ors* 2002 SCJ 222 – Voir aussi : *Huzooree C. A. & Anor vs Lam Yuen Wah L. C. Y & Ors* 2013 SCJ 479 - J. ANTIPPAS, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, pp. 27 s. ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 31 oct. 2012, note Fages B., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, p. 109.

<sup>10</sup> Voir art. 1157 C. civ. maur. - Comp. avec : AUBERT DE VINCELLES C., *art. précit.*, par. n° 3.

<sup>11</sup> Comp. avec : Cass. com. 20 sept. 2011, note Houtcieff D., *La Semaine juridique* éd. G., n° 46/2011, 1250.

<sup>12</sup> Sur l'application de ce principe dans le contrat de mandat : *Baillache v Madarbukus* 2001 SCJ 70 – Sur l'application de ce principe en cas de vente d'un bien commun des époux : *Mutty G. & Ors v Bhugbuth R. & Ors* 1993 SCJ 244 - Comp. avec : GHESTIN J., « La Réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *La Semaine juridique*, éd. G, n° 24/2011, doct. 703.

<sup>13</sup> TERRE F., *art. précit.* – Vide aussi par exemple : Cass. soc. 14 jan. 2014, note Gautier P.-Y., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2014, p. 400.

<sup>14</sup> BAKOUCHE D., *L'Excès en droit civil*, L. G. D. J., 2005, p. 2, n° 2.

La proportionnalité désigne un rapport adéquat entre deux éléments de comparaison<sup>15</sup> et il y a disproportion à chaque fois lorsque ce rapport devient inadéquat<sup>16</sup>. Celle-ci peut revêtir deux formes différentes, à savoir la disproportion quantitative, d'une part, et la disproportion qualitative, d'autre part. La première reflète un déséquilibre économique entre les éléments de comparaison, alors que la seconde est révélatrice d'une qualité insatisfaisante du rapport entre les éléments de comparaison. Force est de constater qu'en droit mauricien le principe de proportionnalité s'applique au contrat, qui résulte toujours d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes passé en vue de produire des effets de droit<sup>17</sup> et constitue l'expression juridique d'une opération économique<sup>18</sup>.

En ce qui concerne le contrat, le droit mauricien, qui repose sur « *l'idée d'équilibre ou de juste mesure* »<sup>19</sup>, assure à la foi la répression des disproportions quantitatives, qui reflètent des déséquilibres économiques intolérables<sup>20</sup>, et celle des disproportions qualitatives, qui démontrent l'existence d'un rapport qualitatif insatisfaisant entre deux éléments du contrat ou entre le contrat et un élément externe<sup>21</sup>.

La proportionnalité ainsi définie n'englobe que des situations où les éléments de comparaison sont préétablis de façon certaine, ce qui évite aux parties des mauvaises surprises<sup>22</sup>. Ainsi, nous ne sommes pas d'avis que l'éviction de l'application d'une règle de droit, fondée sur des raisons d'équité, relève du principe de proportionnalité en droit civil mauricien<sup>23</sup>. Il peut éventuellement

---

<sup>15</sup> Comp. avec : LEGAC-PECH S., *La Proportionnalité en droit privé des contrats*, L. G. D. J., 2000, p. 42, n° 72 ; TERRE, *art. précit.*, n° 1.

<sup>16</sup> A comp. avec : MAZEAUD D., *Rép. civ. Dalloz, Lésion*, avril 2018, n° 43.

<sup>17</sup> GEORGIJEVIC G., *Droit civil mauricien, Les Contrats, partie générale*, Editions universitaires européennes, 2011, p. 20 ; ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactylographiée, Paris, 1965, p. 345 ; LOMBARD F., *La Cause dans le contrat administratif*, Dalloz, 2008, pp. 3 s., nn° 1 s.

<sup>18</sup> FIN-LANGER L., *L'Equilibre contractuel*, L. G. D. J., 2002, p. 160 ; CHANTEPIE G., *La Lésion*, L. G. D. J., 2006, p. 38.

<sup>19</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 1, n° 1.

<sup>20</sup> FIN-LANGER L., *thèse précit.*, pp. 335 s.

<sup>21</sup> Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, pp. 76 s. nn° 71 s. – L'auteur propose les notions d'*excès distributif* et d'*excès commutatif*.

<sup>22</sup> Ces éléments reflètent systématiquement des intérêts opposés qu'il s'agit d'équilibrer (SARGOS P., « L'intelligence du droit, À propos des 80 ans de l'arrêt *Mercier* », *Recueil Dalloz* 2016 pp. 1024 s. par n° 5). – Voir notamment : « *L'emploi de la proportionnalité entraîne des difficultés beaucoup plus considérables lorsque les intérêts à prendre en compte ne peuvent pas être identifiés préalablement. Dans ce cas, l'application de ce principe constitue une invitation au juge à intégrer dans la balance tout élément digne de considération* », MIRZAL T., « La Cour de cassation à 'l'âge de la balance' – Analyse critique et comparative de la proportionnalité comme forme de raisonnement », *RTD civ.* 2017 pp. 789 s., partie III).

<sup>23</sup> LE BRAS Th., « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », *Recueil Dalloz* 2016, pp. 578 s., Partie III.

s'agit de l'application de ce mécanisme résiduel et exceptionnel qui est l'équité (*Equity*)<sup>24</sup>, importée dans le droit civil mauricien du droit anglo-saxon<sup>25</sup>.

Ces dernières années, nous sommes témoins des situations où la Cour de cassation française, en se fondant sur le principe de proportionnalité, s'arroge le pouvoir d'écarter l'application des règles juridiques, pourtant claires et précises<sup>26</sup>. Il ne pourrait pas s'y agir du contrôle de proportionnalité, car les éléments de ce contrôle ne sont pas connus à l'avance. L'appréciation de la proportionnalité des éléments en question ne se fait pas *in abstracto*, de même façon dans toutes les situations d'un certain genre, mais *in concreto*<sup>27</sup>, en prenant en considération les circonstances particulières d'une partie au contrat, qui font que l'application de la règle légale serait injuste envers elle.

À titre d'exemple<sup>28</sup>, dans un arrêt de sa Troisième chambre civile, la Cour de cassation énonce que le principe de proportionnalité empêche les juges du fond d'ordonner la démolition de l'ouvrage et de priver à la fois le constructeur de la valeur de sa prestation, sans vérifier que « *la démolition de l'ouvrage constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient* »<sup>29</sup>. De plus, la Cour de cassation a eu recours au principe de proportionnalité, ce que certains auteurs regrettent<sup>30</sup>, dans un arrêt du 16 décembre 2015. Jusqu'à récemment, les clauses dites pénales dans une donation-partage étaient considérées comme efficaces, sauf si elles allaient l'encontre d'une règle d'ordre public et sauf si le demandeur gagnait le procès. Avec l'arrêt du 16 décembre 2015 il sera difficile de deviner la validité d'une clause dite pénale incorporée dans une donation-partage. « *Tout dépendra de la conception qu'aura le juge du fond éventuellement saisi, de l'équilibre des intérêts en cause et, partant, du caractère excessif ou non excessif de l'atteinte au droit d'une partie d'agir en justice* »<sup>31</sup>. Nous pouvons aussi citer un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> mars 2017<sup>32</sup>. Dans cette décision la Cour de

---

<sup>24</sup> À comparer notamment avec : PUIG P., « L'excès de proportionnalité, (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016 pp.70 s., Introduction ; MARZAL T., *art. précit.*, Introduction ; Partie I, sous-partie B.

<sup>25</sup> Sur l'application du principe d'*Equity* en matière d'usufruit voir notamment : *Marguerite M. J. contre Cesar J. C.* 2008 SCJ 35.

<sup>26</sup> PUIG P., *art. précit.* pp.70 s. n° 2.

<sup>27</sup> PUIG P., *art. précit.* pp.70 s., Introduction ; CHENEDE F., « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz* 2016 p.796, par n° 4.

<sup>28</sup> Pour d'autres exemples, concernant les clauses de non-concurrence, voir : Centre de droit de la concurrence Yves Serra, (équipe d'accueil n° 4216 du CDED), Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme, novembre 2017 - novembre 2018, *Recueil Dalloz* 2018 pp. 2326 s.

<sup>29</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, *Bull. civ. III*, n° 97 ; PICOD Y., *Rép. civ. Dalloz, Nullité*, juill. 2019, n° 151.

<sup>30</sup> LE BRAS Th., *art. précit.*, pp. 578 s., Partie III.

<sup>31</sup> LE BRAS Th., *art. précit.*, pp. 578 s., Partie III.

<sup>32</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-20.817, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 503.

cassation a consacré le droit de retrait judiciaire d'un associé d'un groupement foncier agricole, en dépit du texte de l'article L. 322-23 du Code rural et de la pêche maritime. La Cour énonce qu'il appartient au « *juge saisi d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la limitation légale du droit de retrait et le respect du droit de propriété de l'associé retrayant* »<sup>33</sup>.

Enfin, il est à noter qu'une même situation peut relever ou non du principe de proportionnalité, tel qu'il est défini plus haut, en fonction de la prévisibilité à l'avance des éléments de comparaison. Ainsi, la Cour de cassation française a refusé l'application d'une clause résolutoire dans un contrat de bail commercial, malgré la faute constatée du locataire, parce que cela aurait pour conséquence de priver le locataire de son fonds de commerce (son droit de propriété)<sup>34</sup>. Cette situation ne relève pas du contrôle de proportionnalité, d'après les critères présentés dans les développements qui précèdent, car rien dans la loi en France ne permet au Juge de comparer la proportionnalité entre, d'une part, la faculté du bailleur de mettre un terme au bail en raison d'une faute du locataire, et, d'autre part, le droit de propriété du locataire. L'appréciation de la proportionnalité se fait *in concreto*, à propos d'un locataire donné, car, les circonstances particulières rendent son expulsion injuste. En revanche, le contrôle de proportionnalité entre les intérêts d'un bailleur et un locataire d'un local commercial non meublé, relève du principe de proportionnalité en droit mauricien, car la *Landlord and Tenant Act* de 1999<sup>35</sup> prévoit le contrôle systématique entre les intérêts du locataire et les intérêts du bailleur qui se fait systématiquement lorsqu'il existe une raison permettant l'expulsion du locataire protégé. Certes, les sections 17 et suivantes de la loi énoncent les raisons qui justifient la résolution d'un bail commercial non meublé, conclu avant le 1 juillet 2005<sup>36</sup>. Il en va ainsi notamment du non-paiement

---

<sup>33</sup> MEKKI M., Droit des contrats, décembre 2016 - janvier 2018, *Recueil Dalloz* 2018 p. 371.

<sup>34</sup> En l'occurrence, le locataire, dans un bail commercial, allait perdre son fonds de commerce, si la clause résolutoire du était mise en œuvre, et elle pouvait l'être, car en raison du non-paiement des charges incombant au locataire. Toutefois, selon la Cour suprême, l'éventualité de la perte de son fonds de commerce était suffisante pour paralyser le jeu de la clause résolutoire, à condition que l'argument est soulevé devant les juges du fond et non, pour la première fois, en cassation (Civ. 3<sup>ème</sup>, 5 nov. 2015, n° 14-20.482, *AJDI* 2016. 41).

<sup>35</sup> Cette loi a été incorporée dans le droit mauricien par l'Act n° 6/1999 proclamé par la Proclamation n° 11 de 1999.

<sup>36</sup> Ainsi, aux termes de la section 3 du *Landlord and Tenant Act 1999* cette loi ne s'appliquera pas aux locaux résidentiels ou commerciaux qui sont loués, de bonne foi, contre un loyer qui inclut le paiement concernant le mobilier, la nourriture ou les équipements. En outre, la loi ne s'appliquera pas non plus aux locaux commerciaux loués après le 1 juillet 2005 ; elle ne s'appliquera pas non plus, après le 31 décembre 2020, aux locaux commerciaux loués avant 1 juillet 2005. – Sur le domaine d'application de la *Landlord and Tenant Act* voir notamment : *Oosman Waqf A. R. N. v Jackaria A. A.* 2009 SCJ 300 ; *Landscape (Mauritius) Ltd v Borsalino Ltd* 2018 SCJ 214 ; *Azumi Ltée v Nuwenborg M. V.* 2017 SCJ 191 et *Sagar Hotels and Resorts Ltd v Sayfoo E.* 2016 SCJ 110.

du loyer<sup>37</sup>, d'une gêne excessive causée aux voisins du locataire<sup>38</sup>, du surpeuplement de l'immeuble loué<sup>39</sup>, de la sous-location illicite<sup>40</sup>, etc. Néanmoins, la résiliation n'est jamais certaine, même s'il existe l'une des causes prévues aux sections 17 et suivantes de la *Landlord and Tenant Act*. Le magistrat comparera toujours le bénéfice de la résiliation pour le bailleur et sa dureté (*hardship*<sup>41</sup>) pour le locataire, avant de prononcer ou de refuser de prononcer la résiliation. Le contrôle de proportionnalité est assuré donc dans toutes les situations du genre, et il n'y a aucune surprise pour les parties au bail, car ce contrôle est explicitement prévu à la section 16 de la *Landlord and Tenant Act*. Cette section 16 ajoute à toute cause légale d'expulsion du locataire, prévue aux sections 17 et suivante, un critère vague et très général, que la Cour de district compétente prendra nécessairement en considération avant d'émettre un ordre relatif à l'expulsion du locataire. Le critère en question est *le caractère raisonnable de l'ordre*<sup>42</sup>. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Begue E. & Anor contre Dabeedin D. & Anor* jugée par la Cour suprême en 2015<sup>43</sup>, les locataires expulsés contestaient l'ordre du Magistrat ayant jugé l'affaire en première instance, en se fondant sur le caractère déraisonnable de l'ordre d'expulsion. Cependant, selon la Cour suprême de Maurice, l'ordre de la Cour de district est parfaitement raisonnable, et l'expulsion des locataires a été maintenue.

Au demeurant, après avoir étudié deux types de disproportion, présente dans les situations où les éléments de comparaison sont prédéterminés, et touchant

---

<sup>37</sup> Section 17 de la *LTA* – Voir l'arrêt *Rughoodoyal Ramanah v Mrs. Babet Regis* 2008 SCJ 162 où la Cour suprême constate l'absence du non-paiement du loyer.

<sup>38</sup> Section 18 de la *LTA* – Sur l'application de cette section voir l'arrêt *A. G. Cheddy Industries Ltd. v The Sugar Industry Pension Fund Board* 2009 SCJ 29.

<sup>39</sup> Section 22 de la *LTA*- Voir l'arrêt *Owadally M. I. & Anor v Lim Feng Chow R* 2008 SCJ 21, où la Cour suprême constate que le bâtiment loué était surpeuplé.

<sup>40</sup> Voir les sections 21 et 28 de la *LTA* – Sur cette faute du locataire voir : *St Nicholas Grammar School Ltd v Arnulphy s. & Anor* 2018 SCJ 167 ; *Cactus Limited & Anor v Mandovitrust Company Limited* 2018 SCJ 93 ; *Owadally M. I. & Anor v Lim Feng Chow R* 2008 SCJ 21.

<sup>41</sup> Ce mot a été explicitement utilisé à la section 24 de la *LTA*. Ainsi, aux termes de la section 24 de la *LTA*, la Cour de district peut ordonner au locataire de quitter les lieux si la restitution du local loué est raisonnablement demandée pour l'occupation ou l'usage par lui-même, par sa famille. Le droit du bailleur de récupérer le local loué en vue d'un usage ou une occupation par le ce bailleur n'est pas automatique : la loi autorise la Cour à refuser la restitution du local loué lorsque, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire et notamment la disponibilité d'un autre local, permettant l'occupation ou son usage par le bailleur, la restitution du local loué au bailleur serait excessivement préjudiciable au locataire. Pour citer les mots exacts du Législateur mauricien « *greater hardship would be caused to the tenant by granting the order than to the landlord by refusing to grant it* ». – Sur l'application de la section 24 de la *LTA* voir notamment : *Nashib I. v Mrs Leveque M. G. & Ors* 2004 SCJ 322 ; *Bastien A. v Fakim A. (Dr)* 2012 SCJ 449 et *Mohung A. v Murday D.* 2016 SCJ 330.

<sup>42</sup> Ainsi, dans la version originale de la loi l'on peut lire « *unless the Court considers it reasonable to make the order for the recovery of possession* ».

<sup>43</sup> 2015 SCJ 123.

le contrat de façon qui nécessite la répression juridique (première partie), nous analyserons les sanctions qui servent d’outil technique permettant de combattre la disproportion du contrat (seconde partie).

## **I.- La répression de deux types de disproportion relative au contrat en droit mauricien**

Quelques exemples, choisis parmi tant d’autres qu’offre le droit civil mauricien<sup>44</sup>, permettront de démontrer que notre système juridique assure la répression des disproportions quantitatives du contrat (A), d’une part, et celle des disproportions qualitatives du contrat (B), d’autre part.

### **A.– La répression des disproportions quantitatives**

#### **1 – Les dettes ménagères.**

Le Code civil mauricien prévoit, dans son article 221, que chaque époux dispose du pouvoir de passer seul les contrats ayant pour objet l’entretien du ménage<sup>45</sup> ou l’éducation des enfants et que les dettes ainsi contractées seront solidaires<sup>46</sup>. Grâce à ce pouvoir et à l’utilisation du contrat qui en résulte, les époux se procurent de la nourriture, des médicaments et des habits nécessaires à eux-mêmes et à leurs enfants, souscrivent l’abonnement téléphonique ou internet<sup>47</sup>, assurent l’éducation de leurs enfants dans des établissements scolaires privés<sup>48</sup>, payent les vacances de leurs enfants, les font soigner en cas de besoin<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Voir, par exemple, l’article 1674 du Code civil mauricien qui assure la répression des contrats lésionnaires. Force est de constater que la lésion en question révèle l’existence d’une disproportion quantitative du contrat. – En droit français, depuis la modification de l’article L. 441-7 du Code de commerce, la rémunération de certaines obligations, souscrites dans le cadre de relations commerciales, ne doit pas être manifestement disproportionnée (BUY F., « La Sanction de la lésion dans les relations commerciales, A propos de l’article L. 441-7 du Code de commerce modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1333, n° 1).

<sup>45</sup> Sur l’absence du caractère ménager de la dette : Cass. 1<sup>ère</sup>, 17 mai 2017, note Casey J., *AJ Famille*, 2017, p. 422 ; note Vergara O., *Gazette du Palais*, n° 41/2017, p. 62 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 2006, note Chénéde F., *AJ Famille* 2006, p. 329 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 9 janv. 2008, note Hilt P., *AJ Famille* 2008, p. 128 – Sur le caractère ménager de la dette envers la femme de ménage de la famille : Cass. soc. 8 juin 2005, note Chénéde F., *AJ Famille* 2005, p. 324 ; *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2509.

<sup>46</sup> FENOUILLET D., *Droit de la famille*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 137-138, n° 144 ; TERRE F. SIMLER Ph., *Régimes matrimoniaux*, Dalloz 8<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 58 s., n° 68 s.- Voir : AVENAROBARDET V., L’article 220 du Code civil joue les trouble-fêtes, *AJ Famille* 2011, p. 515.

<sup>47</sup> KARM A., *Mariage. - Régime matrimonial primaire. – Autonomie des époux (C. civ., art. 220 à 225)*, Jurisclasseur Code civil, art. 216 à 226, fasc. 20, décembre 2012, n° 23.

<sup>48</sup> CA Bordeaux 27 nov. 1996, *JCP G* 1997, I, 4047.

<sup>49</sup> Cass. 2<sup>ème</sup>, 10 juillet 1996, *JCP G*, 1997, I, 4008.

etc<sup>50</sup>. La solidarité des dettes contractées par un époux seul est possible grâce à la proportionnalité entre le contrat passé par cet époux et l'intérêt de la famille incarné dans l'entretien du ménage et l'éducation des enfants<sup>51</sup>. En revanche, la solidarité des dettes ménagères sera exclue lorsqu'elles résultent d'un contrat jugé dangereux pour les finances du ménage<sup>52</sup>.

Il est aisé d'observer que la solidarité des dettes ménagères sera exclue lorsqu'il existe une disproportion, quantitative ou qualitative, entre le contrat conclu par un époux seul et l'intérêt de la famille. Aux termes de l'article 221 alinéa 1 du Code civil mauricien, la disproportion entre le contrat et l'intérêt de la famille sera quantitative, exprimable en argent, en cas de caractère *manifestement* excessif de la dette issue du contrat par rapport au train de vie<sup>53</sup> du ménage, c'est-à-dire par rapport aux ressources financières de la famille<sup>54</sup>. Le contrat se montrera donc quantitativement disproportionné « *toutes les fois qu'il apparaîtra, d'un point de vue purement économique, inopportun parce que déraisonnable au regard de la situation financière de celui qui l'aura conclu* »<sup>55</sup>. Cette disproportion démontre le lien indissoluble qui existe entre le contrat et son milieu en droit mauricien. Comme dans beaucoup d'autres cas de disproportion quantitative du contrat réprimés par le droit mauricien<sup>56</sup>, à l'exception, par exemple, de la disproportion proscrite à l'article 1674 du Code civil<sup>57</sup>, il n'est pas possible de fixer à l'avance le seuil au-delà duquel la disproportion sera sanctionnée<sup>58</sup>.

---

<sup>50</sup> TERRE F., SIMLER Ph., *op. cit.* p. 60, n° 69 ; YILDIRIM G., Rép. civ. Dalloz, *Communauté légale, Répartition des dettes*, oct. 2008, n° 60.

<sup>51</sup> Pour un exemple de proportionnalité entre le montant du prêt et le train de vie de la famille en question : Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 2003, *AJ Famille* 2003, p. 314 – Sur la preuve du caractère manifestement disproportionnée de la dette eu égard au train de vie du ménage : Cass. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, note Chénéde F., *AJ Famille* 2006, p. 292 .

<sup>52</sup> REVEL J., *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 39, n° 58.

<sup>53</sup> PETERKA N., *Régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 95-96, n° 179 ; YILDIRIM G., *Rép. précit.* n° 69 - Sur un nouveau cas de répression de la disproportion manifeste entre les dettes du ménage et son train de vie introduit par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2013 *Vide*, Solidarité ménagère, *AJ Famille*, 2014, p. 211.

<sup>54</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 80, n° 79 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, note F. Chénéde, *AJ Famille*, 2006, p. 292.

<sup>55</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 81, n° 81.

<sup>56</sup> Il en va ainsi, par exemple, de l'absence de cause sérieuse.

<sup>57</sup> Voir notamment : DELEBECQUE Ph., COLLART DUTILLEUL F., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 171-172, n° 157 ; PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7<sup>ème</sup>, 2017, p. 277, n° 284 ; BOURDELOIS B. *Droit des contrats spéciaux*, Dalloz 4<sup>ème</sup> éd. 2017, p. 28.

<sup>58</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 83, n° 85 ; p. 85, n° 88 – Sur le pouvoir d'appréciation souveraine du Juge quant au caractère manifestement excessif d'une dette ménagère : Cass. 1<sup>ère</sup>, 5 oct. 2016, note Leick A., *Gazette du Palais*, n° 1/2017, p. 54.

## 2 – La cause sérieuse

Les articles 1131 à 1133 du Code civil mauricien traitent de la cause de l'engagement contractuel, qui doit exister, être sérieuse et licite<sup>59</sup>. L'inexistence et le manque de sérieux de la cause se soldent par une nullité du contrat<sup>60</sup>. Etant donné que dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux les obligations principales d'une partie constituent la cause des obligations équivalentes de l'autre<sup>61</sup>, l'absence de cause ou la cause manquant de sérieux révèle que les obligations d'une partie n'ont aucune valeur financière<sup>62</sup> ou que leur valeur est dérisoire<sup>63</sup>. En d'autres termes, l'absence de cause et la cause dérisoire<sup>64</sup> mettent en exergue une disproportion quantitative (économique) excessive entre les

---

<sup>59</sup> Sur la suppression de la cause dans le Code civil français : CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats, consolidations-innovations-perspectives*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 67-68, par. n° 123. 181 s. ; TRANCHANT L., EGEA V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd., 2018, pp. 42 s. ; CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 81 s. ; AUBERT J. - L., COLLART-DUTILLEUIL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2017, pp. 89 s. ; ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 71 s. MEKKI M., « L'Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Recueil Dalloz* », 2016, pp. 494 s. n° 18 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 165 s. n° 129 s. ; WICKER G., « La Suppression de la cause et les solutions alternatives », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 107 s. ; ANSAULT J. – J., « La Validité du contrat », *Journal des sociétés*, n° 118/2014, pp. 22 et 26 ; FERRIER N., « Le Renforcement du rôle du juge dans la détermination et la révision du contenu du contrat », in *La Réforme du droit des obligations en France, 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de Législation Comparée, 2015, p. 74 ; HOUTCIEFF D., « Le Contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Dalloz, 2009, pp. 198 s.

<sup>60</sup> Sur la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative voir : JUBAULT Ch., compte rendu de MARCOU P., *Les remèdes à l'invalidité contractuelle*, thèse Montpellier 2018, *RTD civ.* 2019 p.442.

<sup>61</sup> CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1924, pp. 17-19 ; 43 ; MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, tome premier : La notion d'équivalence en matière contractuelle*, Jouve & Cie, Editeurs, 1920, pp. 32 ; 38.

<sup>62</sup> Cass. com. 23 oct. 2013, note Fages B., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2013, p. 112 ; MAZEAUD D., La Cause, une notion dans le vent..., *Recueil Dalloz*, 2013, pp. 686 s.

<sup>63</sup> Cass. 3<sup>ème</sup>, 21 sept. 2011, note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 47 ; note Seube J.-B., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 130 - Cass. com. 8 fév. 2005, note Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 3/2005, p. 684 ; GRIMALDI C., « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *Recueil Dalloz* 2015, p. 814, n° 2 ; BARRET O., *Rép. civ. Dalloz, Vente : formation*, janv. 2007, nn° 515 et 516.

<sup>64</sup> Dans l'arrêt *Ramdenee M & Cie a Anor v Dolphin Coast Marine Estate Limited* 2018 SCJ 222, la Cour suprême a rejeté la prétention de l'appelant que le prix de 4.500.000 dollars américains avait le caractère dérisoire : « *We find no merit in the arguments that the arbitrator erred in rejecting the computation of the figures on behalf of the appellants with regard to the value of the land or that the arbitrator should have found the price of USD 4.5 million to be derisive* ». – Voir aussi : *Compagnie de Beau Vallon Limitée & Ors v The Registrar General* 2010 SCJ 423.

obligations principales des parties que le droit mauricien sanctionne par une nullité du contrat<sup>65</sup>.

Ainsi, si dans un contrat la promesse de cession d'un autre contrat constitue la cause de l'obligation de l'autre partie de verser le prix, l'impossibilité de la cession évoquée ci-dessus privera le contrat de cession de sa cause<sup>66</sup> et entraînera sa nullité. Cette nullité s'explique par une disproportion du contrat de nature quantitative que le droit mauricien estime insupportable. En effet, il est difficile de justifier le maintien du contrat de cession lorsque l'obligation de céder le contrat est irréalisable et n'a, par conséquent, aucune valeur économique. La cause sérieuse fera défaut et le contrat de bail sera déclaré nul lorsque le loyer convenu pour la location d'une propriété de 53 hectares à usage à golf s'élève à 1 000 roupies par mois<sup>67</sup>. En l'occurrence, la disproportion quantitative entre les obligations principales des contractants est si prononcée qu'elle devient répréhensible aux yeux du droit mauricien, qui la sanctionnera par une nullité du contrat. Pour constater l'existence de la disproportion quantitative mentionnée ci-dessus « *il suffit concrètement de peser la valeur objective des prestations réciproques* »<sup>68</sup>. Néanmoins, force est de constater qu'il n'est pas aisé de déterminer le seuil à partir duquel la disproportion quantitative du contrat, qualifiée d'absence de cause sérieuse, appelle une sanction<sup>69</sup>. « Précisément, il est des cas dans lesquels aucun seuil n'est à l'avance déterminé de façon intangible pour caractériser, d'un point de vue quantitatif » la disproportion du contrat<sup>70</sup>. Il appartiendra donc au Juge d'apprécier l'existence ou l'inexistence de la disproportion quantitative répréhensible<sup>71</sup>.

### 3 – Clause pénale

En droit mauricien, « *la clause pénale est celle par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur, en cas de retard*

---

<sup>65</sup> Vide : GEORGIJEVIC G., *La Prise en compte des motifs en droit comparé des contrats (droits français, serbe et anglais)*, thèse dactylographiée, Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2012, p. 54.

<sup>66</sup> Civ. 30 déc. 1941, *Recueil Dalloz*, 1942, p. 98.

<sup>67</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1976, *Bull. civ.* 1976, III, n° 176.

<sup>68</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 96, n° 100.

<sup>69</sup> Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, pp. 97 s., nn° 100 s.

<sup>70</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 98, n° 102.

<sup>71</sup> Si, par exemple, une bague valant 3.000.000 roupies a été vendue pour 700.000 roupies, en raison d'une erreur d'étiquetage, il est probable que la Cour suprême de Maurice, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation en tant que *persuasive authority*, refusera la nullité pour absence de cause (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 juillet 1995, n° de pourvoi : 93-16. 198). Le prix payé sera déclaré sérieux et l'obligation du vendeur aura une cause sérieuse.

ou d'inexécution »<sup>72</sup>. La clause pénale est *un forfait*<sup>73</sup>, c'est à dire une somme définitivement fixée par les parties au contrat<sup>74</sup> (article 1152 alinéa 1 du Code civil mauricien). Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 1152 du Code dispose que le montant de la clause pénale peut être *augmenté* ou *modéré*<sup>75</sup>, s'il est manifestement dérisoire ou excessif<sup>76</sup> et cette règle est d'ordre public<sup>77</sup>. Les rédacteurs du Code civil mauricien demeurent taiseux sur la question de savoir à l'aune de quoi doit s'apprécier le caractère manifestement élevé ou bas d'une clause pénale. En réalité, pour l'exercice de son pouvoir modérateur, le Juge mauricien ne doit tenir compte que de la disproportion entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé<sup>78</sup>, ce qui a été rappelé à l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Vallet vs Mauritius Southern Hotels Ltd*<sup>79</sup>. Il est évident que les clauses pénales manifestement disproportionnées déclenchent la répression d'une disproportion<sup>80</sup> jugée intolérable en droit mauricien. La disproportion proscrite est de nature

---

<sup>72</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 957, n° 887 – En même sens : – *Vide* les arrêts de la Cour suprême de Maurice *The Sun Trust vs State of Mauritius* rendu en 2004 (SCJ 9) et *Permal D. vs The Standard Carton Enterprise Ltd.* rendu en 2002 (SCJ 92).

<sup>73</sup> TRANCHANT L., EGEA V., *Droit des obligations*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd. 2018, p. 106.

<sup>74</sup> Dans l'arrêt *Norton vs Public Service Commission* rendu en 1985 (MR 97 et MR 108), la Cour suprême de Maurice rappelle qu'une pénalité dont le montant n'est pas fixé ne peut être qualifiée de clause pénale.

<sup>75</sup> Cass. soc. 5 mars 2014, note Barbier H., *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2014, p. 644 ; Cass. 3<sup>ème</sup>, 24 sept. 2008, note Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 1/2009, p. 60 ; MESTRE J., Les Critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du Code civil, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, p. 654.

<sup>76</sup> *The Sun Trust vs the State of Mauritius* 2004 SCJ 9 ; TRANCHANT L., EGEA V. *op. cit.*, p. 107 ; AUBERT J. – L., COLLART DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2017, p. 122 ; ANCEL P. *Droit des obligations en 12 thèmes*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd. 2018, p. 231 ; PIMONT S., *Clause pénale*, Rép.civ. Dalloz, avril 2010, actualisé sept. 2019, nn° 78 s.; Cass. 6 déc. 2017, *AJ Contrat* 2018, p. 39 ; MAZEAUD D., « Qualification de clause pénale : encore et toujours », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1628 ; Cass. com. 14 juin 2016, note Moreil S., *Gazette du Palais*, n° 33/2016, p. 65 – Voir aussi : CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2010, *Revue des contrats*, n° 3/2011, p. 822.

<sup>77</sup> La révision du montant de la clause pénale est possible en droit mauricien depuis la réforme du Code civil de 1983.

<sup>78</sup> MESTRE J., « A Quel moment le juge doit-il se placer pour apprécier si la peine convenue est manifestement excessive ou dérisoire au sens de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil ? », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999, p. 97.

<sup>79</sup> 1990 (SCJ 380). En même sens : *The Sun Trust vs the State of Mauritius* 2004 SCJ 9, où il a été rappelé que la comparaison faite en vertu de l'article 1152 alinéa 2 est une comparaison objective. Il n'est pas inutile de mentionner que les juges sont tenus de justifier leur décision, c'est à dire d'expliquer en quoi le montant de la clause pénale est excessivement élevé ou bas. De plus, si le Juge augmente le montant de la clause pénale, il n'est pas tenu de le hausser de façon qu'il soit égal au préjudice subi par le débiteur. À l'inverse, s'il réduit le montant de la clause pénale, le Juge ne doit pas nécessairement le ramener à la valeur du préjudice subi par le créancier.

<sup>80</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2010, note B. Fages, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2011, p. 122.

quantitative, elle résulte de la comparaison du montant du préjudice effectivement subi avec le montant fixé dans la clause.

#### 4 – Cautionnement

En droit mauricien, « *le contrat de cautionnement se définit comme un contrat unilatéral par lequel la caution s’engage envers un créancier (...) à exécuter l’obligation du débiteur au cas où ce dernier ne le ferait pas* »<sup>81</sup>. Aucun texte en droit mauricien, que ce soit le Code civil ou une loi rédigée en anglais<sup>82</sup>, ne consacre l’exigence de la proportionnalité entre le montant au paiement duquel s’est engagée la caution en tant que garant et ses facultés de remboursement. Certes, la Cour suprême de Maurice pourrait envisager de sanctionner des cautionnements disproportionnés et décider que le créancier « *est tenu d’une obligation de bonne foi (C. Nap. Art. 1134 al. 3), à laquelle il manque en acceptant un cautionnement disproportionné* »<sup>83</sup>. Or, il n’en est rien pour l’instant. Dans son arrêt *Bramer Banking Corporation Ltd vs Garrioch A. M. V. & Anor* de 2014<sup>84</sup>, la Cour suprême de Maurice écarte la demande de deux personnes, qui étaient à la fois les actionnaires et directeurs du débiteur principal<sup>85</sup>, de sanctionner la disproportion quantitative (mathématique) entre le montant garanti et les ressources financières des cautions<sup>86</sup>. La Cour énonce que le Code civil mauricien n’oblige pas la banque à examiner la capacité de paiement de la caution<sup>87</sup>. En l’occurrence, notre Cour ne cite que l’arrêt *Macron* de la Cour de cassation du 17 juin 1997<sup>88</sup>, qui engage la responsabilité civile du créancier<sup>89</sup> ayant fait souscrire à un dirigeant social (caution avertie) un cautionnement

---

<sup>81</sup> DONDERO B., SEUBE J. – B., *Manuel de droit bancaire mauricien*, Lextenso éditions, 2012, p. 115, n° 195.

<sup>82</sup> La section 9 (1) du *Borrower Protection Act* 2007 oblige le prêteur à vérifier au préalable si le bénéficiaire du prêt possède des moyens suffisants pour le rembourser (« *the means to repay the amount* »).

<sup>83</sup> DONDERO B., SEUBE J.-B., *op. cit.*, pp. 151-152, n° 275.

<sup>84</sup> 2014 SCJ 127.

<sup>85</sup> “*The undisputed facts are that the two defendants, shareholders and directors of a defunct company (...) stood as surety (...) to obtain an overdraft facility of Rs 1. 5 M*”.

<sup>86</sup> La Cour fédérale de justice en Allemagne (BGH) a pris la même position en 1993 mais a été désapprouvée par le Tribunal constitutionnel allemand (BverG) (ANCEL P., Sur une application de l’idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien, *Revue des Contrats*, n° 1/2003, n° 1).

<sup>87</sup> “*At no time under the Civil Code is there the responsibility of the bank to scrutinize the capacity of the surety to pay. Since the defendants have put themselves forwards as guarantors, being themselves directors of the company seeking for banking facility, they have projected themselves as persons the means to pay the debt of the company and under our law, the bank has no obligation to scrutinize their financial capacity*”.

<sup>88</sup> Cass. com. 17 juin 1997, n° de pourvoi 95-14. 105.

<sup>89</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 20 déc. 2007, note Avena-Robardet V., *Recueil Dalloz*, 2008, p. 287.

disproportionné par rapport aux ressources financières de ce dernier<sup>90</sup>, en constatant qu'il n'est pas applicable à notre droit. Cependant, il convient de préciser que notre Cour s'aligne sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation française telle qu'elle résulte de l'arrêt *Nahoum* du 8 octobre 2002<sup>91</sup>, même si cet arrêt a été ignoré dans le raisonnement juridique de notre Cour suprême. En l'occurrence, la Cour de cassation a refusé de sanctionner la disproportion entre le montant du cautionnement et les ressources financières de la caution-dirigeant social étant donné que cette dernière était bien impliquée dans les opérations du débiteur principal, ce qui lui valait la qualification de caution avertie<sup>92</sup>. La seule hypothèse où la disproportion évoquée plus haut serait sanctionnée est celle où la banque garantie aurait « sur les revenus de la caution, son patrimoine, ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération cautionnée, des informations que la caution aurait elle-même ignorées »<sup>93</sup>. En réalité, la jurisprudence *Nahoum* permet de sanctionner les cautionnements disproportionnés en cas de silence fautif de la banque sur le succès de l'opération cautionnée<sup>94</sup>.

Les arrêts *Macron* et *Nahoum* permettent d'affirmer que le principe de proportionnalité<sup>95</sup> reste de mise dans les cautionnements fournis par les cautions autres que les dirigeants sociaux et les cautions averties en général<sup>96</sup>. De telles

---

<sup>90</sup> SIMLER Ph., *Cautionnement. – Effets. – Rapports entre créancier et cautions. – Obligations d'information et responsabilité du créancier*, Juriclasseur Code civil, Fasc. 40, mars 2013, n° 76 ; LEGEAIS D., *Cautionnement. – Mise en œuvre*, Juriclasseur commercial, Fasc. 381, janvier 2014, n° 62.

<sup>91</sup> Cass. com. 8 oct. 2002, note Leveneur L., *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 2/2013, comm. 20 – En même sens : Cass. com. 17 déc. 2003 (2<sup>ème</sup> espèce), note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, nn° 2 et 3.

<sup>92</sup> Cass. com. 8 oct. 2002, n° de pourvoi : 99-18. 619 ; LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Cautionnement des sociétés par leurs dirigeants ou leurs associés. – Qualification et formation*, Juriclasseur commercial, fasc. 378, janvier 2013, n° 94 ; SIMLER Ph., *Fasc. précit.*, n° 77 – En même sens : Cass. com. 11 juin 2003, n° de pourvoi 99-18. 714.

<sup>93</sup> LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Fasc. précit.*, n° 94.

<sup>94</sup> *Idem*.

<sup>95</sup> Sur le domaine d'application du principe de proportionnalité du cautionnement en droit français actuel : ALBIGES Ch., DUMONT-LEFRAND M. – P., *Droit des sûretés*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd. 2019, pp. 76 s., n° 181 s. ; SEUBE J.-B., *Droit des sûretés*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2018, pp. 106 s., n° 163 ; PASQUALINI F., MARAIN G. Rép. com. Dalloz, *Responsabilité du banquier dispensateur de crédit de l'entreprise*, fév. 2019, n° 198 – Sur le moment de l'évaluation de la proportionnalité du cautionnement en droit français actuel : Com. 17 oct. 2018, n° 17-21.857, note Crocq P., *RTD civ.* 2019 p.154, DUMONT-LEFRAND M.-P., « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *Recueil Dalloz* 2018 pp. 392 s. – Sur d'autres questions contemporaines liées à la disproportionnalité du cautionnement : GALLOIS J., « L'influence du régime matrimonial adoptée par la caution dirigeante dans l'appréciation du caractère disproportionné de son engagement », *Recueil Dalloz* 2018 pp. 1851 s.

<sup>96</sup> Il s'agit de cautions profanes (LEGEAIS D., *Fasc. précit.*, n° 62). – *Vide* aussi, Cass. com. 17 déc. 2003, note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, nn° 4 s.

cautions ne sont pas en mesure, à la différence des cautions averties, « *d'apprécier les chances de réussite de l'opération garantie* », étant donné qu'elles restent extérieures « *au processus décisionnel* »<sup>97</sup>. La Cour de cassation n'a pas manqué de souligner cette survie du principe de proportionnalité en dehors des cautionnements fournis par les cautions averties<sup>98</sup>. Il n'est donc pas impossible que notre Cour suprême applique une solution contraire à celle énoncée à l'arrêt *Bramer Banking Corporation Ltd vs Garrioch A. M. V. & Anor* de 2014<sup>99</sup> à la caution non avertie<sup>100</sup> qui invoquerait une disproportion quantitative (mathématique)<sup>101</sup> entre deux points de comparaison, qui sont le montant garanti par la caution et ses ressources financières<sup>102</sup>. Cela contribuerait à élargir le domaine du principe de proportionnalité en droit mauricien des contrats<sup>103</sup>.

Outre ces répressions des disproportions quantitatives du contrat démontrées plus haut, le droit civil mauricien assure aussi la répression des disproportions qualitatives du contrat.

---

<sup>97</sup> LEGROS J.-P., refondu par ANSAULT J. – J., *Fasc. précit.*, n° 94.

<sup>98</sup> Ainsi, une caution non dirigeante (un associé) dont le patrimoine valait 600.000 francs et qui percevait une pension de retraite de 150.000 francs par ans pouvait prétendre à la mise en œuvre de la responsabilité civile du créancier qui lui avait fait souscrire un cautionnement dont le montant final s'est élevé à 9.400.000 francs environ. (Cass. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2003, n° de pourvoi : 01-14. 082) – De même, la concubine d'un dirigeant social, associée dans la société en question, pouvait se prévaloir du caractère disproportionné du cautionnement (Cass. com. 6 fév. 2007, n° de pourvoi : 04-15. 362).

<sup>99</sup> 2014 SCJ 127.

<sup>100</sup> Sur la notion de caution non avertie : Cass. com. 29 nov. 2017, note Juillet Ch., *Revue des sociétés*, 2018, p. 231.

<sup>101</sup> Il n'y a pas de telle disproportion lorsque le montant de l'engagement de la caution ne dépasse pas la valeur de ses biens et revenus (Cass. com. 28 fév. 2018, note Mégret G., *AJ Contrat*, 2018, p. 192).

<sup>102</sup> Cass. 21 nov. 2018, note Houtcieff D., *AJ Contrat* 2019, p. 43 ; Cass. com. 17 oct. 2018, note Bougerol L., *AJ Contrat*, 2018, p. 544 ; note Crocq P., *RTD civ.* 2019, p. 154 ; note Bourassin M., *Gazette du Palais*, n° 7/2019, p. 61 ; Cass. com. 5 sept 2018, note Houtcieff P., *AJ Contrat* 2018, p. 493 ; Cass. com. 15 nov. 2017, note Cabrillac S., *Deffrénois*, n° 22/2018, p. 43 ; Cass. com. 13 sept. 2017, note Martial-Braz N., *Revue des sociétés*, 2018, p. 23 ; Cass. com. 17 déc. 2003, note Casey J., *La Semaine Juridique Ed. G*, n° 19/2004, II, 10072, n° 8 ; NICOLLE M., « Retour sur la proportionnalité du cautionnement souscrit par un époux marié sous le régime légal », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 498 s. ; DUMONT-LEFRAND M. – P., « Cautionnement : du formalisme au principe de proportion, de Charybde en Scylla », *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 392 s. notamment Partie II ; CABRILLAC S., « Cautionnement et exigence de proportionnalité : charge et objet de la preuve de la possibilité pour la caution de faire face à ses obligations », *Deffrénois*, n° 9/2015, p. 490 – Comp. avec : PIETTE G., Rép. civ. *Cautionnement*, juin 2016, n° 175.

<sup>103</sup> Pour une idée similaire : BREMOND V., BOURASSIN M., *Droit des sûretés*, Sirey 6<sup>ème</sup> éd. 2017, p. 29, n° 45.

## B.- La répression des disproportions qualitatives

### 1 – Dettes ménagères

Dans certains cas, la solidarité des dettes ménagères est écartée en droit mauricien en raison de la disproportion qualitative entre le contrat conclu par un époux seul et l'intérêt de la famille. Il en va ainsi des dettes issues du contrat qui seraient « manifestement excessives eu égard à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération »<sup>104</sup> (article 221 alinéa 2 du Code civil mauricien). En l'occurrence, la dette n'est pas manifestement excessive par rapport au train de vie de la famille et aucune disproportion quantitative entre le contrat et l'intérêt de la famille ne peut être décelée. En revanche, il y a disproportion qualitative entre ces deux points de comparaison, car l'inutilité manifeste de l'opération contractuelle pour la famille génère une disproportion répréhensible entre le contrat et l'intérêt de la famille<sup>105</sup>. Par conséquent, la solidarité des dettes issues de ce contrat manifestement inutile sera écartée. L'inutilité manifeste doit, à notre avis, être comprise comme l'absence de toute utilité sérieuse, ce qui est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des Juges.

### 2 – Violence

Les articles 1111 et 1112 du Code civil mauricien énoncent la nullité relative du contrat lorsque la violence est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et peut lui inspirer la crainte d'exposer sa fortune ou sa personne à un mal considérable et présent<sup>106</sup>. La crainte évoquée ci-dessus doit être suffisamment grave, ce qui doit être apprécié *in concreto*<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2014, note Terrier E., *Gazette du Palais*, n° 43/2015, p. 11 – Voir aussi : DAURIAC I., « Etats généraux du droit de la famille – Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère », *Gazette du Palais*, n° 346/2008, pp. 18 s. partie II, sous-partie A.

<sup>105</sup> Comp. avec : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 88, n° 91 – Comp avec : SOULEAU-TRAVERS A., « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un P.A.C.S. », *Deffrénois*, n° 9/2002, pp. 569 s., partie I, sous-partie B, 1.

<sup>106</sup> MEKKI M., *Droit des contrats*, chr. janv. 2016 – janv. 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 375 s. Parti I, sous-partie B, 2, c ; Cass. com. 28 janv. 2014, note Barthez A.-S., *Revue des Contrats*, n° 3/2014, p. 409 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 janv. 1999, *Bull. civ.*, III, p. 7, n° 11 – Sur l'inexistence du vice de violence, en dépit du harcèlement moral constaté : Cass. soc. 23 janv. 2019, note. Mouly J., *Dr. social* 2019, p. 268 – Voir aussi : CATTALANO-CLOAREC G., « La validité du contrat », *AJ Contrat*, 2018, p. 257 ; ROGUE F., « Abus de dépendance : la « réforme de la réforme » du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? » *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 1559 s.

<sup>107</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 352, n° 315 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1986, *Bull. civ. I*, n° 98 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 nov. 1959, *D.* 1960, p. 187 ; Cass. soc. 5 juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 545.

Lorsqu'un contractant a contracté sous l'emprise d'une menace constitutive de la violence pouvant être soit physique<sup>108</sup>, soit morale<sup>109</sup>, soit dirigée vers les biens de la victime<sup>110</sup>, on assiste à une disproportion qualitative entre le consentement donné par la victime et son consentement réel<sup>111</sup>. Le droit mauricien réprimera cette disproportion qualitative du contrat en raison du caractère intolérable de la pression exercée sur le consentement de la victime. L'intolérance du droit mauricien envers la menace résulte de son caractère *illégitime*<sup>112</sup>. En réalité, il existe souvent des disproportions entre le consentement réel d'un contractant et le consentement qu'il exprimée. Dans la plupart des cas, le droit civil mauricien ne sanctionnera pas ces disproportions étant donné qu'elles résultent des disparités entre les intelligences des parties, leurs forces du caractère et leurs habiletés. Or, la disproportion que font apparaître les articles 1111 et suivants du Code civil mauricien est sanctionnée en raison du caractère excessif et odieux de la pression qu'a mise un contractant sur le consentement de l'autre.

### 3 – Dol

Le dol, régi à l'article 1116 du Code civil mauricien, constitue une cause de nullité des contrats lorsque sans les manœuvres pratiquées par une partie<sup>113</sup> l'autre n'aurait pas contracté ou n'aurait pas contracté dans les mêmes conditions<sup>114</sup>. Le dol se définit en droit mauricien comme toute tromperie par laquelle un contractant provoque chez son partenaire une erreur<sup>115</sup>, qui détermine<sup>116</sup> celui-ci à contracter<sup>117</sup>.

---

<sup>108</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janv. 1994, n° de pourvoi : 90-17660.

<sup>109</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 350, n° 312 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2003, n° de pourvoi : 00-18369.

<sup>110</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2003, n° de pourvoi : 99-21348 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 nov. 1995, n° de pourvoi : 93-19885

<sup>111</sup> Faute de violence, la victime n'aurait pas contracté ou aurait contracté dans des conditions plus favorables.

<sup>112</sup> A propos du caractère illégitime de la menace les juges de la Haute juridiction française énoncent (Cass. civ. 9 avril 1913, D. P., 1917, I, p. 103) : « *Si la menace de provoquer une poursuite criminelle ne peut constituer par elle-même un motif d'annulation d'un engagement, il en est autrement si ce moyen d'intimidation a été mis en œuvre pour obtenir la signature d'une obligation sans cause légitime sérieuse* » – *Vide* aussi : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2003, *arrêt précit.* – En revanche, la « menace » de ne pas remettre un chèque de presque 1.000.000 francs à une dame si celle-ci ne donne pas mainlevée des inscriptions hypothécaires est jugée légitime (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 janv. 1999, n° de pourvoi : 96-20297).

<sup>113</sup> Cass. 3<sup>ème</sup>, 5 juillet 2018, note Jourdain P., *RTD civ.* 2018, p. 911.

<sup>114</sup> Sur le dol incident *Vide*, Cass. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2008, note. Mazeaud D., *Revue des Contrats*, n° 4/2008, pp. 1118 s. ; Cass. com. 30 mars 2016, note Lecourt A., *RTD com.* 2016, p. 817.

<sup>115</sup> Cass. com. 9 janv. 2019, note Allain T., *Rev. Sociétés*, 2019, p. 176.

<sup>116</sup> Cass. com. 26 avril 2017, note Ansault J. – J., *Revue des sociétés*, 2017, p. 700.

<sup>117</sup> *Pyndiah P. vs Parasuramen R. & Anor* 2014 SCJ 356 ; *Ah Sien Q. S. vs Ah Sien Q. S. & Anor* 2007 SCJ 28 ; *Jean Pierre vs Babajee* 2001 SCJ 192 ; *Dookhurrun C. and Ors. vs Kodai R.* 2004 SCJ 181 ; *Heeramun V. vs Albatross Insurance* 2002 SCJ 240 ; *Annunto C. vs Ujoodha M.* 2013

Le contrat entaché de dol révèle une disproportion répréhensible entre le consentement donné par un contractant et son consentement réel. La disproportion devient intolérable parce que l'exploitation d'une erreur de son partenaire constitue un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi<sup>118</sup>. Par conséquent, la disproportion décrite plus haut étant odieuse, le droit civil mauricien la sanctionne par une nullité relative (article 1116 du Code civil) quel que soit l'objet de l'altération de la volonté<sup>119</sup> : l'erreur de la victime du dol peut porter non seulement sur la substance d'une chose et sur la personne de l'autre partie, mais aussi sur la valeur ou sur les motifs de la victime<sup>120</sup>.

#### **4 – Erreur sur la substance et erreur sur les qualités substantielles de la chose**

Aux termes de l'article 1110 du Code civil mauricien, l'erreur est une cause de nullité du contrat<sup>121</sup> lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui

---

SCJ 415 ; *Baligadoo U. M. vs State Bank of Mauritius* 2016 SCJ 44 – Le dol est composé d'un élément matériel, d'un élément intentionnel et d'une erreur. Pour plus de détails *Vide* : FLOUR J., AUBERT J. - L., SAVAUX E., *Les Obligations, I. L'Acte juridique*, Sirey, 16<sup>ème</sup> éd., 2014, pp. 212 s., n° 211 s. ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, pp. 334, n° 295 s. ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 sept. 2012, note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2013, p. 62 ; Cass., 1<sup>ère</sup>, 3 juil. 2008, n° de pourvoi : 07-12337 ; Cass. soc. 22 janv. 2008, n° de pourvoi : 06-43519 ; Cass. com. 9 oct. 2007, n° de pourvoi : 05-22023 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 sept. 2008, n° de pourvoi : 07-15377 ; Cass. com. 14 mai 2008, n° de pourvoi : 06-21108 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 2 oct. 2007, n° de pourvoi : 06-14725 ; Cass. com. 3 avril 2007, n° de pourvoi : 05-17168 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, p. 25, n° 38 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2008, n° de pourvoi : 07-13487 ; Cass. com. 13 fév. 2007, n° de pourvoi : 04-16520 ; Cass. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, Bull. civ., 2005, III, p. 126, n° 137 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, Bull. civ. 2005, III, p. 123, n° 135 ; Cass. com. 10 fév. 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 71 ; Cass. civ. 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 101 ; Cass. com. 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n° 140 ; Cass. com. 20 juin 2006, n° de pourvoi : 04-15784 ; Cass. com. 20 juin 2006, n° de pourvoi : 04-15785 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2006, n° de pourvoi : 04-14874 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 2006, n° de pourvoi : 03-16511.

<sup>118</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 335, n° 298.

<sup>119</sup> GWENNHAELE F., *Consentement et objectivation : l'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp. 305-314.

<sup>120</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 342, n° 304 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, p. 222, n° 214.

<sup>121</sup> La charge de la preuve de l'erreur incombe à la victime. Sur l'absence d'erreur : Cass. com. 2 mai 2007, n° de pourvoi : 05-21295 - La victime de l'erreur est censée démontrer qu'elle croyait en une qualité considérée comme substantielle et que tout aléa faisait défaut (MALINVAUD Ph., « De l'erreur sur la substance », *Recueil Dalloz*, 1972, p. 218 ; GOUBEAUX G., « A propos de l'erreur sur la valeur », *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, L. G. D. J., 2001, pp. 399-400). - Sur le rapport qu'entretiennent l'aléa et l'erreur : ROUVIERE F., « Le casse-tête d'inconstructibilité », *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 60 s. ; GHESTIN J., « L'Authenticité, l'erreur et le doute », *Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 459 ; VALACKE C., « Objectivisme et consensualisme dans le droit français de l'erreur dans les conventions », *Revue de la recherche juridique*, n° 2/2005, pp. 661-662 - Sur l'existence d'un doute

en est l'objet.<sup>122</sup> La jurisprudence et la doctrine majoritaires considèrent que la *substance de la chose*, dont fait mention l'article 1110 du Code civil, englobe aussi ses qualités substantielles<sup>123</sup>. L'erreur sur les qualités substantielles doit avoir le caractère déterminant<sup>124</sup> : sans cette erreur l'*errans* n'aurait pas contracté.

L'erreur sur les qualités substantielles met en exergue, elle aussi, une disproportion répréhensible entre le consentement donné par l'*errans* et sa volonté réelle. À la différence du dol, la disproportion entre les deux éléments susmentionnés ne résulte pas des actes de mauvaise foi de l'autre contractant. C'est pourquoi l'objet de l'altération de la volonté susceptible de déclencher une sanction juridique est défini de façon plus étroite qu'en cas de dol. Il faut qu'il s'agisse d'une qualité substantielle de la chose. Celle-ci s'apprécie d'abord *in abstracto*<sup>125</sup>, à savoir une qualité de la chose est déterminante dans un cas concret si elle l'est aussi pour l'opinion commune (un homme abstrait et raisonnable)<sup>126</sup>. Lorsqu'une qualité est jugée substantielle par l'opinion commune, il faut présumer qu'elle le soit aussi pour la victime de l'erreur<sup>127</sup>. Par exemple, l'erreur sur la constructibilité du terrain acquis dans une zone urbaine représente, d'après

---

: Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 juin 1981, Bull. civ., 1981, I, p. 154 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 mars 1987, *Recueil Dalloz* 1987, p. 489 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001, *JCP II*, 2003, 10090, p. 1049 - Sur l'absence de doute : VINEY F., « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti : quelles justifications ? », *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1751 s., nn° 24-25 ; CA Lyon, 18 mars 1931, *D. P.*, 1933, II, pp. 28-30.

<sup>122</sup> Cette erreur se distingue de l'erreur sur un motif extérieur à l'objet du contrat, qui ne fait l'objet d'une prise en compte que lorsqu'il est érigé en condition (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2005, n° de pourvoi : 04-15275). – V. aussi : VALACKE C., *art. précit.*, p. 671.

<sup>123</sup> MEKKI M., *Droit des contrats*, chr. déc. 2017-déc. 2018, *Recueil Dalloz*, 2019, p. 279 ; partie III, sous-partie B ; JOSSERAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Editions du C. N. R. S., 1984, p. 81 – La qualité substantielle représente une qualité principale de la chose, qui lui donne sa nature et sans laquelle elle ne serait pas ce qu'elle est. Il s'agit de toute qualité de la chose susceptible d'inciter une personne à contracter. *Vide* : VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, pp. 321-322 ; HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, L. G. D. J., 1971, pp. 206-207 ; MALINVAUD Ph., *art. précit.*, p. 215 ; TRIGEAUD J.-M., « L'Erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique) », *RTD civ.*, 1982, pp. 57 s.

<sup>124</sup> IONASCO, *L'Evolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, Les Presses Universitaires de France, 1923, pp. 109-110 ; TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, p. 60 ; TGI Fontainebleau, 9 déc. 1970, *D.* 1972, pp. 89-90 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 mars 2003, *Recueil Dalloz* 2003, II, p. 2522 - Sur l'absence du caractère déterminant de l'erreur : Cass. com. 12 juill. 2005, n° de pourvoi : 03-20997.

<sup>125</sup> VALACKE C., *art. précit.*, p. 661.

<sup>126</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 317, n° 280 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. 197-199, n° 198.

<sup>127</sup> La preuve contraire reste possible, mais quelque peu difficile à rapporter. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 jan. 1972, *D.* 1972, p. 517 ; CA Toulouse, 10 déc. 1968, *D.* 1969, pp. 466-467 ; CA Lyon, 18 mars 1931, *D. H.*, 1931, p. 276 ; CA Paris, 22 sept. 1969, *D.* 1972, p. 517 – Comp. avec : TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, pp. 61 s.

l'opinion commune, une erreur sur la substance même de la chose<sup>128</sup>. Certaines erreurs concernant les tableaux et les objets d'art (auteur, époque, etc.) touchent, elles aussi, à la substance de la chose<sup>129</sup>, d'après l'opinion commune<sup>130</sup>. En revanche, l'erreur sur la valeur<sup>131</sup> ne produit pas d'effets juridiques<sup>132</sup>, bien qu'elle puisse être considérée par l'opinion commune comme déterminante<sup>133</sup>.

Si, d'après l'opinion commune, une erreur ne porte pas sur une qualité substantielle de la chose, elle peut tout de même devenir une erreur sur les qualités substantielles grâce à une appréciation *in concreto*<sup>134</sup>. Il incombera au demandeur de prouver le caractère déterminant de l'erreur<sup>135</sup>. S'il parvient à le faire, cette erreur devient erreur sur les qualités substantielles, susceptible d'entraîner la nullité du contrat, à condition que l'autre partie connaisse l'importance de la qualité en question aux yeux de l'*errans*<sup>136</sup>.

## 5 – Cause réelle

La cause réelle de l'engagement est le fruit d'une évolution récente du droit français dont le droit mauricien pourrait éventuellement s'inspirer<sup>137</sup>. Cette notion

---

<sup>128</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> 12 juin 2014, note Laithier Y.-M., *Revue des Contrats*, n° 4/2014, p. 597 ; IONASCO, *thèse précit.*, pp. 93-94 ; Cour d'Orléans, 18 jan. 1895, *D. P.*, 1895, 2., pp. 417-418 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 13 juill. 1999, *Bull. civ.*, III, 1999, p. 123, n° 178 – Comp avec : ROUVIERE F., *Le casse-tête d'inconstructibilité*, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 60 s.

<sup>129</sup> IONASCO, *thèse précit.*, pp. 104 s.

<sup>130</sup> Monsieur TRIGEAUD rappelle (TRIGEAUD J.-M., *art. précit.*, p. 65) que « [...] selon les objectivistes, elle [NDLA : l'authenticité] est considérée comme un donné naturel qui s'impose ».

<sup>131</sup> Cass. com. 12 déc. 2006, n° de pourvoi : 03-20639 ; Cass. com. 26 mars 1974, *Bull. civ.*, 1974, IV, p. 86, n° 108.

<sup>132</sup> GOUBEAUX G., *art. précit.*, p. 389 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, p. 203, n° 203 - L'erreur n'est pas une cause de nullité du contrat lorsqu'elle ne porte que sur la valeur d'une chose (GOUBEAUX G., *art. précit.*, p. 394).

<sup>133</sup> GOUBEAUX G., *art. précit.*, pp. 390 ; 403.

<sup>134</sup> VIVIEN G., *art. précit.*, pp. 312 ; 324.

<sup>135</sup> FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. pp. 197-199, n° 198.

<sup>136</sup> Voir : Cass. 3<sup>ème</sup>, 3 mai 2018, note Barbier H., *RTD civ.* 2018, p. 658.

<sup>137</sup> GEORGIJEVIC G., « Cause de l'engagement en droit mauricien (art. 1131-1133 C. civ. maur.) », *The New Bar Chronicle*, n° 4/2013, pp. 28-29.

a été créée à partir d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 22 octobre 1996<sup>138</sup> connu sous le nom d'arrêt Chronopost<sup>139</sup>.

En l'occurrence, une société avait confié deux plis à la société Chronopost qui était censée les délivrer vite, ce qui aurait permis à la société expéditrice de participer à une adjudication. Or, les plis ont été livrés avec un retard qui a empêché l'expéditeur de participer à l'adjudication mentionnée ci-dessus. Celui-ci a agi en réparation du préjudice ainsi causé et la société Chronopost y a opposé une clause limitative de responsabilité. La question s'est posée de savoir si cette clause était annulable, en dépit de l'absence de faute lourde de la Société Chronopost qui, *a priori*, est la seule susceptible d'écarter des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité. Les juges y ont répondu par l'affirmative et fondé leur réponse sur l'article 1131 du Code civil.

Cet arrêt montre que l'existence d'une cause sérieuse n'exclut pas la possibilité que le contrat soit annulé pour défaut de cause. Le fait que les prestations des deux parties aient une valeur économique sérieuse ne signifie pas automatiquement que la cause de l'engagement soit irréprochable<sup>140</sup>. En effet, même lorsque la cause est sérieuse, elle peut manquer de réalité, ce qui entraînera la nullité du contrat.

La clause limitative de responsabilité stipulée au profit de la société Chronopost ôtait le caractère réel à une obligation fondamentale du débiteur, celle de délivrer ponctuellement les deux plis. Par conséquent, la clause limitative de responsabilité a dû être écartée, afin de restituer la réalité à l'obligation susmentionnée, qui constituait la cause de l'engagement de la société expéditrice. L'obligation de délivrance ponctuelle ne manquait pas de sérieux, étant donné qu'elle possédait une valeur économique certaine. En revanche, l'obligation en question n'était pas réelle, étant donné que le débiteur pouvait l'éluder en invoquant une clause limitative de responsabilité.

---

<sup>138</sup> Cass. com. 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, p. 223, n° 261 – *Vide* aussi : Cass. mixte, 24 avril 2005, Bull. mixte, n° 3 ; MAZEAUD D., « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche ... », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 2288 s. ; Cass. com. 5 juin 2007, n° de pourvoi : 06-14832 ; TOURNAFOND O., Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français, *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 2607 s. – Dans l'arrêt évoqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 juillet 2007, les juges de la Cour de cassation ont reproché aux juges de la cour d'appel de Douai de ne pas avoir recherché « [...] si l'impossibilité de localiser les marchandises remises à la société EXTAND pendant leur acheminement ne constituait pas un manquement de celle-ci à une obligation essentielle, permettant de réputer non écrite la clause limitative d'indemnisation », [...] « vu l'article 1131 et l'article 1134 du Code civil ».

<sup>139</sup> Comp. avec : Cass. com. 29 juin 2010 (arrêt Faurecia), note Siri R., *Les Petites Affiches*, n° 182/2010, p.6 ; Cass. com. 9 mai 2018, note Paulin C., *Gazette du Palais*, n° 23/2018, p. 17 ; CHEVREAU E., « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *Revue des contrats*, n° 1/2013, pp. 11 s. Introduction.

<sup>140</sup> MAZEAUD D., « Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche », n° 11.

L'arrêt Chronopost révèle une disproportion qualitative intolérable entre les obligations principales des contractants ayant justifié l'annulation du contrat. En l'occurrence, le contrat ne souffrait d'aucune disproportion quantitative susceptible de justifier son annulation. Cependant, l'absence de réalité de l'obligation principale d'un contractant a fait apparaître un déséquilibre significatif entre les obligations des deux parties. *Cette disproportion qualitative résulte du fait que l'obligation principale d'une partie (société Chronopost) n'était pas de qualité suffisante, car elle ne présentait pas un minimum de réalité.* En effet, en droit mauricien, le contrat doit être qualitativement proportionné<sup>141</sup> en ce sens que les obligations principales des parties doivent posséder un minimum de réalité<sup>142</sup>.

## 6 – Cause licite et morale

Traditionnellement, en droit mauricien, on distingue la cause de l'obligation de la cause du contrat<sup>143</sup>. La première réside dans l'obligation de l'autre partie, tandis que la seconde peut être définie comme le but concret que les parties ont visé par la conclusion du contrat<sup>144</sup>, « *le mobile concret qui a déterminé chaque partie à contracter* »<sup>145</sup>. La cause du contrat est souvent appelée *cause illicite ou immorale* et sert donc à apprécier la licéité du contrat<sup>146</sup> ainsi que sa moralité<sup>147</sup>.

---

<sup>141</sup> Sur l'appréciation qualitative de la contrepartie réelle *Vide*, Cass. com. 11 mars 2014, *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1915.

<sup>142</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 352, n° 342 ; MAZEAUD D., *Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche...*, n° 12 et 17.

<sup>143</sup> LAVEFVE LABORDERIE A. – S., *La Pérennité contractuelle*, L. G. D. J., 2005, p. 344, n° 611 ; WEILL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mél. Marty*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, p. 1165 ; GHESTIN J., *La Formation du contrat*, L. G. D. J., 1993, 3<sup>ème</sup> éd., p. 818 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le Raisonnable en droit des contrats*, L. G. D. J., 2009, p. 42, n° 22 ; THIBIERGE L., *Le Contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011, p. 70, n° 121 - *Vide* aussi : GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, L. G. D. J., 1992, p. 246.

<sup>144</sup> LAVEFVE LABORDERIE A.-S., *thèse précit.*, p. 344, n° 611 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 103, n° 114 ; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 42, n° 22.

<sup>145</sup> THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; GHESTIN J., *op. cit.*, pp. 819 ; 892 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *op. cit.*, p. 344 – *Vide* aussi : JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, 1927, pp. 153-154.

<sup>146</sup> BARAKE S., *Le Champ contractuel*, thèse dactylographiée, Bordeaux, 2007, p. 119 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mai 2007, n° de pourvoi : 05-21123 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juin 2005, Bull. civ. 2005, I, p. 225, n° 270 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° de pourvoi : 88-18998.

<sup>147</sup> THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 84, n° 136 ; Cass. com. 3 oct. 2006, Bull. civ. 2006, IV, p. 222, n° 203.

En ce qui concerne la jurisprudence mauricienne, en matière de donations entre concubins, la Cour suprême de Maurice maintient une distinction traditionnelle relative à la cause illicite. Ainsi, dans l'arrêt *Y. Pool and Arthur Savy vs Delorie*<sup>148</sup> il a été énoncé que lorsque le but d'une donation consistait à commencer, continuer, reprendre ou rémunérer les rapports de concubinage elle sera nulle pour cause illicite<sup>149</sup>. Il en va autrement d'une donation ou d'un testament par laquelle/lequel le donateur ou le testateur cherche à réparer le préjudice causé à la concubine de laquelle il se sépare. La cause de la donation ou du testament est alors licite et l'acte reste valable<sup>150</sup>.

Quant à la jurisprudence française, qui sert de *persuasive authority* en droit mauricien<sup>151</sup>, elle fournit de nombreux exemples d'annulation du contrat pour cause illicite ou immorale<sup>152</sup>. Ainsi, « *le contrat conclu en vue de se soustraire à l'application des lois fiscales revêt une cause illicite. Celle-ci est caractérisée dès lors que le motif impulsif et déterminant de l'un des contractants réside dans la volonté de frauder le fisc* »<sup>153</sup>. De même, les contrats conclus dans le *but* de créer ou d'exploiter une maison de tolérance sont constamment annulés et les prêts contractés dans le *but* d'acquérir une telle maison sont nuls. Dans les deux hypothèses évoquées ci-dessus, la nullité s'explique par une cause illicite.<sup>154</sup> Le contrat de travail conclu avec le propriétaire d'une maison de tolérance repose

---

<sup>148</sup> 1958 MR 266 – En France, un revirement spectaculaire, relatif à la cause illicite des libéralités entre concubins, s'est produit grâce à deux arrêts de la Cour de cassation, rendus respectivement en 1999 et en 2004. – Cass. Ass. plén. 25 oct. 2004, Bull. civ. 2004, Ass. plén. n° 12 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 fév. 1999, Bull. civ. I, p.29, n° 43 – V. aussi : Cass. 1<sup>ère</sup>, 25 janv. 2005, Bull. civ. 2005, I, p. 27, n° 35 - Dans son arrêt du 3 février 1999, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que la libéralité qu'avait faite un septuagénaire à sa jeune maîtresse quelques mois avant sa mort n'était pas nulle pour cause illicite, en dépit du fait que cette libéralité avait été faite afin *d'entretenir une relation adultérine avec la maîtresse*. De plus, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé, dans son arrêt du 29 octobre 2004, que la libéralité n'ayant pour but qu'à *rémunérer les faveurs d'une concubine d'un concubinage adultérin* n'était pas nulle pour cause illicite.

<sup>149</sup> Comp. avec : Cass. civ. 11 mars 1918, *DP*, 1918, I, p. 100 ; Cass. req. 8 juin 1926, *D. P.* 1927, I, p. 113 – *Vide* aussi : Cass. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1991, n° de pourvoi : 90-17347 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 11 oct. 1988, n° de pourvoi : 87-15343 ; Cass. soc. 4 oct. 1979, Bull. civ. 1979, V, n° 680 ; Cass. 2<sup>ème</sup>, 10 janv. 1979, Bull. civ. 1979, II, p. 7, n° 10 ; Cass. 1<sup>ère</sup> 15 déc. 1975, Bull. civ. 1975, I, p. 303, n° 365 ; LAMBERT S., *L'Intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix – Marseille, 2006, p. 288, n° 182.

<sup>150</sup> Cass. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 1990, n° de pourvoi : 88-19760 – Comp. avec : Cass. crim. 21 déc. 1971, Bull. crim. 1971, p. 916, n° 365 ; Cass. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 1959, *D.* 1960, jur. p. 515 ; LAMBERT S., *these précit.*, p. 288, n° 182.

<sup>151</sup> AGOSTINI E., « Responsabilité du fait des choses : l'Île Maurice est encore l'Isle de France », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, tome 2, pp. 6-7.

<sup>152</sup> VARET V., « La Nullité du contrat pour cause illicite », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 1/2000, p. 67.

<sup>153</sup> DADOUN A., *La Nullité du contrat et le droit pénal*, L. G. D. J., 2011, pp. 169-170, n° 251

<sup>154</sup> Cass. req. 1<sup>er</sup> avril 1895, *D.* 1895, p. 264 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 107, n° 119.

aussi sur une cause illicite et doit être annulé<sup>155</sup>, le but personnel de l'employeur consistant à poursuivre une activité illicite. Les prêts accordés à un tiers, *afin de* lui faciliter l'accès à un jeu illégal sont annulés, tantôt pour cause illicite, tantôt en vertu de l'article 1965 du Code civil<sup>156</sup>. « *Est illicite la cause des prêts d'argent sans intérêts consentis aux producteurs de lait par des tiers au contrat de fourniture, dès lors que la finalité de telles conventions consiste à contourner les sanctions financières impératives imposées par la réglementation communautaire et nationale, spécialement en cas de dépassement des quotas de productions laitières autorisés* »<sup>157</sup>. Finalement, un arrêt de la Cour de cassation du 2 janvier 1907 déclare une donation nulle pour cause illicite, *le mobile principal* du donateur, à savoir l'organisation d'une séparation amiable, ayant été contraire à la loi<sup>158</sup>.

La plupart du temps le contenu du contrat n'a rien de disproportionné en ce qui concerne son rapport avec l'intérêt général : la cause de l'engagement des deux parties est sérieuse et réelle et l'objet des obligations des deux contractants est licite. Pourtant, un contrat peut se révéler disproportionné lorsqu'on scrute les motifs personnels des contractants. La doctrine<sup>159</sup> et la jurisprudence sont unanimes pour dire que le caractère illicite (illégal ou immoral) d'un motif personnel au contractant est susceptible de le faire rentrer dans le champ contractuel et d'influencer la validité du contrat<sup>160</sup>. Les articles 1131 et 1133 du Code civil mauricien assurent cette prise en compte des motifs personnels des parties qui se solde par une nullité absolue du contrat. La nullité évoquée ci-dessus est le fruit d'une disproportion intolérable entre le contrat et l'intérêt général déclenchée par l'illicéité des motifs personnels d'un contractant. La non-patrimonialité des actes sexuels, la non-assistance financière à des personnes se livrant à des jeux illégaux, la protection de la santé publique, représentent les valeurs fondamentales faisant partie de l'intérêt général en République de Maurice. Par conséquent, si le motif personnel à une des parties est illicite, la nullité absolue sera prononcée en raison de la disproportion entre le contrat et l'intérêt général que crée ce motif. La nullité en question constitue une réponse vigoureuse destinée à défendre l'intérêt de l'ensemble des membres de la société mauricienne.

---

<sup>155</sup> Cass. soc. 8 janv. 1964, *D.* 1964, p. 267.

<sup>156</sup> GHESTIN J., *op. cit.*, p. 895 ; Cass. req. 4 juill. 1892, *D.* 1892, p. 501 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1999, *Bull. civ.* 1999, I, p. 102, n° 154 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 1998, *Bull. civ.* 1998, I, p. 159, n° 229 – V. aussi : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 déc. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, p. 302, n° 432.

<sup>157</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 26 sept. 2012, *Daloz actualité*, 17 octobre 2012, note Rezgui W. ; *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2306.

<sup>158</sup> Cass. civ. 2 janv. 1907, *D.P.* 1907, I, pp. 140-141 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 107, n° 119.

<sup>159</sup> GHESTIN J., *op. cit.*, p. 819 ; LOMBARD F., *thèse précit.*, p. 106, n° 118 ; THIBIERGE L., *thèse précit.*, p. 70, n° 122.

<sup>160</sup> GHESTIN J., *op. cit.*, p. 891.

Comme le souligne si justement M. BAKOUCHE « *il n'est pas interdit de croire (...) que le droit est l'ensemble des moyens destinés (...) à corriger l'excès* »<sup>161</sup>. Ainsi, le droit mauricien contient une panoplie de sanctions destinées à combattre les disproportions quantitatives et qualitatives touchant le contrat.

## **II.- Les sanctions des disproportions relatives au contrat en droit mauricien**

Il est des cas où la disproportion du contrat cause sa disparition (A). Néanmoins, la recherche du maintien du contrat autant que faire se peut<sup>162</sup> étant un principe général du droit mauricien des contrats, dans de nombreuses situations la disproportion du contrat ne se soldera pas par son anéantissement : les sanctions qu'appliquera le droit mauricien permettront son maintien en vigueur (B).

### **A.- L'anéantissement nécessaire du contrat disproportionné**

En droit mauricien, l'absence de cause sérieuse entraîne, sans doute, la nullité du contrat<sup>163</sup>. Traditionnellement, on considérait que la nullité pour absence de cause-contrepartie était une nullité *absolue*<sup>164</sup>. L'impossibilité absolue d'exécuter une prestation, au moment de la conclusion d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, révèle l'existence d'une disproportion économique devenue importante au point de justifier la nullité absolue du contrat<sup>165</sup>. En effet, la nullité absolue est censée, d'après ce courant, sanctionner le fait que l'absence de cause sérieuse fasse perdre au contrat son caractère raisonnable<sup>166</sup> et compréhensible. Dans certains arrêts rendus par la Haute juridiction française, la nature de la nullité pour absence de cause sérieuse est explicitement déterminée : il s'agit de nullité absolue<sup>167</sup>. La

---

<sup>161</sup> BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 2, n° 2.

<sup>162</sup> Comp. avec : AUBERT DE VINCELLES C., *art. précit.*, par. n° 3.

<sup>163</sup> PIGNARRE G., « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) », *Revue des Contrats*, n° 1/2013, pp. 251 s., n° 23.

<sup>164</sup> CUMYN M., *La Validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, L. G. D. J., 2002, p. 165.

<sup>165</sup> Comp. avec : FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, pp. 271 s., n° 262 s.

<sup>166</sup> « L'opération globale reflète donc un objectif global. Cet objectif correspond à la fonction économique du contrat : il est ce que l'on peut raisonnablement attendre du contrat » (RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *thèse précit.*, p. 61, n° 43).

<sup>167</sup> Selon la jurisprudence française, il est impossible de confirmer une obligation sans cause (ROCHFLED J., *Cause et type de contrat*, L. G. D. J., 1999, pp. 381-382 ; HAGE CHAHINE F., « La Sanction de l'absence de cause constatée au moment de la formation du contrat », *Mélanges André Decocq, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 336). D'après un arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1932, si en cas de nullité relative l'action en justice se prescrit dans les délais prévus par la loi, il en va autrement de l'action en nullité absolue pour défaut du prix sérieux

Cour de cassation énonce, dans un arrêt du 23 octobre 2007, que « *la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun* »<sup>168</sup>.

Sous l'influence de la théorie moderne des nullités, initiée par JAPIOT<sup>169</sup>, la jurisprudence française s'est mise à prononcer la nullité relative du contrat pour absence de cause sérieuse<sup>170</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 9 novembre 1999, les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation ont énoncé que la nullité du contrat d'assurance pour défaut d'aléa était une nullité *relative* et que seule la partie lésée pouvait s'en prévaloir<sup>171</sup>. En outre, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 février 2001 les juges ont estimé que la nullité du contrat d'organisation de l'arbitrage pour défaut de cause-contrepartie visait la protection des intérêts individuels et qu'elle était *relative*<sup>172</sup>. Finalement, dans un arrêt relativement récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 21 septembre 2011<sup>173</sup> les juges énoncent : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à une prescription quinquennale...* ».

---

(HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, p. 336). Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 octobre 1981, les juges du droit ont approuvé les juges du fond ayant déclaré le contrat *inexistant* pour absence de prix sérieux (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 oct. 1981, Bull. civ., I, p. 254. ; HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, pp. 336-337). De même, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 27 avril 1976, il fut jugé que le loyer mensuel de cent francs pour une propriété de cinquante-trois hectares représentait un prix symbolique. Par conséquent, le bail était déclaré *inexistant* pour absence de cause (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1976, Bull. civ. III, p. 137). Les arrêts cités ci-dessus font état de l'inexistence dont les effets sont similaires à ceux de la nullité absolue. La Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 2 octobre 1981 que, la cour d'appel ayant souverainement estimé que le prix n'était pas sérieux, l'acte juridique en question était *inexistant* (SIMLER Ph., « La Sanction de l'absence de cause », *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 415, note de bas de page 11).

<sup>168</sup> Cass. com. 23. oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 226 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, p. 2714, n° 11.

<sup>169</sup> JAPIOT, *Des Nullités en matière d'actes juridiques*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1909.

<sup>170</sup> SIMLER Ph., *art. précit.*, pp. 416-418.

<sup>171</sup> La demande en nullité de l'assuré a été rejetée. Si l'assureur décide de ne pas invoquer la nullité affectant le contrat qui lui est défavorable, nulle autre personne ne devrait être admise à s'en prévaloir (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 nov. 1999, note Aubert J. - L., *Def.* 2000, art. 37107, pp. 250-251).

<sup>172</sup> L'action en nullité se prescrit donc dans un délai de cinq ans (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 fév. 2001, Bull. civ. I, p. 25).

<sup>173</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 sept. 2011, note Ghestin J., *La semaine juridique G*, n. 47/2011 ; note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, pp. 2711 s. ; note Savaux E., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 47 ; note Seube J.-B., *Revue des Contrats*, n° 1/2012, p. 130.

La doctrine contemporaine se montre souvent favorable à la nullité relative pour absence de cause sérieuse, car on considère cette sanction proportionnée à l'intérêt mis en péril, qui est un intérêt privé<sup>174</sup>.

Il est, à notre avis, préférable de considérer que la nullité pour absence de cause sérieuse est *une nullité absolue* excluant la confirmation et la possibilité de maintenir le contrat en vigueur<sup>175</sup>. L'absence totale de contrepartie ou l'absence de contrepartie sérieuse, dont l'absence de cause sérieuse constitue l'expression technique, reflète une disproportion particulièrement grave du contrat. En cas d'absence de cause sérieuse, au-delà de l'atteinte qu'il portera à la justice, le contrat synallagmatique à titre onéreux n'aura plus aucune utilité sociale. Faute de contrepartie sérieuse, le contrat synallagmatique à titre onéreux ne réalisera aucun échange réel et ne sera pas socialement utile. Ceci explique le caractère absolu de la nullité<sup>176</sup>. Il est opportun aussi de souligner que la nullité absolue pour absence de cause sérieuse témoigne de la prise en considération de l'intérêt général compris comme l'intérêt de tous les utilisateurs de la technique contractuelle considérée<sup>177</sup>.

Au demeurant, s'il est vrai que la prescription permet d'oublier l'irrégularité de l'acte, elle ne saurait avoir la vertu de conférer au contrat un élément constitutif faisant défaut<sup>178</sup>. Certes, la nullité absolue, qui mène impitoyablement vers son anéantissement, paraît contraire à la valeur économique du contrat. Toutefois, une convention sans cause sérieuse est trop gravement atteinte et trop disproportionnée pour pouvoir être sauvée. Un contractant ne pouvant retirer aucun intérêt patrimonial de l'acte<sup>179</sup>, qui est donc trop disproportionné, le contrat doit être frappé d'une nullité absolue.

Force est de constater que, mise à part la sanction vigoureuse disséquée plus haut, le droit mauricien contient une panoplie de sanctions juridiques qui permettent au contrat disproportionné de rester en vigueur.

---

<sup>174</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz*, n° 39/2011, p. 2714, n° 10 – *Vide* aussi : SIMLER Ph., *art. précit.*, pp. 415-416.

<sup>175</sup> Sur les critères de la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative voir notamment : *Law Reform Commission, Issue Paper, Law of Contracts and Obligations under Code civil mauricien*, mars 2013, p. 68, n° 73 ; *Law Reform Commission, Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Régime and Proof of Obligations in the Code Civil Mauricien*, juin 2017, p. 45, nn° 81-82.

<sup>176</sup> GHESTIN J., « L'Utile et le juste dans les contrats », *Recueil Dalloz* 1982, chr. pp. 9-10 ; GHESTIN J., *Formation du contrat*, p. 205 ; ROCHFELD J., *thèse précit.*, p. 382 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 sept. 2011, note Mazeaud D., *Recueil Dalloz* n° 39/2011, p. 2714, n° 11.

<sup>177</sup> ROCHFELD J., *thèse précit.*, p. 383.

<sup>178</sup> HAGE CHAHINE F., *art. précit.*, p. 335.

<sup>179</sup> PIETTE G., *La Correction du contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 352.

## **B.- La survie possible du contrat disproportionné**

### **1 – Dettes ménagères**

La sanction de la disproportion entre le contrat et l'intérêt de la famille qu'instaure l'article 221 du Code civil mauricien relatif aux dettes ménagères consiste dans l'exclusion de la solidarité des dettes d'origine contractuelle contractées par un époux seul. Les biens personnels de l'époux n'ayant pas conclu le contrat seront soustraits de la masse des biens sur lesquels le/les créancier(s) peuvent poursuivre le recouvrement des créances. Le *ratio* de cette sanction s'explique par l'intention du législateur mauricien à « éviter qu'un époux ne puisse être à la merci d'initiatives ruineuses de son conjoint »<sup>180</sup>. Il est aisé de constater qu'en droit mauricien on a considéré que l'exclusion de la solidarité des dettes ménagères manifestement excessives issues du contrat était la sanction suffisante, car rien dans la nécessité de protéger l'intérêt de la famille ne justifiait la nullité du contrat.

### **2 – Violence, dol et erreur**

La disproportion du contrat résultant de la violence entraîne sa nullité relative que ne peut évoquer que la victime de la violence, si elle souhaite se protéger contre les conséquences<sup>181</sup> de cette disproportion. L'article 1115 du Code civil mauricien prévoit la possibilité de confirmer le contrat disproportionné, expressément ou tacitement. Cela signifie qu'un pouvoir est conféré à la volonté de la victime de passer outre la disproportion que, en principe, le droit civil mauricien réprime. Ceci est possible grâce au fait que la disproportion créée par la violence touche principalement les intérêts privés de la victime et pas à l'intérêt général. Le même raisonnement est *mutatis mutandis* applicable à la confirmation des contrats nuls pour dol ou pour erreur sur les qualités substantielles.

### **3 – Clauses pénales disproportionnées**

À la différence de son homologue français<sup>182</sup>, le juge mauricien n'a pas le droit de modifier d'office, c'est à dire de sa propre initiative, le montant de la clause pénale. Il ne peut procéder à la modification du montant de la clause pénale qu'à la demande d'une partie au procès, ce qui a été rappelé dans les arrêts *Desbro Trading vs Ragavoodoo Bros & ANOR*<sup>183</sup>. Quoi qu'il en soit, force est de constater que la disproportion en question n'entraînera pas l'anéantissement de cette clause

---

<sup>180</sup> KARM A., *fasc. précit.*, n° 19.

<sup>181</sup> Il s'agit des effets obligatoires du contrat que la victime n'a pas désirés tels quels.

<sup>182</sup> FLORAND J.-M., « La Réforme de la clause pénale », *Les Petites Affiches*, n° 84/1985, pp. 14 s.

<sup>183</sup> 1994 SCJ 423 et 1997 SCJ 132.

conventionnelle qui est la clause pénale. Elle sera simplement remodelée en sorte que son montant n'accable pas l'une des parties au contrat, eu égard au préjudice effectivement subi<sup>184</sup>, qu'il s'agisse du créancier ou du débiteur. La correction de la clause pénale qu'autorise le Code civil mauricien (article 1152) semble bien judicieuse : rien ne semble pouvoir justifier un anéantissement pur et simple de la clause pénale disproportionnée<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> CHABAS F., « La Réforme de la clause pénale », *Recueil Dalloz* 1976, Chr. pp. 229 s.

<sup>185</sup> Sur la nécessité de préférer la correction du contrat à son anéantissement lorsque la disproportion est quantitative *Vide* : BAKOUCHE D., *thèse précit.*, p. 192, n° 203.



# *Actes*

**Atelier du droit de l'océan indien organisé par la LexOI  
(Association du droit dans l'océan indien) et le Centre de  
Recherche Juridique (EA n°14, Université de La Réunion)  
le 25 octobre 2018**

## **L'HABITUDE EN DROIT DANS L'OCÉAN INDIEN**



# Propos introductifs

**Clotilde AUBRY DE MAROMONT**

*Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

*Présidente de l'association LexOI*

**Fleur DARGENT**

*Docteur en droit de l'Université d'Aix-Marseille*

*Ingénieur de recherche en post-doctorat, Projet Océan Métiss, à l'Université de La Réunion*

*Secrétaire générale de l'association LexOI*

*« Les choses répétées plaisent parce la répétition favorise la connaissance et le partage.  
Ainsi naissent les traditions.  
Ainsi naît la culture des peuples.  
Ainsi naît le droit »<sup>1</sup>.*

Le droit est historiquement construit et quotidiennement façonné par les habitudes des peuples. L'habitude, émergeant par la force de la répétition et de l'expérience, guide les comportements humains et crée du droit vivant (coutumes, usages, jurisprudence...), mais influe aussi sur la création d'un droit plus figé en étant consacrée par la loi. L'habitude constitue la dimension sociologique du droit, ce que l'on appelle plus communément parfois la « tradition juridique ».

Réfléchir sur « *l'habitude en droit dans l'océan indien* » invite à comparer la place que tiennent les coutumes, usages et traditions au sein des systèmes juridiques des différents pays de la zone Océan indien. L'espace de l'Océan indien constitue un ensemble géographique qu'il est intéressant d'étudier sous un angle comparatiste. La présence d'habitudes locales conduit à s'interroger sur leur force normative dans le but d'établir si l'habitude se déploie en dehors du droit ou si elle intègre la norme juridique étatique. La réflexion invite à observer comment la répétition de certaines pratiques a permis aux autorités politiques ou juridictionnelles de créer la norme, pour consacrer ces pratiques ou, au contraire,

---

<sup>1</sup> P. PUIG, « Rapport introductif », in C. AUBRY DE MAROMONT et F. DARGENT (dir.) *L'habitude en droit*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2019, p. 9.

pour les proscrire. Elle conduit également à analyser comment l'habitude, une fois figée par le droit dans une norme, se perpétue ou se modifie. Enfin, la réflexion mène à déterminer si l'habitude peut être l'objet d'une qualification juridique, comme c'est le cas en droit français.

L'atelier sur l'habitude en droit dans l'océan indien avait ainsi pour finalité d'éclairer ces pistes de recherche tout en mettant en exergue les éléments de ressemblance et de divergence qui peuvent exister entre les différents pays, afin de tenir compte des spécificités des territoires de la zone.

L'étude a été poursuivie par une réflexion transversale sur « *l'habitude en droit* » à l'occasion du colloque qui s'est tenu le 26 octobre 2018 à la Faculté de droit et d'économie, invitant à une réflexion à partir des regards des différentes branches du droit sur la notion d'habitude<sup>2</sup>. C'est ainsi que l'habitude a été saisie comme objet d'étude tant sous l'angle comparatiste qu'en droit interne.

---

<sup>2</sup> C. AUBRY DE MAROMONT et F. DARGENT (dir.) *L'habitude en droit*, op. cit.

# **L'influence des « coutumes », considérées en tant qu'habitudes, dans le droit positif malgache**

**Faratiana M. ESOAVELOMANDROSO**

*Professeur de Droit Privé*

*Faculté de Droit et des Sciences Politiques*

*Université d'Antananarivo*

Résumé :

*Le droit malgache reste encore fortement imprégné de la coutume qui demeure une source vivante du droit en certains domaines. La place de la coutume dans le droit positif malgache, énoncée depuis 1962, a été rappelée encore en 2004 ; la condition est qu'elle soit certaine, parfaitement établie et ne heurte pas l'ordre public et les bonnes mœurs. Si les règles coutumières peuvent contribuer à la formation des normes et sont sources d'inspiration du juge, elles peuvent aussi rendre difficile l'application des lois, à tel point que même lorsque « droit et coutume sont en conflit », et quand bien même la coutume serait contraire à la loi, il arrive que la loi cède face à la coutume.*

Abstract :

*Malagasy law is still strongly imbued with custom, which remains a living source of law. The status of custom in the Malagasy positive law enacted in 1962 was evoked again in 2004, provided that the custom is perfectly established and does not interfere with public order and morality. While customary rules can contribute to the establishment of norms and inspire judges, they can also make law enforcement difficult, to the point where « law and custom are in conflict », an even if the custom is contrary to the law, it happens that the law yields to the custom.*

Au lendemain de l'indépendance, alors que Madagascar allait élaborer son propre droit national, l'Assemblée nationale législative, dans sa résolution du 2 juin 1959 a « (...) (demandé) au gouvernement de tenir compte, dans la mesure du possible, des règles coutumières à chaque province, en attendant l'extension et l'application à l'ensemble du pays d'une législation unifiée adaptée aux usages des différentes populations de Madagascar et acceptée par elle afin d'aboutir à l'établissement d'une législation moderne, conforme à la volonté d'évolution et de progrès du peuple Malgache »<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'une grande enquête coutumière portant sur le statut personnel a été menée sur toute l'île et a servi de base pour les lois civiles malgaches. En effet, à Madagascar, les coutumes constituent « la trame de la vie sociale, familiale et religieuse des Malgaches (et) sont intimement liées à leur vie quotidienne (...) précisant ce qui se fait et ce qui ne se fait pas »<sup>2</sup>. Il était donc inconcevable, dans le cadre de la codification et plus particulièrement en ce qui concerne l'état des personnes, de ne pas tenir compte des règles coutumières. Cette place de la coutume dans l'ordre juridique malgache a ainsi été précisée dès l'Ordonnance du 19 septembre 1962<sup>3</sup>, encore en vigueur aujourd'hui, et dont l'article 11 dispose que « *Aucun juge ne peut refuser de juger un différend qui lui est soumis, sous quelque prétexte que ce soit ; en cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, le juge peut s'inspirer des principes généraux du droit, et le cas échéant, des coutumes et traditions des parties en cause, à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs* »<sup>4</sup>. La même Ordonnance, en son article 12, précise que « *Pour rechercher les mobiles et l'esprit qui ont déterminé l'acte qui lui est soumis, en apprécier les suites comme les résultats, le juge, appelé à trancher un différend, peut également s'inspirer de ces coutumes et traditions* ». Mieux encore, et dans un texte plus récent, la loi organique de 2004 sur la Cour Suprême<sup>5</sup> énonce en son article 40 relatif à la procédure devant être observée devant elle, que « *la requête ou l'exploit doit, à peine d'irrecevabilité contenir l'exposé sommaire des faits et des moyens, l'énoncé des dispositions légales ou des coutumes qui ont été violées ainsi que les coutumes formulées* ». Au regard de ces textes, la coutume est véritablement source de droit à Madagascar et tient une place importante. Bien que diverses et variées, selon les ethnies, selon les régions, les règles coutumières malgaches se caractérisent par un socle commun : la répétition, l'attachement de la population

---

<sup>1</sup> A. RAMANGASOAVINA, *Rapport de synthèse sur l'état des personnes*, Tananarive 1962, p. 1

<sup>2</sup> P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches n°1*, 1963, p. 92.

<sup>3</sup> Ordonnance n°62-041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions générales de droit interne et de droit international privé (J.O 28 septembre 1962, n°244, p. 1989).

<sup>4</sup> Article 11 de l'Ordonnance n°62-041.

<sup>5</sup> Loi Organique n°2004-036 du 1<sup>er</sup> octobre 2004 relative à l'organisation, aux attributions, au fonctionnement et à la procédure applicable devant la Cour Suprême et les trois cours la composant (J.O n°2939 du 8 novembre 2004).

et la transmission de génération en génération<sup>6</sup>. A ce titre, elles ont intégré les « habitudes » de la population.

Cependant, l'utilisation du mot « habitude » dans les textes de lois malgaches<sup>7</sup> peut dérouter dans la mesure où le terme malgache « *fahazarana* »<sup>8</sup> désigne invariablement dans les textes de lois « l'habitude » et « l'ordinaire »<sup>9</sup>. C'est ainsi que la définition issue du Dictionnaire de l'Académie Française<sup>10</sup> qui identifie l'habitude comme « *une coutume, disposition acquise par des actes réitérés* », se rapproche plus des coutumes, considérées comme « habitudes », et qui ont des influences sur le droit.

Les coutumes sont clairement à distinguer des usages : le terme « usages » est traduit par « *fomba amam-panao* »<sup>11</sup> ; quant au mot « coutumes », il ne prête guère à confusion, il est traduit par « *fomban-drazana* »<sup>12</sup> ou plus simplement les coutumes héritées des ancêtres, perpétuées encore aujourd'hui, ce que Annie ROUHETTE définit comme « *un usage que les Ancêtres et le respect des Ancêtres ont modelé et rendu obligatoire* »<sup>13</sup>. En effet, dans la coutume malgache traditionnelle, comme dans toutes les sociétés où le culte des ancêtres a sa place éminente, l'ensemble des règles sociales est l'héritage des ancêtres. Dans l'histoire du droit malgache, le code des 305 articles<sup>14</sup> fait référence aux lois et coutumes anciennes qui sont des règles orales constituées des *lalànavelona* (lois vivantes) et des *fomban-drazana* (coutume des ancêtres) »<sup>15</sup> – ce qui correspond au *mos majorum*.

La coutume, entendue comme habitude ou comme « *un droit qui s'est constitué par l'habitude* » pour reprendre les termes du Doyen Jean CARBONNIER, est ainsi complètement intégrée dans les lois malgaches, entre

---

<sup>6</sup> À ce propos, A. RAMANGASOAVINA, « Du droit coutumier aux codes modernes malgaches », *Recueil Penant* 1962, pp. 327-347, spéc. p. 338.

<sup>7</sup> Depuis le 17 juin 1972, date de parution du *Journal Officiel* n°841, les textes législatifs et réglementaires sont publiés en version bilingue malgache et française. Avant l'indépendance et au lendemain de l'indépendance, les textes législatifs et réglementaires publiés au *Journal Officiel* l'étaient exclusivement en version française. L'article 4 de la Constitution malgache de 2010 dispose en outre que « *Les langues officielles sont le malagasy et le français* ».

<sup>8</sup> Qui est la traduction littérale du terme « habitude ».

<sup>9</sup> Ainsi, dans les textes qui font référence à la « résidence habituelle », la traduction adoptée est « *toeram-ponenanamahazatra* », le même mot est utilisé dans le cadre d'une procédure judiciaire pour traduire « la forme ordinaire » en « *amin'nyfombamahazatra* ».

<sup>10</sup> Dictionnaire de l'Académie Française, t.2, Fayard, 9<sup>e</sup> éd°, 2005.

<sup>11</sup> Trad. libre : les manières de faire.

<sup>12</sup> Trad. libre : les manières de faire des ancêtres.

<sup>13</sup> A. ROUHETTE, « Le rôle des coutumes dans le droit des personnes », *Annales Malgaches*, n°2, éd° Cujas, 1965, p 35 et s.

<sup>14</sup> Le Code des 305 articles avait été promulgué en 1881.

<sup>15</sup> Cf H. DESCHAMPS, « Les fondements religieux du droit quotidien malgache », *Études de droit africain*, p. 19-25, spéc. p19.

autres pour ce qui touche le droit civil<sup>16</sup> ; elle contribue à la formation des normes et est source d'inspiration du juge en cas de silence, insuffisance ou obscurité de la loi (I). En même temps, elle peut parfois être contraire à la loi tout en étant vivace et dans ce cas elle ne permet pas une application effective des lois et tend même vers une régression du droit (II).

## I.- Quand les coutumes contribuent à la formation des normes et sont sources d'inspiration du juge

En 1960, la Commission de rédaction du Code Civil malgache qui était « chargée (...) de donner à la jeune République un droit conforme à ses réalités sociologiques »<sup>17</sup> avait pour rôle de « (...) faire un texte authentiquement malgache tenant compte dans la plus large mesure des coutumes constamment suivies et de l'esprit qui anime les institutions traditionnelles (sans) figer ou cristalliser les coutumes mais doter le peuple malgache de lois modernes lui offrant de larges possibilités d'évolution sans rompre brutalement avec ses traditions »<sup>18</sup>. Cette intégration des coutumes dans le cadre de l'œuvre législative est palpable. Elle s'est manifestée notamment à travers différents textes et différentes institutions qui touchent le droit de la famille<sup>19</sup>, à l'image de l'intégration du mariage coutumier dans le cadre du mariage civil (A) ou encore de la consécration légale de la coutume du « *Misintaka* » (B).

---

<sup>16</sup> R. RATIARAY, « La codification : l'expérience malgache », Actes du Colloque « la codification dans les pays de l'océan Indien », Faculté de droit et d'économie de la réunion 6 et 7 octobre 2003, *Revue Juridique de l'Océan Indien*, n°4, 2003-2004, p. 95-114 précise « tout ce qui pouvait concerner l'état des personnes et le droit de la famille devait être en accord et en harmonie avec les faits sociaux et politiques malgaches ; et tout ce qui relevait de l'économie pouvait ou même devait s'inspirer, voire se calquer sur les systèmes juridiques extérieurs et internationaux », spéc. p. 99.

<sup>17</sup> R. RATIARAYRATIARAY, *ibid.*, p. 103.

<sup>18</sup> cf de manière générale l'exposé des motifs de la loi sur le mariage et sur les actes d'état civil de 1963.

<sup>19</sup> Il n'est pas inutile de souligner que les coutumes intégrées dans le droit positif malgache ne se limitent pas à celles qui touchent l'état des personnes. Ainsi, en matière de droit de propriété, on peut citer « le délit du heriny », cf Cour suprême de Madagascar, décision n°27 du 26 mars 2013, *Jaomahefa et consorts c/ Héritiers du feu Tsitambanana* ou encore « le contrat de *fehivava* », à ce propos R. RATIARAYRATIARAY, « Du *fehivava* (contribution à l'étude du droit malgache des sûretés réelles) », Regards sur le droit malgache, *Mélanges en l'honneur du professeur Alisaona RAHARINARIVONIRINA*, éd. L'Harmattan et Jurid'ika, 2010, p. 317-378 et note sous Cour Suprême de Madagascar, *Razanamanantsoa c/Lai fongKoai*, 7 novembre 2008, n°456/OO-CO in *Jugements commentés du Tribunal de commerce*, année 2008, Tome I, éd. Jurid'ika, 2011, p. 9-14.

## **A.– L'intégration du mariage coutumier dans le cadre du mariage civil ou la volonté de transformer le mariage coutumier en mariage légal**

Les différentes ethnies de Madagascar connaissent toutes le mariage coutumier ou mariage célébré suivant les traditions. Même si ce mariage présente diverses formes selon les ethnies, il y a un dénominateur commun : la place importante accordée à la bénédiction donnée par l'aîné du groupe familial au cours des cérémonies traditionnelles. Dans la société malgache, « *l'autorité première est reconnue aux défunts, aux ancêtres morts, dans le monde des vivants elle l'est au plus âgé (...). L'aïeule ou l'aïeul est (...) l'intermédiaire tout désigné pour exprimer avec le maximum d'authenticité la volonté des ancêtres* »<sup>20</sup>. De ce fait, l'intervention d'une quelconque autorité étatique est considérée comme inutile au cours de ces cérémonies traditionnelles ; seule compte la bénédiction de l'aîné, gardien des traditions. Pierre CHEVALLIER explique d'ailleurs que tous les actes importants, dont le mariage, ne peut être conclu sans l'autorisation directe ou indirecte du patriarche qui est le plus ancien du groupe<sup>21</sup>.

Dans la démarche de codification ayant abouti à l'Ordonnance de 1962 sur le mariage<sup>22</sup>, le législateur malgache a permis que le mariage coutumier, devenu dans les textes « *le mariage célébré suivant les traditions* », puisse être considéré comme le mariage civil s'il est suivi d'enregistrement à l'état civil<sup>23</sup>. Le fait même que le législateur de 1962 ait intégré dans l'Ordonnance relative au mariage « *le mariage suivant les traditions* », en permettant qu'on puisse lui conférer le caractère d'union matrimoniale légale, démontre à quel point le législateur, tout en reconnaissant l'importance du mariage coutumier, souhaite néanmoins le faire entrer dans un cadre légal avec les conséquences juridiques s'il est suivi d'enregistrement.

En 2007, lors de la réforme de la loi sur le mariage<sup>24</sup>, le législateur est allé plus loin en manifestant une volonté d'avoir la « mainmise » sur le mariage

<sup>20</sup> P. CHEVALLIER : « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches* n°1, 1963, p. 100.

<sup>21</sup> P. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 103.

<sup>22</sup> Ordonnance n°62-089 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 relative au mariage (*J.O n°250 du 19 octobre 1962, p. 2366*).

<sup>23</sup> Article 2 alinéa 2 de l'Ordonnance n°62-089 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 relative au mariage : « *Il y a mariage lorsqu'un homme et une femme ayant accompli les cérémonies traditionnelles constitutives d'une union permanente entre eux, cette union a été enregistrée à l'état civil* ».

<sup>24</sup> La réforme de la loi sur le mariage en 2007 avait pour objectif de mettre en conformité la législation malgache avec la Convention sur l'Élimination des Discriminations à l'Égard des Femmes (CEDEF) du 18 décembre 1979 ratifiée par Madagascar le 17 mars 1989, notamment l'article 16 de la CEDEF qui dispose que l'homme et la femme doivent avoir les mêmes droits, les mêmes obligations et les mêmes responsabilités au sein du ménage alors que des dispositions de l'Ordonnance de 1962 relative au mariage étaient clairement discriminatoires. A ce propos notre article sur « Conventions internationales et réalités malagasy dans la loi n°2007-022 relative au

célébré suivant les traditions. La loi 2007-022<sup>25</sup> impose désormais, durant les cérémonies traditionnelles, la présence du Chef de Fokontany<sup>26</sup>, autorité administrative de proximité sous l'égide du maire de la commune, qui a pour rôle non seulement de vérifier le respect des dispositions légales<sup>27</sup> mais qui dresse également le procès-verbal<sup>28</sup> en vue de l'enregistrement du mariage célébré suivant les traditions auprès de l'Officier d'état civil compétent<sup>29</sup>. A travers cette disposition, la détermination du législateur de tenter de faire entrer le mariage célébré suivant les traditions dans un cadre légal est patente puisque la présence de l'autorité administrative permet d'avoir l'assurance que les cérémonies traditionnelles ne soient pas contraires à l'ordre public, la présence du Chef de Fokontany permettant de vérifier le respect des dispositions légales même au cours de cérémonies traditionnelles.

Parmi ces dispositions légales figurent l'âge matrimonial mais aussi l'interdiction de la bigamie<sup>30</sup>. En effet, instituée officiellement et règlementée sous le règne du roi Andrianampoinimerina (1787 à 1810)<sup>31</sup>, la polygamie a été interdite à partir de 1878<sup>32</sup>. Henri RAHARIJAONA explique que la polygamie a été longtemps pratiquée et a disparu progressivement dans les régions qui ont subi

---

mariage » in « Regards sur le droit malgache », *Mélanges en l'honneur du Professeur Alisaona Raharinarivonirina*, éd. L'Harmattan et Jurid'ika, 2010, p. 51-71.

<sup>25</sup> Loi 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux (*J.O n°3163 du 28 janvier 2008, p. 131*).

<sup>26</sup> Article 30 de la Loi 2007-020 : « *L'accomplissement des cérémonies traditionnelles est constaté par le Chef du Fokontany qui se déplace sur les lieux, au jour et à l'heure convenu à l'avance avec les familles. A l'issue des cérémonies, le déroulement des cérémonies est constaté par procès-verbal* ».

<sup>27</sup> Article 29 alinéa 2 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux : « *Avant de constater l'accomplissement des cérémonies traditionnelles, le Chef de Fokontany doit rappeler aux futurs époux que la bigamie est interdite et est punie par la loi* ».

<sup>28</sup> Article 30 alinéa 2 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux : « *A l'issue des cérémonies (traditionnelles), le déroulement des cérémonies est constaté par procès-verbal* ».

<sup>29</sup> L'article 31 de la Loi n°2007-022 indique le contenu du Procès-Verbal. L'article 33 de la Loi n°2007-022 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux dispose : « *Le Chef du Fokontany doit dans un délai de 12 jours et sous peine prévues à l'article 473 du Code Pénal, remettre un exemplaire (du procès-verbal) à l'Officier d'état civil compétent. Celui-ci dresse immédiatement l'acte de mariage au vu du procès-verbal et des pièces à lui remises* ».

<sup>30</sup> L'interdiction de la bigamie était déjà énoncée à l'article 7 de l'Ordonnance n°62-089 : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » et rappelée à l'article 5 al. 1<sup>er</sup> de la loi 2007-022 qui dispose que « *La bigamie est interdite* ».

<sup>31</sup> Cf G. JULIEN, *Institutions politiques et sociales de Madagascar*, Paris 1908, p. 1.

<sup>32</sup> A travers l'article 38 des Instructions au Sakaizambohitra. Cette interdiction a été réaffirmée à l'article 50 du Code des 305 articles du 29 mars 1881 : « *la polygamie n'est pas tolérée dans le royaume ; ceux qui s'y livreront seront punis d'une amende de deux bœufs et de dix piastres. S'ils ne peuvent pas payer, ils seront mis en prison à raison d'un sikajy (0,60 centimes) par jour, jusqu'au complet paiement* » trad. G JULIEN cité in E.P. THEBAULT, *Code des 305 articles*, Institut des Hautes Etudes de Tananarive, Imprimerie officielle, 1960, 12.

l'influence du christianisme. Cependant des formes résiduelles de la polygamie continuent d'exister<sup>33</sup> (des formes encore pratiquées par certaines ethnies dans certaines régions de Madagascar)<sup>34</sup>. C'est principalement dans le cadre des mariages célébrés suivant les traditions ou mariages coutumiers que l'on retrouve la survivance de cette pratique<sup>35</sup>. Lorsque le législateur reconnaît depuis 1962 le mariage célébré suivant les traditions et précise la nécessité de l'enregistrement qui doit suivre ce mariage pour lui donner une valeur légale et que désormais depuis 2007 il « impose » la présence du Chef Fokontany, l'objectif coule de source : permettre le respect des normes légales parmi lesquelles figure l'interdiction de la bigamie énoncée clairement dans les textes<sup>36</sup>. Finalement, le but n'est pas tant de faciliter la tâche des couples – en ce sens où ces derniers n'auront pas à se déplacer auprès d'une mairie pour enregistrer leur mariage – mais plutôt de se servir de la reconnaissance des coutumes, pousser à l'enregistrement de ce mariage par le biais de la présence du Chef Fokontany et permettre ainsi le contrôle du respect des lois en empêchant la survivance des coutumes *contra legem*. Sans arriver à l'application *stricto sensu* des règles interdisant la polygamie<sup>37</sup>, le législateur se sert de l'intégration des mariages traditionnels dans les textes en l'encadrant au mieux et en arrive à « imposer » ce qui est de droit positif.

### **B.– Le *misintaka* : d'une définition jurisprudentielle vers une consécration légale**

Selon un proverbe malgache, « *le mariage est un nœud coulant plutôt qu'un nœud définitif* »<sup>38</sup>. Cela suppose que les époux peuvent envisager une suspension temporaire et provisoire de l'obligation de communauté de vie sous certaines conditions et à travers le « *misintaka* », institution coutumière connue et reconnue dans toutes les Régions de Madagascar et par tous les groupes ethniques malgaches<sup>39</sup> au bénéfice de la femme. Dans la coutume malgache, au moment du mariage, c'est la femme qui doit suivre son mari : « *Le mari ne suit pratiquement jamais sa femme, on ne voit pas de mari abandonner son village pour celui de sa*

---

<sup>33</sup> H. RAHARIJAONA, « La femme, la société et le droit malgache », *Annales de l'Université de Madagascar*, n°4, 1967, éd° Société Nouvelle de l'Imprimerie Centrale, pp. 1-23, spéc. p.8.

<sup>34</sup> Bulletin d'information sur la Population de Madagascar : « Femmes, hommes et mariages à Madagascar », numéro 4, avril 2005.

<sup>35</sup> Ministère de la Population et FNUAP : *Recherche et Étude dans le Sud et le Sud-est sur la violence et les pratiques discriminatoires envers les femmes et les enfants*, Juin 2006, p. 37.

<sup>36</sup> Article 7 de l'Ordonnance n°62-089 relative au mariage.

<sup>37</sup> En effet, pour que ces règles trouvent à s'appliquer, encore faut-il que le couple se marie légalement.

<sup>38</sup> Trad. Libre de « Ny fanambadiana tsy nafehy fa nahandrotra ».

<sup>39</sup> Cf H. RAHARIJAONA : « La femme, la société et le droit malgache », *Annales Malgaches* n°4, p 20 et s. qui rappelle d'ailleurs que ce droit était auparavant réservé à la femme de statut traditionnel mais a ensuite été étendu à l'ensemble des femmes malgaches.

femme »<sup>40</sup>. Cette coutume trouve écho dans l'Ordonnance sur le nom, le domicile et l'absence<sup>41</sup> qui dispose en son article 8 que « *la femme mariée n'a d'autre domicile que celui de son mari, sauf si elle est légalement et judiciairement autorisée à résider séparément* ». Dans une telle configuration, en cas de mésentente au sein du couple et plus particulièrement en cas de faute commise par le mari, l'épouse a le droit d'exercer le *misintaka* et donc de suspendre provisoirement la communauté de vie en attendant les démarches du mari, pendant un certain délai, pour la faire revenir au domicile conjugal. Le *misintaka* est à distinguer du divorce, « (...) *La femme reste celle du mari et doit observer une conduite irréprochable jusqu'au moment où le mari la rappelle (...). Les biens ne sont pas partagés, parce qu'il n'y a pas encore de rupture définitive, même si les époux vivent séparés* »<sup>42</sup>. L'idée même du *misintaka* s'éloigne de la rupture définitive du lien conjugal.

Si le *misintaka* est connu dans toutes les régions de Madagascar, ce sont les juges, dans leur œuvre jurisprudentielle en 1960, qui ont donné pour la première fois une définition du « *misintaka* » comme « *une faculté donnée à l'épouse, malheureuse en ménage, et qui sans avoir à se reprocher la moindre faute peut au contraire invoquer des griefs à l'encontre de son mari, de se retirer chez ses parents pour mettre fin momentanément à une existence douloureuse, dans l'attente du retour à de meilleurs sentiments d'un mari repentant* »<sup>43</sup>. En 1964, un arrêt de la cour de cassation définit le « *misintaka* » comme « *le droit reconnu par la coutume malgache à l'épouse, (...) (de) quitter le domicile conjugal pour se retirer dans sa famille, en attendant les démarches du fampodiana, (du) mari repentant, (qui) (va) la chercher pour la ramener au foyer* »<sup>44</sup>. Sur plusieurs années, c'est cette définition jurisprudentielle qui a eu cours dans toutes les

---

<sup>40</sup> M. THEBAULT., *Traité de droit civil malgache*, Paris 1951, fasc.I, p. 93 ; G. RABENORO, « La position de la femme dans le droit coutumier malgache », Université de Madagascar. Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Cahiers du Centre d'Etudes des Coutumes, IV, 1967, éd. Société Nouvelle de l'Imprimerie Centrale pp. 45 – 84, spéc. p. 60.

<sup>41</sup> Ordonnance n°62-003 du 24 juillet 1962 sur le nom, le domicile et l'absence (*J.O n°235 du 4 août 1962, p. 1527*), modifiée par la Loi n°90-012 du 18 juillet 1990 (*J.O n°2008 du 23 juillet 1990, p. 1294*).

<sup>42</sup> « L'union conjugale en Imerina », *Cahiers du centre d'études des coutumes*, vol. IX, 1972, p.7-32, spéc. p. 21.

<sup>43</sup> Arrêt de la Cour d'Appel de Tananarive n°171 du 28 avril 1960, Arrêt également cité par H. RAHARIJAONA et N. RATSIRAHONANA : « Le droit malagasy de la famille. Bilan-Perspectives », *Penant* n°722, p. 447.

<sup>44</sup> Définition issue de la jurisprudence cf Cass. Malg., 14 avril 1964, aff.*Rafanoharana c/ Dame Razafindrafara*, arrêt n°30.

affaires relatives au « *misintaka* »<sup>45</sup> et au « *fampodiana* »<sup>46</sup> sans aucune consécration légale. En effet, ni l'Ordonnance de 1962 qui en son article 55 énonce que « *Néanmoins, pour des motifs graves, la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal, dans les formes et conditions prévues par la coutume* », ni la loi de 1990<sup>47</sup> qui reprend le même article, n'ont utilisé le terme « *misintaka* ». Ce n'est que lors de la réforme du texte sur le mariage en 2007 que le législateur a intégré expressément dans la loi le terme de « *misintaka* » en le réglementant clairement. L'article 51 de la loi 2007-022 rappelle ainsi la possibilité pour la femme de quitter temporairement le domicile conjugal. Des précisions légales (et plus seulement coutumières) sont apportées quant à son exercice<sup>48</sup>. Le législateur de 2007 spécifie que la jouissance du droit de *misintaka* est accordée à la femme lorsque le mari a gravement manqué aux obligations et devoirs résultant du mariage<sup>49</sup>. Il précise également pour la première fois où la femme doit résider durant le « *misintaka* » ainsi que la durée légale de celui-ci<sup>50</sup>, ce qui n'était pas le cas avant la réforme de 2007 et qui a pu donner lieu à des litiges portant sur l'exercice abusif du droit de *misintaka*<sup>51</sup>. La démarche du *fampodiana* est également consacrée dans la loi de 2007 qui dispose en son article 52 alinéa 3 que « *Avant l'expiration de ce délai (de deux mois), le mari a l'obligation de procéder au Fampodiana accompagné de ses parents ou de proches parents ou à défaut de notables* », ce qui n'empêche pas que la femme puisse réintégrer le domicile conjugal de son plein gré<sup>52</sup>. C'est donc la jurisprudence qui a tenu compte d'une coutume parfaitement bien établie, en la définissant, laquelle définition a été reprise par le législateur qui a intégré sans équivoque la coutume du *misintaka* en la réglementant dans la loi 2007-022

---

<sup>45</sup> A titre d'exemple : Cour Suprême Madagascar 14 mai 2013, décision n°37, *Razafindrabe c/Rasoarimalala* ; Cour de cassation Madagascar, 15 septembre 2003, décision n° 237, *Radida c/ Ranaivo*.

<sup>46</sup> Le *fampodiana* étant la démarche coutumière à travers laquelle le mari, accompagné de sa famille, fait la démarche de faire revenir son épouse sous le toit conjugal.

<sup>47</sup> La loi n°90-013 du 20 juillet 1990 modifiant certaines dispositions de l'Ordonnance n°62-089 du 1<sup>er</sup> octobre 1962 relative au mariage (*J.O. n° 2008 édition spéciale du 23 juillet 1990, p.1295*).

<sup>48</sup> Article 51 de la Loi 2007-022 : « *Néanmoins, pour des motifs graves, la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal dans les formes et conditions prévues par les articles 52 et suivants* ».

<sup>49</sup> Article 52 alinéa 1er de la Loi 2007-022.

<sup>50</sup> Article 52 alinéa 2 de la Loi 2007-022 : « *A cet effet, elle doit résider chez ses parents ou ses proches parents, à défaut, dans un centre d'accueil pour victimes de violences ou toute autre personne de bonne moralité pour une durée qui ne peut excéder deux (2) mois* ».

<sup>51</sup> Dans son *Traité de droit civil malgache moderne, tome 1, fascicule 2, Mariage et divorce*, Librairie de Madagascar, 1964, dans la partie sur les conditions du *misintaka*, E.P. THEBAULT explique que « *la femme peut quitter temporairement le domicile conjugal mais elle ne peut résider n'importe où. Elle doit aller habiter dans sa famille, et ne pas vivre seule chez n'importe qui, ou mener une vie errante ; elle doit s'y conduire de façon irréprochable, se souvenir qu'elle n'est pas libre et qu'elle est toujours tenue au devoir de fidélité* ».

<sup>52</sup> Article 52 alinéa 4 de la loi 2007-022.

relative au mariage et aux régimes matrimoniaux et en soulignant que le *misintaka* ne signifie pas divorce et que « *les obligations des époux sont maintenues pendant la période de misintaka* »<sup>53</sup>.

## **II.- Quand les coutumes rendent difficile l'application des lois et empêchent l'évolution des droits**

Si le principe énoncé dans l'Ordonnance de 1962<sup>54</sup> est que « *les coutumes et traditions des parties en cause (peuvent être prises en compte), à condition que ces coutumes et traditions soient certaines, parfaitement établies et ne heurtent en rien l'ordre public et les bonnes mœurs* »<sup>55</sup>, force est de constater qu'il est des habitudes ou coutumes qui sont contraires à la loi mais tellement ancrées qu'elles semblent pouvoir faire plier la loi. La question des tombeaux ancestraux (A) et celle du « tabou » frappant les enfants jumeaux de Mananjary (B) constituent des exemples particulièrement frappants.

### **A.- La question des tombeaux ancestraux ou quand la loi cède face à la coutume**

Même si les coutumes peuvent différer d'une ethnie à une autre et d'une région à une autre, il est un point auquel tous les malgaches accordent une attention considérable : le « *tanindrazana* »<sup>56</sup>, là où se trouve le tombeau familial<sup>57</sup>, lien de rattachement fondamental de la grande famille<sup>58</sup>. Pierre CHEVALLIER met en exergue dans son *Introduction au droit coutumier*

---

<sup>53</sup> Article 53 de la loi 2007-022.

<sup>54</sup> Ordonnance 62-041 du 19 décembre 1962.

<sup>55</sup> Article 11 de l'ordonnance 62-041 du 19 décembre 1962.

<sup>56</sup> Trad. Libre « la terre des ancêtres ». Selon C. FOURNET-GUERIN, « *le terme tanindrazana désigne tout d'abord le tombeau familial en lui-même, il désigne aussi la patrie qui peut être le village familial, il désigne enfin le pays tout entier à la fois dans le sens de patrie et dans une acception sacrée* », in « Tombeaux et cimetière à Tananarive, Madagascar : Enjeux de la patrimonialisation et clivages citadins ». *Patrimoine, politiques et ethnicité dans l'aire indianocéanique*, Neuvièmes Rencontres Patrimoniales de Périgueux, Presses Universitaires de Bordeaux, p. 75-93, 2014.

<sup>57</sup> Un poète malgache et professeur, E. RAJAONARISON (1951-2010) avait dit « *Quand vous demandez à un Malgache d'où il vient, il ne vous répond jamais où il est né ni où il vit, mais où il sera enterré, c'est-à-dire où il va* », cité par C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.* Le terme « tombeau familial » renvoie en réalité ici à un lieu, un endroit où se trouve un seul tombeau ou plusieurs tombes des personnes de la même famille selon les coutumes de chaque ethnie.

<sup>58</sup> A. RAMANGASOAVINA, « Du droit coutumier aux codes modernes malgaches », *Recueil Penant*, 1962, p. 342.

*malgache*<sup>59</sup> non seulement la place des aïeux mais aussi et surtout l'importance du culte des ancêtres pour les malgaches, culte qui n'a de cesse de « *surprendre l'étranger* » aussi bien quant à l'attachement à la construction des tombeaux qu'aux règles qui président à l'ensevelissement<sup>60</sup>. Le tombeau familial n'est pas que la demeure des morts ; il est le lieu où se retrouvent les morts issus d'une même famille et qui ont vécu ensemble<sup>61</sup>. C'est ainsi que dans certains endroits et particulièrement sur les hauts plateaux à Madagascar, les tombeaux étaient situés à proximité des habitations et parfois même dans une même enceinte<sup>62</sup>.

L'administration coloniale a pris un arrêté en 1927<sup>63</sup> portant règlement des mesures de police sanitaires à Madagascar qui, pour des motifs hygiéniques, prévoit qu'aucune inhumation ne peut être autorisée en dehors des cimetières<sup>64</sup> et qu'à cet effet des cimetières devaient être prévus dans toutes les villes, communes et villages<sup>65</sup> et que dans une partie de ces terrains réservés, des tombeaux de famille pourraient être construits<sup>66</sup>, ce qui correspond aux cimetières français dans lesquels tombes et caveaux familiaux se côtoient.

Logiquement, à partir de cette époque, les tombeaux ne devaient plus être édifiés que dans les cimetières. Toutefois, cet arrêté « *venait à l'encontre d'une coutume bien établie selon laquelle toute famille avait le droit d'ériger un tombeau sur un terrain lui appartenant* »<sup>67</sup>. C'est ainsi que « *Chacun a continué de construire le tombeau de sa famille quand et là où il pouvait. Le texte est resté inappliqué. La coutume a été plus forte que le texte écrit* »<sup>68</sup>. L'obligation d'ériger des cimetières dans les villes, communes et villages n'a pas été suivie d'effet ; tout au plus on trouve des cimetières dans les grandes villes et dans certaines communes. Le fait que le mot cimetière soit traduit en malgache par deux expressions « *fasam-bazaha* » (qui) désigne littéralement « le tombeau des Blancs » ou « *fasam-bahiny* » (qui) signifie « le tombeau de l'étranger » c'est-à-dire celui qui n'a pas de tombeau (dans la ville ou la commune) » est suffisamment

---

<sup>59</sup> P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier malgache », *Annales Malgaches* n°1, 1963, p. 81-109.

<sup>60</sup> P. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 96.

<sup>61</sup> Le proverbe malgache « *Velonairaytrano, matyirayfasana* » (trad. libre « Vivant, on vit dans la même maison ; quand on meurt on est enterré dans le même tombeau ») illustre cette place du tombeau familial, si bien que rien n'est pire pour un malgache que de ne pas pouvoir être enterré au tombeau familial. Ce qui explique également le phénomène courant de faire rapatrier le corps jusqu'au tombeau familial en cas de décès à l'étranger.

<sup>62</sup> C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.*, p. 2.

<sup>63</sup> Arrêté du 15 novembre 1927 modifié par l'arrêté du 14 octobre 1933.

<sup>64</sup> Article 50 de l'arrêté.

<sup>65</sup> Article 51 de l'arrêté.

<sup>66</sup> Article 52 de l'arrêté.

<sup>67</sup> Cf conclusions Mr A. Rousseau dans l'arrêt *Ranaivo Paul c/ Etat malgache* n°29/64 du 16 janvier 1965.

<sup>68</sup> Conclusions de M. Rousseau.

significatif<sup>69</sup>. Le tombeau reste « *le fasan-drazana* »<sup>70</sup> érigé sur le « *tanindrazana* »<sup>71</sup>, si bien que même dans les villes où il y a des cimetières, les inhumations continuent d'être pratiquées sur des terrains privés.

Dans l'arrêt *Ranaivo Paul c/ Etat malgache*<sup>72</sup>, un arrêt qui fait date, la Chambre administrative avait eu à trancher une question sensible de coexistence de coutume contraire à la loi et du droit écrit. Le commissaire de la loi de l'époque avait déclaré dans ses conclusions que « *droit écrit et coutume (se trouvent) en conflit* »<sup>73</sup> et que dans l'affaire en question « *(il faut) en tirer les conséquences juridiques, la coutume a force de loi, c'est elle qui dit le droit* »<sup>74</sup>. La Chambre administrative, dans un considérant qui peut dérouter, a déclaré que « (...) ces dispositions (celles de l'arrêté de 1927) n'ont reçu aucune application tant durant la période coloniale postérieure à 1927 que depuis l'indépendance nationale, qu'elles doivent être considérées comme étant restées lettres mortes sur l'ensemble du territoire malgache, à l'exception toutefois des grands centres urbains (...) (que la décision prise) était conforme à une coutume générale ayant force de loi à Madagascar (...) ». La coutume, bien que contraire à la loi s'est substituée à cette dernière, « *la coutume a acquis force de loi* »<sup>75</sup>.

Même lorsque la coutume heurte l'ordre public, et même si logiquement le souci de l'ordre public doit prendre le dessus par rapport à la coutume, il arrive qu'il cède face à des habitudes, tellement bien ancrées, que la loi peine à être appliquée. Ainsi, au dernier trimestre de l'année 2017, quand Madagascar a fait face à une épidémie de peste, l'attachement que les malgaches vouent aux ancêtres et le souci d'enterrer les morts dans le tombeau familial ont été plus forts que la question de santé publique. Le ministre de la santé de l'époque avait expliqué que « *ce qui a fait mal à la population c'était le fait que pour cause de peste les familles ne pouvaient pas respecter les us et coutumes relatifs à l'enterrement et ne pouvaient pas enterrer leur défunt au tombeau familial, ce qui est inconcevable dans la culture malgache* »<sup>76</sup>. La tension était telle que finalement, le Ministère

<sup>69</sup> C. FOURNET-GUERIN, *op.cit.*, p. 5.

<sup>70</sup> Littéralement « Tombeau des ancêtres », ce qui correspond aux caveaux familiaux.

<sup>71</sup> Trad. Litt. de la terre des ancêtres.

<sup>72</sup> *Ranaivo Paul c/ Sous-préfet de Tananarive Banlieue*, Chambre administrative de la Cour Suprême de Madagascar, n°29/64 du 16 janvier 1965, in *Annales de l'Université de Madagascar*, n°2, éd. Cujas, 1965.

<sup>73</sup> Conclusions de M. Rousseau.

<sup>74</sup> Conclusions de M. Rousseau.

<sup>75</sup> J-C. MAESTRE, à propos de cet arrêt de la Chambre Administrative avance que « les deux conditions traditionnellement requises pour qu'il y ait coutume étaient réunies : la permanence et la généralité (*diurturnus usus*), d'une part, le sentiment du caractère obligatoire des usages suivis (*opinionecessitatis*), d'autre part », cf J-C MAESTRE, « Le tombeau malgache et le droit public », *Annales de l'Université de Madagascar*, n°2, éd. Cujas, 1965, p. 149-166, spéc. p. 157.

<sup>76</sup> Cf. Actu Réunion – 25 mars 2018, « A Madagascar, un nouveau protocole pour l'enterrement des pestiférés ».

de la Santé malgache et l'Organisation Mondiale de la Santé ont mis en place une procédure spécifique pour l'enterrement des victimes de la peste permettant aux familles d'enterrer leurs morts de la peste dans le tombeau familial avec le souci d'assurer « *une sécurité sanitaire et le respect des traditions funéraires* »<sup>77</sup>. C'est dire l'importance de préserver la coutume même quand elle n'est plus conforme aux normes sanitaires et donc à des questions d'ordre public : non seulement la loi n'a jamais pu être effectivement appliquée, mais tout a été fait par la suite pour que la coutume soit respectée tout en assurant une sécurité sanitaire. C'est un exemple de la force des habitudes, des coutumes : même si le danger est réel, il est revenu à l'État, qui n'a pas réussi à faire appliquer une loi<sup>78</sup>, de s'adapter et chercher des solutions par rapport à des coutumes qui continuent d'être suivies et qui finalement ont supplanté la loi.

### **B.– La question du « tabou » qui frappe les enfants jumeaux de Mananjary<sup>79</sup> ou quand la coutume bloque l'évolution du droit**

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, « *Chez les Antambahoaka<sup>80</sup> du Sud-Est de l'île, lorsqu'une femme met au monde des jumeaux, la mère et les assistants s'éloignent immédiatement, pour laisser la place à un sorcier qui les étrangle ; la famille rentre ensuite après le départ du sorcier et pleure la mort des enfants (...); les Antambahoaka prétendent que ces enfants ne vivraient pas, deviendraient fous ou attendraient plus tard à la vie de leurs parents* »<sup>81</sup>. Si au début du XX<sup>e</sup> siècle, la pratique était encore l'infanticide des bébés jumeaux de Mananjary<sup>82</sup>, elle a depuis changé de forme. « *La quasi-totalité des mères Antambahoaka accouchent à l'hôpital ou dans le Poste de santé (les Communes rurales) de telle sorte qu'en cas d'accouchement d'enfants jumeaux, elles les laissent aux bons soins de la sage-femme accoucheur (...). A Mananjary, des centres accueillent ces enfants jumeaux (...)* »<sup>83</sup>. Cela constitue toujours un abandon d'enfants et une violation

---

<sup>77</sup> Cf. Actu Réunion – 25 mars 2018, « A Madagascar, un nouveau protocole pour l'enterrement des pestiférés ».

<sup>78</sup> J-C. MAESTRE de pointer du doigt « *la vanité des beaux textes, qui sont conçus in abstracto dans un bureau, mais qui ne plongent pas assez loin leurs racines dans le milieu social auquel ils sont destinés* », J-C MAESTRE *op.cit.*, p. 158.

<sup>79</sup> V. notamment, <http://genderlinks.org.za/classification/themes/la-tradition-des-jumeaux-de-mananjary-madagascar-une-coutume-qui-bafoue-le-genre-2014-10-23>. V. également <http://www.nocomment.mg/fady-kambana-le-tabou-des-jumeaux-> 5 septembre 2018.

<sup>80</sup> Une ethnie du Sud-Est de Madagascar.

<sup>81</sup> G. FERRAND, « Notes sur la région comprise entre les rives Mananjara et Iavibola », Extr. *Bull.Société Géogr.*, Paris, p. 14.

<sup>82</sup> A. VAN GENNEP, *Tabou et totémisme à Madagascar*, Paris, 1904, repris par G. FERNANDES, I. RAKOTO et N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010, p 49.

<sup>83</sup> O. N. PHAN VAN HIEN, *La protection de l'enfant à Madagascar. Accompagner la lutte contre la maltraitance*, éd. Karthala, 2017, p 82-83.

flagrante des droits fondamentaux des enfants. Cet abandon d'enfants chez les *Antambahoaka* tire son origine d'une coutume qui considère la naissance d'enfants jumeaux comme un événement qui sort de l'ordinaire, un événement maléfique porteur de mauvais sorts<sup>84</sup>. G. FERNANDES *et al.* relatent dans leur ouvrage cette forme d'abandon : « *Dès la naissance, les bébés jumeaux sont abandonnés. La mère s'en désintéresse en leur tournant le dos au propre comme au figuré, refusant de les allaiter et de les couvrir de vêtements. Puis, ils sont remis à un centre d'accueil d'enfants abandonnés en cas de naissance en ville. En brousse, ils sont déposés au pied d'un arbre ou aux bords de la route (...). Ils sont donc cédés à quelqu'un d'autre, étant considérés comme morts socialement par leurs parents biologiques. Les jumeaux ne sont pas admis comme membres de la communauté, exclus des cérémonies rituelles du clan* »<sup>85</sup>. Il s'agit d'une coutume *contra legem*, en violation flagrante de plusieurs droits fondamentaux. L'existence de centres d'accueil de ces enfants jumeaux abandonnés<sup>86</sup> ne justifie en rien l'abandon d'enfants qui est en contradiction avec l'interdiction de négligence et de discrimination<sup>87</sup>, le droit à la vie, à la survie et au développement de l'enfant<sup>88</sup>. Elles constituent des infractions d'abandon et de délaissement d'enfant<sup>89</sup> réprimées par le Code pénal.

---

<sup>84</sup> Toutes choses égales par ailleurs, cette croyance rejoint, mais dans un autre sens celle dont sont victimes les enfants albinos dans certains pays d'Afrique. A propos des enfants jumeaux de Mananjary, V. G. FERNANDES, I. RAKOTO et N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010 ; UNICEF-CAPDAM, « Étude sur les jumeaux de Mananjary avec approche droit », décembre 2008, Antananarivo ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE – CAPDAM, « Stratégie de communication contre l'exclusion des enfants jumeaux de Mananjary », décembre 2007, Antananarivo.

<sup>85</sup> G. FERNANDES *et al.*, « Les jumeaux de Mananjary, entre abandon et protection », Unicef 2010, *op.cit.*, p. 49.

<sup>86</sup> Pour ne citer que le CATJA (Centre d'Accueil et de Transit des Jumeaux Abandonnés créé le 27 juillet 1987) et le Centre Médical et Social « Marie-Christelle » de Fanatenane (Fanatenane est une association à vocation humanitaire fondée en France en 1996. Le Centre « Marie Christelle » est un centre d'accueil fondé à Mananjary par B. Bouffet et ouvert en décembre 2000).

<sup>87</sup> Article 2.1 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par Madagascar le 19 mars 1991.

<sup>88</sup> Article 6 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par Madagascar le 19 mars 1991.

<sup>89</sup> Article 349 du Code pénal : « *Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un an à trois ans, et à une amende de 100 000 Ariary à 1 350 000 Ariary* ». L'article 350 du Code pénal : « (...) *la peine sera de deux à cinq ans et l'amende de 100 000 Ariary à 2 700 000 Ariary contre les ascendants ou toutes autres personnes ayant autorité sur l'enfant ou l'incapable, ou en ayant la garde* » et Article 352 du Code pénal : « *Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé en un lieu non solitaire un enfant ou un incapable hors d'état de se protéger eux-mêmes à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de trois mois à un an, et à une amende de 100.000 Ariary à 1.350.000 Ariary. Si les coupables sont*

Devant se rendre à l'évidence face à la frilosité même des autorités judiciaires à appliquer purement et simplement la loi et spécialement le Code pénal face à une coutume encore tenace et suite aux recommandations et interpellations du Comité des nations Unies sur les Droits Humains<sup>90</sup>, la loi 2007-023 portant droits et protection des enfants<sup>91</sup> a été promulguée. Cette loi inclut parmi les formes de maltraitance envers les enfants l'abandon ou la négligence<sup>92</sup> et prévoit une obligation de signalement<sup>93</sup>. La coutume d'abandon d'enfants jumeaux de Mananjary est donc légalement considérée comme une forme de maltraitance envers les enfants depuis 2007. Malgré la promulgation de cette nouvelle loi, la question continue de diviser : certains se prononcent pour une application immédiate de la loi nouvelle, alors que les chefs coutumiers traditionnels de Mananjary avaient déclaré par voie radiotélévisée, juste après la publication de la loi 2007 qu'ils n'abandonneraient pas leur coutume ancestrale. Quand on sait la place importante des chefs traditionnels coutumiers dans la société Antambahoaka de Mananjary, on peut comprendre – sans forcément approuver – l'attitude prudente adoptée par l'institution judiciaire qui « (...) *ne poursuit pas pénalement les parents biologiques qui abandonnent leurs enfants jumeaux ou ceux qui provoquent cet abandon (...) et qui accorde (...) avant tout une importance à la communication, à l'information et à l'éducation des communautés, refusant toute application aveugle de la loi nouvelle* »<sup>94</sup>.

---

*les personnes mentionnées à l'article 350, la peine sera de six mois à deux ans d'emprisonnement, et de 100.000 Ariary à 1.800.000 Ariary d'amende ».*

<sup>90</sup> CCPR/C/SR.2425 et CCPR/C/SR.2427, le Comité dans ses observations a exprimé son inquiétude par rapport au sort des enfants jumeaux « *Tout en prenant note des explications fournies par l'Etat partie à cet égard, le Comité lui demande de prendre des mesures énergiques, adéquates, et contraignantes, pour éradiquer ces pratiques et assurer la préservation des jumeaux dans leur famille, de manière à ce que tout enfant bénéficie de mesures de protection effectives* ».

<sup>91</sup> Loi n°2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection des enfants (*J.O. n°3.163 du 28 janvier 2008, p. 158*).

<sup>92</sup> Art. 67 al.1 de la loi 2007-023 définit la maltraitance comme « *toutes formes de violences, d'atteinte ou de brutalités physiques ou morales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation y compris la violence sexuelle perpétrées sur un enfant par ses parents, ses représentants légaux ou toute autre personne* ».

<sup>93</sup> Article 69 de la loi 2007-023 : « *Toute personne, notamment les parents, les membres de la famille, les voisins, les amis, les autorités locales, les enseignants, les dignitaires religieux, les travailleurs sociaux, le personnel médical, la police judiciaire ayant connaissance d'une maltraitance tentée ou consommée, doit signaler les autorités administratives ou judiciaires compétentes sous peine des sanctions prévues par l'article 62 al.1 du Code Pénal. L'enfant lui-même peut également signaler la maltraitance dont il est victime.*

*En cas de découverte de signe de maltraitance chez un enfant, le personnel médical est tenu de dresser un rapport médico-légal. A cet effet, il n'est pas lié par le secret professionnel ».*

<sup>94</sup> G. FERNANDES, I. RAKOTO, N. RANAIVO RABETOKOTANY, « Les jumeaux de Mananjary. Entre abandon et protection », Unicef, 2010, p. 55.

## Conclusion

La coutume demeure une source vivante du droit, et quand bien même la coutume est contraire à la loi, la loi ne prend pas forcément le dessus. Cette situation ne rend pas simple l'application des lois et un Procureur de la République l'avait bien démontré lors d'un colloque organisé par la Faculté de Droit d'Antananarivo<sup>95</sup>. Ce Procureur avait mis en exergue les incompatibilités des lois pénales, qui sont pourtant d'interprétation stricte, avec les modes de preuve traditionnels qui ont cours dans certaines régions de Madagascar. Il en est ainsi par exemple du « *Fanarahan-dia* », action d'une communauté villageoise – en cas de vol de bovidés - de suivre les traces des zébus volés ainsi que des voleurs. Les personnes qui ne participent pas aux *fanarahan-dia* sont présumées complices des criminels au sein de leur communauté alors que le parquet apprécie les éléments constitutifs de la complicité conformément aux articles 59 et 60 du Code pénal<sup>96</sup>. Même si la coutume est en contradiction avec les dispositions légales, elle « *(répond) aux attentes des (justiciables) (en ce sens où) les parties civiles et les témoins se tournent vers les autorités coutumières qui administrent une justice de proximité. (Parmi les) raisons qui poussent les administrés à recourir à la coutume plutôt qu'aux juridictions judiciaires (figurent) l'incompréhension des règles et termes juridiques modernes rédigés en langue étrangère (et) la méfiance envers un système judiciaire corrompu* »<sup>97</sup>. A cette importance de la coutume vient s'ajouter la place considérable accordée aux autorités coutumières, ces aïeux qui sont les gardiens de la coutume et qui dans le monde des vivants sont les plus à même de représenter la volonté des ancêtres. Dans différentes régions de Madagascar, les litiges se règlent en présence de ces autorités coutumières, constituées des aînés du clan, et considérées comme autorités assurant une juste et rapide réparation des préjudices<sup>98</sup>, contrairement à la justice dont la lenteur est maintes fois dénoncée. Le législateur a pris conscience de cette place de la coutume tout en tenant compte de l'importance de lutter contre les coutumes *contra legem*. On ne peut que saluer les efforts du législateur de faire entrer dans un cadre légal les coutumes même si cela n'aboutit pas forcément au but recherché<sup>99</sup>. Si aujourd'hui, la tendance est d'une part à l'harmonisation des textes malgaches avec les conventions ratifiées et d'autre part à des réformes menées qui

---

<sup>95</sup> S. RAKOTONDRAVELO, « La coutume et l'exercice de l'action publique », *Actes du Colloque « La cohérence en Droit »* (24 et 25 novembre 2015), *Annales Droit-nouvelle série*, n°6, éd Jurid'ika, 2016, pp 41-47.

<sup>96</sup> Cf S. RAKOTONDRAVELO, *op.cit.*, p. 43.

<sup>97</sup> Cf S. RAKOTONDRAVELO, *op.cit.*, p. 44.

<sup>98</sup> *Idem*

<sup>99</sup> Lorsqu'on songe aux mariages célébrés suivant les traditions en présence du Chef Fokontany qui par la suite va dresser le procès-verbal et faciliter l'enregistrement du mariage, l'intégration de cette possibilité dans la loi n'a pas pour autant permis une augmentation du nombre des mariages célébrés suivant les traditions et suivis d'enregistrement.

constituent des conditionnalités des partenaires techniques et financiers<sup>100</sup>, force est d'admettre qu'à Madagascar comme ailleurs, les lois peinent à être appliquées lorsqu'elles ne reçoivent pas l'adhésion de la population et cette adhésion est plus aisée lorsque les lois ne heurtent pas de plein fouet les habitudes : « *Le droit, dit-on alors, est entré dans les mœurs, la loi s'est transformée en coutume et c'est sa réussite* »<sup>101</sup>.

Cela ne signifie pas que les règles coutumières se doivent toujours d'être maintenues. Bien au contraire, les impératifs de l'évolution du droit s'opposent souvent au maintien de certaines règles coutumières tandis que d'autres tombent elles-mêmes en désuétude<sup>102</sup>. Le rôle du législateur est alors de trouver un juste équilibre entre les deux pour que les lois puissent continuer d'exprimer la volonté générale et pour que l'on puisse toujours dire « *qu'on a fait une bonne loi* » et non pas qu'aux yeux des regards extérieurs « *on a fait ce que l'on attendait que l'on fasse...* »<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> À titre d'exemple les récents textes de la Banque Centrale de Madagascar dont le Projet de Loi sur la pension livrée.

<sup>101</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, éd. Flammarion, coll. Champs essais, 2008, p. 104.

<sup>102</sup> P. CHEVALLIER, « Introduction à l'étude du droit coutumier », p. 109

<sup>103</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY, « Les mutations du droit privé à Madagascar », *APOI*, vol XV, p. 83.



# L'habitude dans un contexte de droit mixte : le cas de l'île Maurice

**Varsha MOONEERAM-CHADEE**

*Lecturer/Enseignant-Chercheur,  
Département de Droit, Faculté de Droit et Gestion, Université de Maurice*

## Résumé :

*Système normatif essentiel de toute société civilisée, le droit se fonde dans sa formation sur plusieurs sources : la loi formée par le parlement, la jurisprudence, les usages, les coutumes, la doctrine etc. L'apport de l'habitude dans le droit est trop souvent négligé car « l'habitude est une seconde nature » (Aristote). Elle ne s'envisage pas en tant que telle mais pénètre naturellement le système juridique. Afin de dépasser cette conception d'essence naturaliste, l'étude propose une réflexion sur l'apport de l'habitude dans le système de droit mauricien. L'analyse mène d'abord à établir la place de l'habitude dans un système de droit mixte, ensuite à présenter les habitudes qui ont été générées par ce système juridique singulier en se référant à plusieurs domaines d'application.*

Dans un sens courant, l'habitude se réfère à une manière ordinaire, habituelle d'agir, de penser, de sentir, propre à quelqu'un ou à un groupe de personnes. Elle suppose une aptitude à accomplir avec facilité et sans effort particulier d'attention des actions, acquise par une pratique fréquente, ou par l'exercice, ou par l'expérience. L'usage répété d'une action crée un besoin chez quelqu'un ; il devient une manière de faire, une manière de se comporter créée par une action répétée<sup>1</sup>. L'habitude peut être considéré sous plusieurs angles : social, légal, philosophique...etc.

### **La notion d'habitude en droit**

Dans le contexte légal, l'habitude est étudiée et connue par le prisme de la coutume et de l'usage. Nul ne peut nier la contribution de la coutume au développement du droit, comme source de droit ou comme tremplin pour le développement du droit.

Connue comme étant la plus vieille source de droit, la coutume régit les normes et les comportements dans la société en l'absence d'un droit proprement légiféré. La coutume émerge d'abord comme usage. Quand celui-ci devient suffisamment constant, régulier et se répand dans l'espace et le temps, il évolue pour devenir une coutume. À certaines exceptions près, l'usage n'a pas de force obligatoire. La coutume, elle, comporte deux caractéristiques essentielles pour être reconnue et avoir ainsi la force obligatoire d'une règle de droit. L'élément matériel, connu comme le « *repetitio* », demande à ce que le comportement soit suivi de façon habituelle et que la pratique soit étendue dans le temps et dans l'espace. L'élément psychologique, connu comme l'« *opinio neccessitatis* », résulte de la croyance que la pratique est observée car on se croit dans l'obligation de la suivre tout comme il est obligatoire d'adhérer à une règle de droit<sup>2</sup>.

La coutume, si elle constitue bien une source du système normatif, diffère des autres sources en ce qu'elle n'émane pas de l'État : c'est le consentement populaire qui lui donne sa légitimité. Elle n'est pas imposée *a priori*, mais se développe progressivement en pratique pour s'imposer au cours dans le temps. Elle s'établit par l'habitude. Elle peut suppléer la loi ou la compléter à condition de ne pas s'y opposer.

Malgré tout, la notion de coutume reste litigieuse et sa relation avec le droit est ambiguë<sup>3</sup>. Par ailleurs, la définition associée au concept diffère selon le système juridique envisagé. C'est ainsi que le droit coutumier est perçu différemment dans le droit anglo-saxon et dans le droit français. Pour le premier

---

<sup>1</sup> J. PROUST, *La Force Des Habitudes, Anthropologie philosophique de la notion de sclérose : genèse, emprise, libération*, Éditions Universitaires européennes, 2016.

<sup>2</sup> R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd., p. 32.

<sup>3</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015, n°386, p. 312.

système (anglo-saxon), le droit est l'extension de la coutume : avec le temps, la coutume se métamorphose en droit. Une relation romantique est établie entre le droit et la coutume car le droit représente la cristallisation des coutumes dont la distillation s'effectuera par le judiciaire<sup>4</sup>. Ce système se permet parfois de redéfinir la coutume pour des besoins de clarté et amène les autorités à surveiller la mise en application des coutumes. Pour le second système (français), la loi et la coutume sont vues comme étant contradictoires car la première émerge pour remplacer la seconde, le droit émanant de l'État (positivisme légaliste) et non de la société (positivisme sociologique). La loi ne renverra à la coutume que pour résoudre une difficulté, surtout s'il existe un vide légal.

### **Le Droit mauricien**

L'île Maurice, bien que très proche voisine de l'île de La Réunion<sup>5</sup>, a connu un passé quelque peu différent, ayant été colonie anglaise aussi bien que colonie française. D'un point de vue historique et légal, Maurice s'apparente donc beaucoup plus aux Seychelles.

Un bref rappel du contexte historique de l'île Maurice s'impose ici pour appréhender l'importance que peut tenir l'habitude dans ce système de droit mixte. Découverte au XVI<sup>e</sup> siècle par les arabes, l'île Maurice a été ensuite visitée par les portugais aussi bien que les hollandais qui y sont restés de 1638 à 1710. Après une période de trêve, l'île Maurice est tombée sous l'occupation française de 1715 à 1810 ; une occupation qui se termina après la Bataille de Vieux Grand Port où les anglais gagnèrent et reprirent le territoire aux français. L'île est restée sous le règne anglais jusqu'à son indépendance en Mars 1968. Depuis, l'île s'est forgée une histoire post-indépendance harmonieuse.

Le droit mauricien est imprégné du contexte historique de l'île car les colons français aussi bien que les anglais y ont laissé leurs empreintes. A proprement parler, Maurice n'a pas de droit propre, influencé par un contexte d'ethnie ou de tribu comme les pays africains ou de riche passé historique de plusieurs siècles comme nos colonisateurs. Le droit mauricien est un droit relativement jeune, avec seulement 50 ans d'histoire post-indépendance, auquel incombe la lourde tâche d'unir harmonieusement une population disjointe venue de plusieurs continents apportant avec elle ses traditions, sa culture, son langage, ses coutumes, *etc.*

---

<sup>4</sup> G. SLAPPER, D. KELLY , *The English Legal System*, Cavendish Publications, Routledge, 16<sup>e</sup> éd. 2015, p. 95.

<sup>5</sup> Si proche qu'elles sont même connues comme les « îles sœurs ».

Le droit mauricien est reconnu comme un système hybride, une osmose, un métissage<sup>6</sup> qui a été conçu avec une influence française aussi bien qu'une influence anglaise ; pour ensuite se surpasser et être défini différemment dans la période post-indépendance (post-1968). En 1982, le Chef Juge R. Lallah reconnaissait que le droit mauricien, bien qu'étant en partie français et en partie anglais, s'est développé pour devenir un droit autonome avec sa propre philosophie, sa doctrine, sa jurisprudence<sup>7</sup>. Il est donc reconnu que l'île s'est au fil du temps bâtie un caractère légal distinct modelé par ses antécédents mais aussi par les demandes, les problèmes, les contingences de sa société. Il s'agit d'un véritable droit mixte, c'est à dire indépendant des deux grands systèmes qui l'ont initialement façonné<sup>8</sup>.

### **L'habitude dans un contexte de droit mixte**

Dans ce contexte de droit mixte, il est intéressant de déterminer si l'osmose créée entre une pluralité de systèmes juridiques a constitué un terrain favorable à l'émergence de certaines habitudes locales.

---

<sup>6</sup> R. P. GUNPUTH, « Le rayonnement du Code Napoléon en droit Mauricien », *RJOI*, Numéro spécial « Le rayonnement du droit Français dans le monde », 2005 ; P. R DOMAINGUE, « The historical development of the mixed legal system of Mauritius during the French and British colonial periods », *University of Mauritius Research Journal*, Vol 4, 2002 ; E. VENCHARD, « L'application du droit mixte à l'île Maurice », *Mauritius Law Review*, Vol. 4, 1982, p. 31.

<sup>7</sup> R. LALLAH, « Report of the Committee on the review of legal studies in Mauritius », *Journal of the University of Mauritius*, 1983, p. 162.

<sup>8</sup> R. GARRON, « Le Droit Mixte : Notion et Fonction », in *La Formation du Droit National dans les pays de Droit Mixte : Systèmes Juridiques de Common Law et de Droit Civil*, éd. GRÉCO du CNRS, PUAM, 1989, p. 11. L'auteur observe que « [Le Droit Mixte est] un Droit dont les institutions émanent de systèmes juridiques différents et résultent de l'application cumulative ou de l'interaction de techniques qui appartiennent ou se rattachent à ces systèmes. Il n'est pas suffisant que deux systèmes juridiques différents coexistent dans le territoire d'un seul Etat ; encore faut-il qu'un système agisse sur l'autre, et inversement. Cela est, en effet, nécessaire pour que naisse un véritable Droit Mixte ... Pour qu'il y ait droit nouveau, pour que naisse un droit mixte spécifique, indépendant des deux systèmes juridiques en présence, il faut et il suffit que les différentes institutions en confrontation perdent leur nature propre. A ce moment-là, dans la mesure où ces institutions ne correspondent plus à leurs finalités ou à leurs critères propres (c'est-à-dire à leurs finalités ou critères 'd'origine'), on peut dire alors qu'il y a création d'un droit mixte spécifique et nouveau ... [L]e législateur d'un pays de Droit mixte ne dispose pas de techniques juridiques nationales : il se doit d'utiliser les diverses techniques des deux systèmes juridiques en vigueur, en l'occurrence, pour l'île Maurice, les techniques juridiques françaises et britanniques. Pour accomplir une finalité spécifique et strictement nationale, le législateur est souvent contraint de transformer l'une ou l'autre de ces techniques qui sont des 'instruments' juridiques en les détournant carrément de leurs propres finalités. Par le fait même ce législateur crée un droit national, un droit autonome à partir des institutions appartenant aux deux systèmes juridiques : le droit national ainsi créé, bien que, par hypothèse autonome et spécifique, se caractérise donc par la mixité de ses origines ».

Au terme de la recherche entreprise, il apparaît que peu de coutumes se sont épanouies et généralisées dans l'écosystème légal. Ceci est dû au fait que la société mauricienne est composée de personnes qui sont toutes venues d'ailleurs, chacune amenant avec elle son lot d'usages et de coutumes propres.

L'île n'a jamais connu de populations indigènes qui possèderaient des coutumes locales à respecter. En sus de cela, ceux qui sont venus avec leurs coutumes comme les esclaves ou les travailleurs engagés ont dû faire face à beaucoup de répression et de difficultés d'intégration. Ils n'ont donc pas pu exprimer et affirmer leurs coutumes ouvertement. Si certaines pratiques coutumières peuvent s'observer parfois, beaucoup n'ont pas survécu au temps. D'autres subsistent avec effort de préservation. Il existe, par exemple, la danse folklorique comme le séga ou la langue venant des ancêtres indiens connu comme le bhojpuri qui sont tous deux protégées comme patrimoine mondiale à l'UNESCO et que les générations successives essaient de préserver.

Ainsi, des raisons historiques permettent de mieux expliquer les raisons de l'absence de droit coutumier mauricien. Malgré tout, la doctrine française qui inspire fortement le droit mauricien reconnaît les coutumes *secundum legem*, *praeter legem* et *contra legem*<sup>9</sup>. Le droit mauricien reconnaît deux types de sources : les sources formelles (ex. la Constitution et les lois rédigées et approuvées au Parlement) et les sources matérielles ou historiques (ex. le droit français et le droit anglais), la coutume étant reconnue comme source de droit dans le droit français aussi bien qu'anglais (évidemment, elle est donc reprise comme source de droit dans le contexte mauricien<sup>10</sup>). Dans l'affaire *Nathoo v. Royal Gardens Co Ltd.*<sup>11</sup>, la Cour Suprême mentionne que la coutume ne peut aller à l'encontre de la loi mais insiste sur le fait que la coutume est une source de droit en absence de la loi. Le droit civil mauricien reconnaît alors la place des usages<sup>12</sup> et coutumes<sup>13</sup> dans le droit des contrats<sup>14</sup> aussi bien que dans le droit des biens<sup>15</sup>.

Il est donc intéressant de déterminer quelle est la place de l'habitude en étudiant le contexte historique de droit mixte qui caractérise l'île Maurice (I), pour ensuite présenter les habitudes qui ont été générées par ce système juridique singulier en se référant à plusieurs domaines d'application à l'époque contemporaine (II).

---

<sup>9</sup> F. TERRÉ, *op cit.* no.5.

<sup>10</sup> *Kwan Yen See Hew v. Central Insurance Co. Ltd* (1974) MR 10.

<sup>11</sup> (2012) SCJ 80.

<sup>12</sup> Article 663 du Code civil Mauricien

<sup>13</sup> *Pipon, Adam & Co. v. Chapuy* (1879) MR 104. L'arrêt reconnaît des habitudes et coutumes, surtout dans la sphère du droit du commerce maritime.

<sup>14</sup> Articles 1135, 1159 et 1160 du Code civil Mauricien.

<sup>15</sup> Article 593 du Code Civil Mauricien.

## I.- Le contexte historique

Une analyse des habitudes nées sous l'occupation de l'île s'impose. Sans entreprendre un récit chronologique historique, nous en considérerons toutefois quelques aspects d'abord sous la période française (A) et ensuite sous la période anglaise (B).

### A.- La période Française

Comme dans les territoires outre-mer français, le transfert des règlements et des lois édictées par la métropole, s'est réalisé à l'île Maurice. Il convient d'en relever quelques points marquants tels que la codification, le système judiciaire, la profession légale et le commerce (en particulier, le commerce maritime).

Après la révolution française, les codes établis en France furent aussi transférés sur l'île<sup>16</sup>. Le Code Civil de 1804 fut promulgué en 1805, simultanément à Maurice et à Bourbon. Il devint le Code Napoléon en 1808. Le Code de Procédure Civile fut appliqué en 1808, tandis que le Code de Commerce arriva en 1809. Les deux autres codes, notamment le Code Pénal et le Code d'Instruction Criminelle furent promulgués sous le règne anglais. Le droit civil, le droit pénal et le droit commercial sont largement influencés par le droit français car l'île maintient jusqu'à présent le Code Civil, dont la dénomination de « Code Napoléon » est encore maintenue, de même que le Code Pénal et le Code de Commerce. Cependant, ces codes ont connu des réformes et des amendements<sup>17</sup>, auxquels le Prof. Garron et le *Law Reform Commission* ont largement contribué dans les années 1970 et 2000 pour poursuivre une finalité mauricienne<sup>18</sup>.

Sous l'administration française, certaines cours françaises étaient établies comme le Conseil Provisoire en 1721 avec une compétence civile aussi bien que pénale. Par la suite, en 1723, le Conseil Provincial a agi comme tribunal de première instance avec un droit d'appel au Conseil Supérieur de Bourbon. Il fut appelé « Cour d'Appel » après la Révolution et ses décisions pouvaient même être sujettes à pourvoi auprès de la Cour de Cassation de Paris. Bien qu'il était courant d'établir les cours dans les territoires occupés, des cours établies sous l'occupation

---

<sup>16</sup> P. R. DOMAINGUE, *op cit*, n° 7.

<sup>17</sup> Par ex. : la réforme relative aux mariages civils et religieux. R. VIDE GARRON, « La réforme du Code Napoléon relative aux mariages civils et religieux », n°4, *Mauritius Law Review*, 1982, p. 153 -216, ou la réforme sur les sûretés fixes et flottantes.

<sup>18</sup> « *The reform options to meet the contemporary challenges are being examined in the light of the socio-economic exigencies of our society in the context of globalisation, whilst bearing in mind that our legislature, even though borrowing rules from a variety of material sources, has always pursued 'une finalite mauricienne' thereby developing a distinct corpus of Mauritian Law* », P.R. DOMAINGUE, *Speech for the Visit of Prof. Garron in the context of the Reform of Codes*, 2011.

française, il ne reste presque rien si ce n'est des réminiscences du passé. Donc, le système judiciaire français ne s'est pas ancré dans le contexte mauricien contrairement à la codification car elle a été déracinée sous l'occupation anglaise.

Éventuellement, les habitudes françaises ont perduré dans la profession légale, en particulier pour la branche notariale. En effet, la profession légale à Maurice est classée en trois catégories : les avocats qui traitent les dossiers des clients et représentent ceux-ci devant la cour, les avoués qui s'occupent principalement de la partie administrative d'un dossier mais qui travaillent conjointement avec l'avocat et éventuellement des notaires, qui traitent principalement des affaires de propriété, des biens, de la succession et des libéralités. Cette division de la profession demeure propre à Maurice et ne peut pas être assimilée ni au contexte français ni au contexte anglais car elle représente une mixité des deux. La branche notariale reste très attachée au droit français, puisqu'elle travaille principalement avec un droit d'origine française qui n'a pas de correspondance dans le droit anglais. De ce fait, il est habituel que les notaires mauriciens aient une formation française contrairement aux avocats et avoués.

Enfin, les sociétés commerciales, créées par le droit français existent toujours à Maurice car le droit commercial édicté par le Code de Commerce est toujours applicable en pratique, bien que les entités commerciales préfèrent aujourd'hui être régies par le *Companies Act* de 2001. Le commerce maritime est quant à lui régi par les règles coutumières et retrouve toujours certains repères dans le Code de Commerce, quoique des amendements conséquents furent adoptés.

Ceci dit, la période française demeure une période qui a légué plusieurs habitudes au droit mauricien, liées à la langue, à la procédure, aux pratiques commerciales, *etc.*

## **B.- La période anglaise**

La période anglaise, ayant perduré jusqu'à l'indépendance de l'île en 1968, a eu une influence plus marquante et a donc laissé se pérenniser plus d'habitudes que la période française.

L'article 8 du Traité de Capitulation de 1810, confirmé par le Traité de Paris (1814), explique en grande partie la permanence des habitudes françaises sur l'île car il permit aux habitants, notamment aux colons français restés sur l'île, de maintenir leur religion, leurs lois et leurs coutumes. Le droit français perdura donc même sous l'occupation anglaise. L'empreinte anglaise porte surtout sur la preuve, la procédure pénale, le droit public, le droit commercial. Protégés par l'article 8, les français ont pu maintenir une majorité de leur pratique mais les anglais n'étaient pas habitués au droit français. C'est ainsi que, petit à petit, des

changements ont été initiés pour refléter leurs habitudes propres notamment concernant le système judiciaire et la création des lois (Ordinances).

Est-ce en remplacement des codes et des cours existants ? Pas vraiment.

Pour s'accorder avec le contexte anglais, les lois édictées sur la colonie ont suivi le modèle anglais. La codification laissa la place aux « *Orders in Council* » et les « *Ordinances* » anglais. Ces documents législatifs furent, au début, promulgués en anglais et en français mais en 1841, cette habitude cessa avec l'*Order in Council* du 25 Février 1841 qui prescrivit que les lois seraient publiées en anglais seulement. Mais le Code civil, le Code de commerce et le Code de procédure civile demeurèrent. Le Code de Commerce seulement connut des changements sous le *Merchant Shipping Ordinance* de 1855.

D'autre part, l'administration anglaise ne maîtrisait pas les cours déjà constituées sous le règne français et il fallait aussi dorénavant transférer l'appel de la Cour de Cassation au système anglais, plus précisément au « *King in Council* ». Et cela devint une habitude se concrétisant en procédure bien établie plus tard. En 1850, une réforme profonde du système judiciaire fut enclenchée et la Cour Suprême, établie pour remplacer la Cour d'Appel et le Tribunal de Première Instance. Cette Cour Suprême, qui existe toujours, était calquée sur la « *Court of Queen's Bench of England* ». C'était une cour de première instance, aussi bien qu'une cour d'appel. Elle avait aussi les prérogatives d'un conseil constitutionnel mais un recours final en appel à une cour anglaise était maintenu et, l'appel au *Judicial Committee of the Privy Council* était possible. Après l'indépendance, cette possibilité d'appel fut maintenue par habitude. Même de nos jours, il est encore possible de faire appel au *Judicial Committee of the Privy Council* pour revoir une décision de la Cour Suprême.

En même temps qu'on adopta un système judiciaire calqué sur le modèle anglais, la procédure aussi connut des métamorphoses : la procédure criminelle qui suivait pour un moment le Code d'instruction criminelle introduit sur l'île en 1831, devait désormais suivre le *Criminal Procedure Ordinance* de 1852. En revanche, la procédure civile reste toujours largement inspirée de la procédure française<sup>19</sup>. Parallèlement, il y a eu la promulgation du Code Pénal en 1838, code qui fut largement inspiré du Code Pénal français mais qui fut curieusement rédigé en anglais aussi bien qu'en français<sup>20</sup>. Actuellement, le Code existe toujours mais c'est la version anglaise qui a perduré dans le temps.

---

<sup>19</sup> R. D'UNIEVILLE, *L'évolution du droit civil mauricien*, Best Graphics, 1994.

<sup>20</sup> *R. v. Ramjan Mirza* (1891) MR 9

Le droit public connut une transformation pour singer le système anglais<sup>21</sup>. La Constitution pré et post indépendance était une constitution westminsterienne abordant avec ferveur la séparation des pouvoirs horizontaux, la démocratie et l'adoption d'un parlement et d'un système administratif empreints des caractéristiques du système anglais. Les institutions mauriciennes et leur fonctionnement restent attachés aux dispositions anglaises.

Sous le régime anglais, il existe deux situations intéressantes à étudier : d'abord l'abolition de l'esclavage et ensuite le mariage religieux.

L'esclavage, jusqu'à son abolition en 1835, était considéré comme normal et, pire encore, comme légal et légitime car c'était une habitude pour les colons d'avoir des esclaves travaillant chez eux. Régis par le Code Noir, les esclaves, ne profitant pas d'égalité et de justice, étaient même considérés, non pas comme des personnes physiques mais comme des choses qu'on pouvait posséder, qu'on pouvait vendre et acheter ! Une habitude, qu'on serait ici tenté de qualifier de mauvaise habitude qui sera abolie dans le temps et l'espace. Il se peut donc qu'une habitude soit acceptée par la pratique et par le droit mais qu'elle change ensuite pour mieux cadrer avec l'évolution socio-politico-historique de la société.

La deuxième situation est encore plus singulière. En effet, avec l'abolition de l'esclavage, les colons se retrouvèrent dans l'obligation de chercher une main d'œuvre étrangère pour combler le vide laissé par les esclaves et ils se tournèrent vers les immigrés indiens qui furent recrutés comme travailleurs engagés qui arrivèrent en masse sur l'île fuyant les difficultés de leur terre natale avec un nouvel espoir et de nouveaux rêves. Ils vinrent avec leurs traditions, leurs coutumes, leurs modes de vie, ce qui a généré de nouvelles habitudes dans la société mauricienne.

Les immigrés indiens et les anciens esclaves, bien que soumis aux lois existantes sur l'île, n'y prêtaient pas grande attention surtout lorsqu'il s'agissait du droit de la famille. Les couples indiens étaient unis par le lien du mariage, mais ils favorisaient le mariage religieux au détriment du mariage civil, qui coûtait aussi très cher. Les esclaves vivaient en concubinage. Ainsi, légalement, ils n'étaient pas considérés comme époux mais plutôt comme des concubins et les enfants nés de ces unions étaient des enfants illégitimes<sup>22</sup>. En 1882, plus de deux tiers des enfants étaient illégitimes. Ce cas de figure n'était pas très apprécié par les colons car les unions non officialisées et le nombre d'enfants illégitimes laissaient percevoir une société en décadence. Il fallait donc revoir la situation ;

---

<sup>21</sup> J.-B. SEUBE, « La coexistence des droits dans un même espace économique : L'expérience de l'Océan Indien », *Congrès 2008 de Lomé : Le rôle du droit dans le développement économique*, 2008.

<sup>22</sup> R. D'UNIEVILLE, *op. cit.*, p. 20.

ce qui se fit à travers l'*Indian Marriages Ordinance* de 1912<sup>23</sup>. Cette loi valida ces mariages religieux car ces unions, loin de rendre la société malsaine, ne faisaient qu'officialiser les unions existantes ou futures parmi une partie de la population de l'île qui n'était pas habituée aux principes de mariage civil. Ainsi, la célébration religieuse du mariage était équivalente à la célébration civile aussi longtemps que les conditions de cette dernière étaient respectées. Par exemple, les devoirs des époux établis par le Code civil devraient être respectés et le mariage religieux ne devait pas donner lieu aux excès<sup>24</sup>.

## II.- Le contexte contemporain

La période contemporaine débute avec l'indépendance de l'île en 1968. Une autre période riche en événements va donner naissance à une société nouvelle, une société « *zilwa* » au fort particularisme local. Deux thématiques caractérisent cette période : l'osmose (A) et la mondialisation (B).

### A.- L'osmose

La période postindépendance témoigne du développement d'un corpus distinct de droit mauricien, d'une « fusion » comme mentionné plus haut. C'est un mélange de droit anglais et de droit français cohabitant paisiblement, façonné par la prise de différentes habitudes, qui va donner naissance au droit hybride mauricien<sup>25</sup>. Plusieurs éléments ont contribué à l'émergence de ce droit hybride.

Premièrement, on reconnaît une mixité de langage. Bien que l'anglais soit la langue officielle, le français est la langue la plus parlée. Une habitude qui s'est transmise dans le droit mauricien ! A l'Assemblée Nationale, selon la section 49 de la Constitution, la langue officielle pour s'adresser à l'audience est l'anglais mais les députés peuvent aussi s'adresser à l'audience en français. Les décisions des cours de justice incluant celles de la cour suprême peuvent être bilingues car elles doivent contenir le jugement écrit en anglais, mais avec des références au droit, à la doctrine ou à la jurisprudence française. Tel est très souvent le cas dans les affaires civiles et les affaires criminelles où les juges incluent souvent des extraits des encyclopédies Dalloz ou des traités provenant de la doctrine française, par exemple<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Indian Marriages Ordinance n°. 28 of 1912.

<sup>24</sup> R. GARRON, *op. cit.*, n°18.

<sup>25</sup> J.B. SEUBE, « La coexistence des droits dans un même espace économique : L'expérience de l'Océan Indien », *op. cit.*

<sup>26</sup> Il n'est pas étrange de retrouver dans les jugements mauriciens des citations venant de Mazeaud, Colin et Capitant, Marty et Raynaud, ou des Juris-Classeur. J. B. SEUBE J-B, « La coexistence des droits dans un même espace économique : L'expérience de l'Océan Indien », *op. cit.*

On reconnaît ensuite une mixité de procédure car la procédure civile est d'origine française et la procédure pénale est d'origine anglaise, comme expliqué ci-dessus. Le droit mauricien connaît la mise en demeure du droit civil aussi bien que le mécanisme accusatoire de la procédure pénale en *common law*. Depuis l'indépendance, le droit mauricien a continué son évolution constante mais cela s'est fait en établissant une cohabitation paisible des codes avec les « *statutes* » du Parlement.

## **B.- La mondialisation**

Maurice accéda au statut de république en 1992. Depuis, le droit mauricien s'est modifié, s'éloignant de plus en plus de ses sources historiques pour se laisser gagner par le courant de la mondialisation, un phénomène que nul ne peut négliger. Ce phénomène a modifié les habitudes locales pour se muter en habitude internationale car personne ne veut être exclu du courant mondial, surtout pas pour un petit État insulaire comme l'île Maurice. L'île entreprend aussi de s'accorder avec les normes internationales dans deux secteurs principaux, le tourisme et le secteur financier, car l'économie mauricienne ne peut pas fonctionner en isolement. Les normes prescrites par les organisations internationales se doivent alors d'être suivies au détriment des habitudes locales.

Aussi, il convient de noter que les habitudes peuvent évoluer. Un cas précis qu'on retrouve dans le contexte mauricien est relatif au nom patronymique de la femme mariée. Auparavant, les épouses étaient tenues d'adopter automatiquement le nom de famille de leur époux au moment du mariage (bien que porter le nom du mari n'était imposé par aucune loi). Cette tradition patriarcale s'est ancrée avec le temps dans les mentalités des populations. Cela se faisait ironiquement dans un écosystème où étaient en vigueur les dispositions de l'article 36 al. 2 et 37 du Code civil qui dispose que le droit d'usage du nom patronymique du mari est facultatif et que la femme ne perd pas l'usage du nom possédé avant le mariage. De nos jours, la situation est renversée avec l'émancipation de la femme et l'évolution de la société : les épouses sont de plus en plus nombreuses à maintenir l'utilisation du nom patronymique de jeune fille ou à faire l'adjonction. De la sorte, il existe aussi des situations où les habitudes peuvent évoluer indépendamment du contexte historique ou mondial.

Il ne faut pas négliger non plus l'apport technologique qui change les habitudes pour en emporter de nouvelles. Deux exemples permettent de l'illustrer : le changement au niveau des pratiques bancaires (la technologie permet aujourd'hui à une personne d'effectuer ses transactions bancaires de chez elle sans avoir besoin de se rendre à la banque) et l'achat en ligne qui a révolutionné la notion de shopping (on peut faire ses achats tout en restant chez soi). Les habitudes changent et imposent une évolution du cadre légal conséquent.

De ce point de vue, le courant de mondialisation donne lieu à de nouvelles habitudes qui sont affirmées et encadrées par le droit. Mais il existe aussi de mauvaises habitudes qui pourront être sanctionnées par le droit. Le droit mauricien, par exemple, réprime l'utilisation en excès des sacs en plastiques comme mesure de préservation de l'environnement. Jeter les ordures sur les voies publiques est aussi condamné tout comme fumer dans les espaces publics à l'île Maurice.

### **Conclusion**

Pour conclure, le système légal et judiciaire de l'île s'est métamorphosé au fil des décennies en un droit autonome. Découlant du système *common law* aussi bien que du système de *civil law*, le droit mixte mauricien a émergé. Ce système s'est modelé par les habitudes, les coutumes issues des deux systèmes aussi bien que des nécessités de la société multiculturelle et pluriethnique d'une l'île en pleine évolution. C'est ainsi qu'il est possible de relever, à l'instar de John Dryden, que « *nous façonnons d'abord nos habitudes, puis nos habitudes nous façonnent* ».

# Habitude et droit à l'île de La Réunion

**Émilie GASTRIN**

*Doctorante en droit public à l'Université de La Réunion*

Résumé :

À l'île de La Réunion, les rapports entre habitude et droit peuvent être appréhendés par le prisme de l'article 73 de la Constitution, lequel prévoit que, bien que devant se soumettre à la législation nationale, les caractéristiques et contraintes particulières de la réalité locale justifient que des adaptations soient portées à la norme. En effet, bien que la norme reste le régisseur de l'habitude par le jeu de l'équilibre des intérêts auxquels l'île est soumise, de son côté l'habitude exerce une influence certaine sur la norme. Le face-à-face auquel se livrent l'habitude et le droit dévoile la palette de possibilités que permet le principe d'adaptation contenu dans l'article 73 de la Constitution.

Mots-clés : habitude - norme - conciliation - adaptation - équilibre - rodéo sauvage - abattage rituel - procession religieuse - combat de coqs - pêche aux bichiques - chasse aux tangles - camping sauvage sur le site de Grand Anse - excursions sur les sites naturels de l'île - cascade du Chaudron - cascades de la ravine de Saint-Gilles

Il est une chose à l'égard de laquelle l'homme exerce un attachement particulier : ses habitudes. Qu'elles proviennent d'une influence collective héritée de traditions familiales, culturelles, religieuses ou encore d'un choix personnel, l'homme marque à travers ses habitudes sa propre identité. Au premier regard, on pourrait croire que l'habitude est inoffensive. À bien y réfléchir toutefois, on ne peut ignorer que les habitudes peuvent présenter des risques de conflits avec la réglementation établie.

On observe à La Réunion des habitudes<sup>1</sup> dont les traits confèrent à l'île toute sa singularité<sup>2</sup> et toute sa richesse. Les vagues successives du peuplement de l'« île intense » provenant des continents européen, africain et asiatique depuis le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, ont amené avec elles leurs habitudes, composantes aujourd'hui de l'île. Outre sa construction historique et culturelle diversifiée, faisant d'elle une terre de métissage<sup>3</sup>, l'île est marquée par une insularité géographique qui tend paradoxalement à l'enfermer davantage sur elle-même. S'y ajoute enfin un cadre juridique particulier. Aux côtés de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et de Mayotte, la Réunion est régie par l'article 73 de la Constitution. L'article 73 proclame que « *dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées selon le cas, par la loi ou par le règlement* » (al. 1 et 2). C'est donc le principe de l'identité législative qui trouve réalisation à l'île de La Réunion. Bien que la législation et la réglementation nationales s'appliquent de plein droit, les départements régis par l'article 73 se voient offrir la possibilité d'adapter le droit commun aux réalités locales via plusieurs procédés : l'adaptation<sup>4</sup>, l'habilitation<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Il est bien entendu que les habitudes observables dans l'île ne lui sont pas toutes propres. Les habitudes dont la présente étude fait l'objet concerne surtout celles ayant cours dans l'île et non pas uniquement celles tirant leur origine de l'île.

<sup>2</sup> V. *Infra*, l'abattage rituel et les processions rituelles par exemple.

<sup>3</sup> Repérée au Moyen-Âge par les arabes, l'île portant le nom de Dina Morgabin fut par la suite découverte par les portugais, puis les français. Sa démographie locale se caractérise par la diversité de ses origines, à la fois européennes, africaines, malgaches, indiennes, annamites, malaises et chinoises.

<sup>4</sup> Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi ou par le règlement (É. JOS, « Outre-mer : régime constitutionnel des collectivités régies par l'article 73 », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°1905), novembre 2012, n° 138).

<sup>5</sup> Située aux alinéas 3 à 6 de l'article 73 de la Constitution, l'habilitation est un procédé par lequel les collectivités décident de se fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement telles que la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique

et enfin, l'expérimentation<sup>6</sup>. À la différence des autres départements toutefois, l'habilitation ne s'applique pas à La Réunion, qui entend garder une intégrité normative la plus conforme qui soit à la législation nationale. Des adaptations et des expérimentations restent malgré tout possibles<sup>7</sup>.

Insularité, coloration pluraliste, cadre juridique spécifique, sont autant d'éléments rendant complexe le champ d'action de l'habitude dans l'île tropicale. L'habitude invite l'homme à reconsidérer les projections de ses actions dans son environnement. Or le paradoxe est le suivant : si à travers l'habitude l'homme se dévoile librement, la norme adopte une posture inversée en ce qu'elle encadre son comportement. Par conséquent, l'homme ne peut, ni manifester n'importe quelle habitude, ni s'y livrer de la manière dont il l'entend. Cette délimitation du champ de l'habitude fait naître une frontière entre « la bonne habitude » et « la mauvaise habitude ». Entre « l'habitude licite » et « l'habitude illicite ». Pour autant, le face-à-face habitude-droit rend compte de réalités plus complexes, car la norme chargée d'encadrer les pratiques de l'homme n'est pas toujours celle qui orchestre. Entre les deux, il existe une influence réciproque donnant lieu à une application étonnante du standard classique de l'article 73 de la Constitution. Il convient de préciser que cet article du texte constitutionnel ne régit pas spécifiquement les rapports entre l'habitude et le droit. Et à bien y réfléchir, il ne semble pas exister de principe régissant exclusivement les habitudes dans l'île. Pourtant, l'examen de plusieurs d'entre elles conduit à envisager une possible gestion des habitudes via le prisme de l'article 73 de la Constitution, puisque leur prise en compte est affaire de conciliation, d'adaptation. Or, l'adaptation est justement l'un des procédés prévus à l'article 73 de la Constitution. Afin que l'étude soit la plus complète possible, il convient d'examiner les rapports existant entre habitude et droit dans leur confluence. D'où l'étude dans un premier temps de l'influence de l'habitude sur la norme (I) et, dans un second temps, celle de l'influence de la norme sur l'habitude (II).

---

étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral.

<sup>6</sup> C'est l'article 72, alinéa 4 de la Constitution qui permet le recours par les collectivités territoriales, y compris celles régies par l'article 73, à l'expérimentation. Ce procédé vise l'application d'une politique publique ne faisant pas partie des attributions légales d'une collectivité territoriale pour une période donnée (n'excédant toutefois pas trois ans). À la fin de la période prévue, l'expérimentation est soit abandonnée, soit prolongée, soit généralisée (avec des modifications possibles).

<sup>7</sup> Pour de plus amples développements sur le cadre constitutionnel de La Réunion, v. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 35 (dossier : la Constitution et l'Outre-mer) - avril 2012(1), [en ligne], <https://www.conseil-constitutionnel.fr/>; É. JOS, « Les nouvelles collectivités territoriales régies par l'article 73 de la Constitution : des statuts « sur mesure » destinés à répondre aux aspirations des élus et électeurs locaux », *RFDA*, 2012, p.73 et s.

## I.- L'influence de l'habitude sur la norme

L'idée d'un lien entre l'habitude et la norme n'est pas toujours automatique. Il est en effet des circonstances où l'habitude se déploie sans que ne soit suscitée l'intervention d'une quelconque norme en vue de son encadrement. C'est par exemple le cas de l'habitude qui s'exerce dans l'espace privé de son pratiquant. Mais dès lors que sa manifestation entre en conflit avec d'autres intérêts, ce sont les fondements juridiques de l'habitude qui doivent être consolidés. Cette quête de légitimité donne lieu, soit à un enrichissement du bloc législatif de nouvelles dispositions (A), soit à une adaptation de normes déjà existantes (B).

### A.- La création de la norme par l'habitude

L'habitude crée du droit. L'affirmation ne devrait pas étonner puisque, par pure logique, l'habitude précède naturellement la norme qui lui est propre. Mais cette naissance du droit devient nécessaire lorsque l'habitude débouche – bien malgré elle – sur des débordements portant atteinte à un ordre public établi dans l'environnement dans lequel elle se déploie. La norme créée agit donc pour donner juridiquement corps à l'habitude, pour lui offrir un champ d'action, soit en l'enrichissant, soit en la limitant en vue de la sauvegarde des intérêts susceptibles d'être affectés par son développement.

Ainsi en est-il du rodéo sauvage qui pendant bien longtemps s'est pratiqué en l'absence de normes spécialement applicables<sup>8</sup>. Face aux troubles portés à l'ordre public ainsi qu'aux tensions opposant les adeptes du rodéo sauvage et les habitants des quartiers au sein desquels ces spectacles ont cours, une norme nationale relative à la lutte contre les rodéos motorisés a vu le jour le 3 août 2018<sup>9</sup>. La pratique du rodéo dans le respect des règles strictes de sécurité n'est pas illicite en tant que telle. Le rodéo sauvage, en revanche, l'est. La création d'une

---

<sup>8</sup> Mis en scène dans de célèbres films américains, les rodéos se pratiquent dans le monde entier. L'île de La Réunion n'échappe pas au phénomène. On ignore la date à laquelle remontent les premiers rodéos réunionnais, également nommés « *pouss* » (dans son orthographe créole) ou « *pousse automobile* » (dans son orthographe française). Si l'arrivée des premiers véhicules dans l'île date des années 1900, les rodéos dans le quartier du Chaudron – situé dans le nord de l'île – jouissaient d'une réputation certaine dans les années 1980. Le phénomène, principalement urbain, concerne des personnes qui, sur les voies de circulation, se livrent avec leurs engins à des courses-poursuites ou encore à des concours de vitesse, au mépris des règles du Code de la route et des autres usagers.

<sup>9</sup> Loi n° 2018-701 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les rodéos motorisés (1), *JORF* n°0179 du 5 août 2018, texte 5 ; F. GAUVIN, « De la lutte contre les rodéos motoristes », *JCP G*, 2018, n° 37, p. 1574-1576 ; J.-H. ROBERT, « Excès de vitesse législatif derrière les rodéos », *Droit pénal*, 2018, n° 9, p. 44-45 ; A. DENIZOT, « Une loi inapplicable est-elle une loi inutile ? », *RTD Civ.*, 2018, n° 4, p. 980-983.

législation en vue de contenir la pratique était donc attendue. Alors que la pratique était complexe à cerner (un motard en équilibre sur une roue était-il forcément en situation de rodéo sauvage ?), la loi, reprise au nouvel article L. 236-1 du Code de la route, lui donne une définition. Est constitutif d'un rodéo sauvage « *le fait d'adopter, au moyen d'un véhicule terrestre à moteur, une conduite répétant de façon intentionnelle des manœuvres constituant des violations d'obligations particulières de sécurité ou de prudence prévues par les dispositions législatives et réglementaires du présent code dans des conditions qui compromettent la sécurité des usagers de la route ou qui troublent la tranquillité publique* ». Alors que les autorités peinaient à relever les sanctions adéquates aux infractions commises par les auteurs de rodéos sauvages, devant se contenter de constater le non-respect du Code de la route (l'absence du port du casque, l'absence d'homologation du véhicule, la mise en danger de la vie d'autrui, *etc.*), la nouvelle loi propose un dispositif répressif sur mesure<sup>10</sup>.

Cette loi s'applique invariablement sur l'ensemble des territoires français, et par conséquent sur l'île, conformément au principe énoncé à l'article 73 de la Constitution selon lequel « *dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit (...)* » (al. 1<sup>er</sup>). Dans l'île, le respect de cette toute nouvelle législation est soutenu par des propositions en cours de discussion : le prêt de la piste de la Jamaïque<sup>11</sup>, la création d'une piste spécialement pour les rodéos. En revanche, on ne peut s'empêcher de relever que cette loi laisse subsister des zones d'ombre incitant les autorités locales à faire usage de leur marge d'appréciation quant à la caractérisation d'une infraction de rodéo sauvage. En effet, la réalisation d'une conduite propre à un rodéo sauvage devant être constitutive de « *violations d'obligations particulières de sécurité* » (art. L. 236-1 du Code de la route), quelle distinction devrait-être faite entre « *obligations particulières de sécurité* » et « *obligations de sécurité* » ? Des portes de sorties semblent s'ouvrir à l'auteur d'une telle pratique. Exemplaire et stricte en apparence, la norme nationale semble développer une stratégie de souplesse permettant, si ce n'est des adaptations locales, des appréciations au cas par cas. Quoiqu'il en soit, la création d'une norme portant sur l'encadrement du rodéo était nécessaire puisque, en condamnant le rodéo sauvage, la norme accorde de la légitimité à sa pratique licite.

---

<sup>10</sup> Désormais, la confiscation automatique du véhicule objet d'un rodéo sauvage est reconnue, même lorsque son sujet n'est pas le propriétaire du véhicule. En outre, les peines varient, au minimum, de 1 an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende à, au maximum, 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Pour plus de précisions relatives au dispositif répressif, v. l'article L. 236- 1 du Code de la route.

<sup>11</sup> Située dans le nord de l'île, la piste de la Jamaïque est un circuit automobile où se déroulent les compétitions de supermotard et de karting.

## B.- L'adaptation de la norme par l'habitude

Certaines habitudes s'exercent de façon si spécifique dans l'île que la législation nationale ne saurait leur correspondre. C'est alors à l'habitude d'imposer à la norme un accommodement plus raisonnable à sa réalité locale.

L'exemple le plus marquant de cette adaptation de la norme à l'habitude est l'abattage rituel<sup>12</sup>. Initialement, les contours juridiques de cette pratique furent posés par le décret du 1<sup>er</sup> octobre 1997 relatif à la protection des animaux au moment de leur abattage ou de leur mise à mort, lequel prononce, en son article 27, l'interdiction de procéder à un abattage rituel en dehors d'un abattoir agréé<sup>13</sup>. Malheureusement, cette obligation d'abattage en abattoir agréé ne correspondait pas à la pratique traditionnelle de l'île. Par souci d'une obéissance stricte à la tradition religieuse pour les uns et par goût personnel pour les autres, cette tradition ancestrale avait habitué les fidèles pratiquants à observer le rituel au sein d'un espace privé<sup>14</sup>. Techniquement, en raison du grand écart observable entre le nombre de fidèles pratiquant l'abattage rituel et le nombre d'abattoirs agréés (un seul dans l'île), appliquer la fameuse disposition du décret du 1<sup>er</sup> octobre 1997 était tout simplement impossible lors des périodes festives. À l'image de l'article 73 de la Constitution qui prévoit que « *les lois et règlements (...) peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* » (al. 1er), la modification de la norme nationale aux spécificités de l'île intense parut indispensable. Cette adaptation devint réalité avec la circulaire du 26 octobre 2010 qui autorisa, en période de fêtes, l'aménagement de sites temporaires d'abattage rituel ou la possibilité de l'abattage rituel à domicile dans de strictes conditions<sup>15</sup>.

L'idée n'est pas de voir la modification de la norme comme un signe de faiblesse législative telle que l'apparence semble l'indiquer. Au contraire, sa

---

<sup>12</sup> Figurant dans la France métropolitaine parmi les prescriptions religieuses des cultes musulman et juif, l'abattage rituel est décuplé dans l'île puisque, en plus d'être pratiqué par les musulmans et les juifs, il l'est également dans le culte tamoul.

<sup>13</sup> La disposition, faisant suite au règlement européen n° 1099/2009 du 24 septembre 2009 (cons. n° 18) et dont le cadre répressif est contenu à l'annexe 2 de la circulaire IOC/1025727/C du 26 octobre 2010 (touchant aux contraventions relatives à l'abattage rituel de la dépêche relative aux mesures liées à la célébration de la fête musulmane de l'*Aid ad adha*), fut réitérée par la jurisprudence (CE, 10 octobre 2011, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, req. n°219645).

<sup>14</sup> H. PAILLAT-JAROUSSEAU, E. NOUJARÈDE, A. MOUCHES, « Élevage caprin, rituel hindou et réglementation sanitaire française : tradition, concertation et régulation sur l'île de La Réunion », *NOROIS*, n°23, 2012/2, p. 96-97.

<sup>15</sup> Pour un point de vue plus complet sur l'abattage rituel et, notamment, sur le volet relatif à la collecte des déchets carnés faisant suite à la cérémonie, v. É. GASTRIN, « La gestion du conflit Biodiversité-Pratiques religieuses dans l'Outre-mer », in É. NAIM-GESBERT, L. PEYEN, R. RADIGUET (dir.), *Figures de la préservation de l'environnement Outre-mer. Études de cas et réflexions pluridisciplinaires*, PUAM, coll. « Droit d'Outre-mer », 2015, p. 61-72.

capacité d'adaptation révèle tout son potentiel<sup>16</sup>. La norme devient « caméléon » afin de permettre l'épanouissement de l'habitude, pour que soit évitée sa clandestinité et que soient rompus les risques de déséquilibres causés par les pollutions non contrôlées qui pourraient en résulter. Ce faisant, la norme exerce une influence certaine sur l'habitude.

## II.- L'influence de la norme sur l'habitude

Si à La Réunion l'habitude est une réalité qui s'impose à la norme, l'influence de la norme n'est pas en reste. Au contraire, la norme agit telle une boussole, fournissant les directives nécessaires à son usage. En fonction des intérêts en jeu, la norme intervient, soit en vue de la préservation de l'habitude (A), soit en vue de son extinction (B).

### A.- La préservation de l'habitude par la norme

La prise en compte des « *caractéristiques et contraintes particulières [des] collectivités* » (art. 73, al. 1<sup>er</sup> de la Constitution) par le droit national est éloquente quant au rôle de ce dernier dans la préservation des habitudes. En effet, qu'il s'agisse de les approuver au travers de textes et de décisions jurisprudentielles, de les enrichir par le biais de dispositifs d'accompagnement ou encore d'assurer leur maîtrise via un encadrement rigoureux, l'arsenal normatif semble suffisamment équipé afin d'assurer la pérennité des habitudes.

À titre d'approbation, il est des habitudes que la norme décide de légitimer en les intégrant en son sein. Ainsi, en est-il du traditionnel combat de coqs qui n'est reconnu que dans cinq localités parmi lesquelles figure l'île de La Réunion<sup>17</sup>. Tirant son origine d'une loi n° 64-690 du 8 juillet 1964 modifiant la loi n° 63-1143 du 19 novembre 1963 relative à la protection des animaux, le Code pénal autorise en son article 521-1 le combat de coqs, excluant *ipso facto* la responsabilité pénale de ses pratiquants dans les localités où cette tradition demeure ininterrompue. Cette législation fut récemment débattue dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité dont les plaideurs étaient d'origine

---

<sup>16</sup> É. GASTRIN, « La gestion du conflit Biodiversité-Pratiques religieuses dans l'Outre-mer », *ibid.*, p. 72.

<sup>17</sup> Les combats de coqs sont autorisés dans les départements du Nord et du Pas-de-Calais, dans les Antilles, en Guyane, en Polynésie française, ainsi qu'à La Réunion (commentaire de la décision n° 2015-477 QPC du 31 juillet 2015, *M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallodromes]*, p. 5.). Ce faisant, la norme favorise ici « *un clivage géographique et tend ainsi vers la prise en considération d'une identité régionale* » (É. RALSER, « Pluralisme juridique et pluralisme culturel dans la société réunionnaise », *Droit et cultures* [Online], 49 | 2005-1, Online since 02 March 2010 § 37. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1630>).

réunionnaise. À cette occasion, le juge constitutionnel confirma l'exclusion de la responsabilité pénale pour les combats de coqs, tout en rappelant l'interdiction de créer de nouveaux gallodromes<sup>18</sup>. Pour beaucoup, cette piqûre de rappel fut symptomatique de l'extinction future de la pratique. La raison résidant tout simplement dans l'interdiction de créer d'autres gallodromes que ceux officiellement reconnus par les autorités locales. S'il apparaissait effectivement dans l'esprit du législateur de 1964, l'espoir d'une disparition des combats de coqs au travers de sa volonté d'interdire la création de nouveaux gallodromes, certains auteurs évoquent la « *cécité* »<sup>19</sup> dont est atteinte la législation sur la question. Ces derniers observent « *la vivacité [toujours actuelle] de la tradition des combats de coqs* »<sup>20</sup>. Certes, la presse a pu constater une diminution générale des licenciés<sup>21</sup>. Reste que, dans l'île, les cinq gallodromes officiellement reconnus depuis 1964 ne semblent pas avoir suffi à affaiblir la ferveur réunionnaise relative au traditionnel combat de coqs<sup>22</sup>. *In fine*, le principe de l'exclusion de la responsabilité pénale des pratiquants du combat de coqs dans l'île de La Réunion contribua en réalité à sa légitimation. Assurément, celui que l'on nomme « *l'oiseau guerrier* »<sup>23</sup> ou encore « *l'athlète des gallodromes* »<sup>24</sup> compte encore de nombreux adeptes<sup>25</sup>.

À titre d'enrichissement cette fois, il arrive que le droit – et à travers lui, ses acteurs – participe au développement d'une habitude. Il s'agit là d'habitudes

---

<sup>18</sup> Cons. Const., déc. n° 2015-477 QPC du 31 juillet 2015, *M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallodromes]*, *D.* 2015. 1701 ; *JCP* 2015. 952, J.-B. SEUBE ; v. aussi L. SERMET, « Droit de l'animal », *RJE*, décembre 2015, n° 4-2015, p. 717-733 ; J.-B. PERRIER, « Gallodromes : là où la loi distingue, il y a lieu de distinguer », *RFDC*, mars 2016, n° 105, p. 161-163 ; Ph. CONTE, « Interdiction de la création de nouveaux gallodromes », *Droit pénal*, novembre 2015, n° 11, p. 34 ; B. DE LAMY, « Le coq, le taureau et le Conseil constitutionnel : fable sur la nature », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, n° 3, p. 718-721 ; F. DOYER, « Théâtralisation du droit de l'animal », *Jurisart*, 2016, n° 31, p. 45-47

<sup>19</sup> J.-B. SEUBE, Cons. Const., QPC, 31 juillet 2015, « Les coqs au Conseil », *JCP G*, 2015, 952.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Selon les sites d'information, le nombre des licenciés serait passé de 100 000 en 1963 à 2000 adeptes.

<sup>22</sup> Le professeur J.-B. Seube fait observer que, à La Réunion, la tradition jouit toujours du soutien des associations et reste présente dans les guides touristiques (J.-B. SEUBE, Cons. Const., QPC, 31 juillet 2015, « Les coqs au Conseil », *JCP G*, 2015, 952).

<sup>23</sup> O. DANAË, *Combats de coqs : histoire et actualité de l'oiseau guerrier*, Paris, L'Harmattan, 1989.

<sup>24</sup> X. PERROT, « L'athlète des gallodromes. Le coq de combat animal domestique et la compétition », *RSDA*, 2/2012, p. 319.

<sup>25</sup> Pour de plus amples précisions relatives au combat de coqs envisagé sous l'angle de l'habitude, se reporter à J.-B. SEUBE, « Les courses de taureaux et les combats de coqs ou quand l'habitude devient source du droit », in C. AUBRY DE MAROMONT, F. DARGENT (dir.), *L'habitude en droit*, colloque du 26 octobre 2018 à l'Université de La Réunion, Institut francophone pour la justice et la démocratie (actes à paraître).

déjà admises par la norme mais dont le pilotage reste obscur. Face à la pénurie d'indications, le droit devient accompagnateur de ces pratiques. Tel est le cas des *processions religieuses*. Le droit positif français y est favorable dans la mesure où l'ordre public est sauvegardé<sup>26</sup>. Le problème, en revanche, est que la pratique soulève la question de l'entrave à la libre circulation. À ce titre, l'article 27 de la loi de séparation des Églises et de l'État fut longuement débattu<sup>27</sup>. La solution apportée fut la nécessité d'un accompagnement de l'autorité en charge de la police en vue du maintien du bon ordre, de la sûreté, de la sécurité et de la salubrité publiques<sup>28</sup>. Dans l'île, les processions religieuses acquièrent une dimension particulière du fait de sa pluralité religieuse. Il n'est dès lors pas surprenant que cette pratique brille par des fréquences telles qu'il n'en existe pas en France métropolitaine. Outre cela, l'île tropicale marque sa spécificité par un accompagnement très étroit de la collectivité dans le cadre de l'organisation des cérémonies. Le *Guide de La laïcité pratique à La Réunion* indique qu'il n'est pas rare que ces cérémonies soient marquées par la présence d'un élu public<sup>29</sup>. Quelle est la règle en la matière ? Dans le cadre de sa fonction publique, l'élu est tenu par une exigence de neutralité. Dans sa vie privée ainsi que dans le cadre du débat politique, l'élu est en revanche libre d'exprimer ses croyances. Si la règle est en théorie simple, elle s'avère très délicate à suivre, la frontière entre les deux cadres étant bien mince. C'est là que l'approche faite dans l'île s'avère différente de celle observée en France métropolitaine, où l'opinion publique semble plus sensible à la neutralité des élus publics. On suppose aisément que l'accompagnement des *processions religieuses* dans l'île est davantage soutenu qu'il ne l'est dans l'hexagone.

À titre de maîtrise enfin, certaines habitudes dans les effets échappent au contrôle de leurs adeptes nécessitent l'intervention de la norme en vue de leur encadrement. La pêche aux bichiques<sup>30</sup> et la chasse aux tangues<sup>31</sup> illustrent bien

---

<sup>26</sup> V. l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État ; l'article 2212-2 du code général des collectivités territoriales ; CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, req. n°27355, Rec ; CE, 5 mars 1948, *Jeunesse indépendante chrétienne féminines*, Rec. Lebon, p. 121 ; CE, 14 janvier 1949, *Abbé Laurent*.

<sup>27</sup> M. ALLARD, Séance du 26 juin 1905, p. 1001.

<sup>28</sup> Code général des collectivités territoriales, art. 2212-2.

<sup>29</sup> Association des Maires du Département de La Réunion, *La laïcité pratique à La Réunion*, éd. 2016, p. 11

<file:///C:/Users/annem/Desktop/Colloque%20L'habitude%20en%20droit/PROCESSIONS%20RI TUELS/guidelaicite.pdf>

<sup>30</sup> Le bichique est un petit alevin que l'on retrouve à l'embouchure des rivières, ainsi qu'en eau douce. L'historicité de ce petit « caviar péi », très apprécié dans les cuisines réunionnaises, demeure inconnue. Néanmoins, l'engouement autour de l'activité de pêche aux bichiques fut tel qu'on lui attribue la célèbre formule si chère aux réunionnais : « *bichik la monté !* ».

<sup>31</sup> De son appellation scientifique *Tenrec ecaudatus*, le tangué est petit un hérisson malgache introduit dans l'île de La Réunion et dont la chasse est une des passions des réunionnais. Le tangué compte parmi les mammifères les plus féconds au monde avec des portées de trente jeunes déjà

l'idée. Les dégâts provoqués par les activités des braconniers – essentiellement des atteintes à la biodiversité – suscitent ces dernières années une intervention de plus en plus active du droit en vue de maîtriser ces deux activités. Pour la pêche aux bichiques, la menace est celle portée au bichique lui-même, considéré depuis 2010 comme espèce quasi-menacée de disparition par le Comité français de l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature<sup>32</sup>. Pour la chasse aux tangles, si l'atteinte principale est portée à la flore de par le déracinement des espèces végétales parmi lesquelles figurent des espèces protégées<sup>33</sup>, des doutes apparaissent de plus en plus quant à une menace portée au mammifère lui-même, son nombre étant en constante diminution. Depuis quelques années, le droit fait œuvre de maîtrise en durcissant la réglementation relative à l'accès de ces activités (pour la pêche aux bichiques, outre le respect d'une période d'activité établie par la préfecture, le matériel de pêche autorisé varie en fonction du statut du pêcheur<sup>34</sup> ; pour ce qui est de la chasse aux tangles, l'attention est attirée sur la détention d'une licence, la détention d'un permis de chasse, l'obligation d'achat de lots pour la chasse, l'obligation de mise à jour du carnet de prélèvement, le respect de la période de chasse établie chaque année par l'ONF, la détention du carnet de santé du chien accompagnateur, le strict respect du matériel de chasse autorisé, *etc.*) ainsi qu'à la sanction en cas d'illégalité des pratiques. Le large éventail des combinaisons de sanctions possibles à l'encontre des contrevenants de la chasse aux tangles est sur ce rapport impressionnant, l'absence du carnet de santé du chien accompagnateur donnant même lieu à une amende<sup>35</sup>. S'il y a quelques années, les contrevenants s'exposaient à des amendes pouvant s'élever jusqu'à 15 000 euros et 1 an d'emprisonnement, le dispositif répressif s'est durci

---

observées. On ne situe pas exactement la période de son introduction dans l'île. On sait néanmoins que la chasse aux tangles était déjà une habitude dans l'île au XIX<sup>e</sup> siècle puisque le peintre, Antoine Roussin, mit en scène dans l'une de ses lithographies la fameuse tradition, en y présentant les trois acteurs phares : le tangle, le chasseur et son chien.

<sup>32</sup> V. aussi, DEAL Réunion, *Étude préalable à l'identification et à la cartographie des réseaux écologiques à la Réunion*, rapport définitif, mai 2013, p. 87.

<sup>33</sup> La chasse aux tangles est une technique particulière qui suppose d'extraire le tangle de son terrier. En se livrant à une telle fouille, le chasseur, aidé de son chien, est susceptible de déraciner des espèces végétales.

<sup>34</sup> Pour les pêcheurs de loisirs, l'utilisation d'une vouve à bichiques est autorisée tandis que l'utilisation de filets moustiquaires est interdite. Pour les pêcheurs professionnels, l'utilisation de la vouve à bichiques et, sous certaines conditions, d'un filet moustiquaire est autorisé. Pour plus de précisions, v. le site de la Préfecture de La Réunion, *Pêche aux bichiques : réglementation à La Réunion*, [En ligne], <http://www.reunion.gouv.fr/>

<sup>35</sup> La presse réunionnaise fait régulièrement état des sanctions adressées à des contrevenants de la chasse aux tangles. Il n'est pas rare que soient sanctionnés des chasseurs ayant débuté leur activité quelques heures avant l'horaire du début de la chasse défini par l'arrêté préfectoral. L'activité étant rigoureusement réglementée, les sanctions peuvent porter sur le défaut du matériel de chasse autorisé, la chasse en dehors de la zone géographique dont le lot doit avoir préalablement été acheté, la chasse en dehors des horaires prescrits par la préfecture, les actes de la chasse portant atteinte à la biodiversité, la vente illégale de tangles, l'achat de tangle auprès d'un braconnier, *etc.*

en aggravant les peines jusqu'à 30 000 euros et 2 ans d'emprisonnement<sup>36</sup>. Concernant la pêche aux bichiques, les contrevenants s'exposent à des amendes pouvant s'élever à 22 500 euros, voire à des poursuites devant les tribunaux<sup>37</sup>. Il est manifeste que, par le biais d'un durcissement des réglementations, le droit révèle toute son énergie dans sa lutte en vue de la préservation des habitudes réunionnaises contre le braconnage.

## **B.- L'extinction de l'habitude par la norme**

Il arrive que l'habitude soit constitutive d'une menace sérieuse pour un espace ou pour son pratiquant lui-même. Il appartient la norme d'agir drastiquement à son encontre, allant jusqu'à annoncer sa suppression.

Ce conflit trouve un écho particulier dans le *camping sauvage sur le site de Grand Anse*<sup>38</sup>. Depuis quelques années, l'accès au site fait l'objet de restrictions entravant les habitudes autrefois acquises par les réunionnais. Certaines habitudes y ont été supprimées. En effet, si pique-niquer sur l'aire du site est toujours permis, le camping est en revanche interdit depuis un arrêté municipal n°90/2014 du 26 mai 2014 portant interdiction du camping sauvage et réglementation des activités de plein air sur le site de Grand Anse et le Domaine du Relais. Tirant sa force de l'article R. 111-34 du Code de l'urbanisme, lequel accorde au maire le pouvoir de prononcer l'interdiction d'un camping sauvage lorsque les circonstances locales le justifient, cet arrêté fut la conséquence de la mauvaise utilisation de l'espace, due à une série d'habitudes nocives constatées par le maire : dégradation du site, incitation à la prolifération des nuisibles, dégradation de la biodiversité, nuisances sonores occasionnées par les campeurs, *etc.*

Plus importante encore est la limitation que la norme impose à certaines habitudes lorsque ces dernières atteignent un risque certain d'atteinte à la vie humaine. C'est l'enseignement qui ressort des *excursions sur certains sites emblématiques de l'île*<sup>39</sup>. En effet, face aux risques constatés d'effondrement de blocs rocheux à flanc de falaise présentant un impact sur la dangerosité des sentiers, des arrêtés municipaux interdisent formellement l'accès à des sites naturels pourtant plébiscités dans les circuits touristiques. Sont visés en l'occurrence le site de la ravine Saint-Gilles et le site de la cascade du Chaudron<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Code de l'environnement, art. L. 420 et s. ; art. L. 428-5 et s.

<sup>37</sup> Code rural et de la pêche maritime, art. L. 945-4.

<sup>38</sup> Le site de Grand Anse est une plage de sable blanc emblématique, situé au sud de l'île de La Réunion, contenant un air de pique-niques. Réunissant chaque week-end plus de 1000 personnes, beaucoup de familles réunionnaises ont l'habitude de camper sur ce site.

<sup>39</sup> En l'occurrence, les excursions sur le site de la cascade du Chaudron et le site des cascades de la ravine de Saint-Gilles : le bassin Malheur, le bassin des Aigrettes et le bassin des Cormorans.

<sup>40</sup> Arrêté municipal n° 2003-1562 du 12 septembre 2003 portant interdiction d'accès au lit de la ravine Saint-Gilles entre les bassins Malheur et des Cormorans ; Arrêté municipal du 6 mai 1998

Pour autant, les faits forcent à constater que la norme peine à être suivie, ces sites naturels attirant chaque semaine des centaines de visiteurs. Face à la témérité du visiteur, la norme se veut anticipative par la mise en œuvre de mesures préventives telles que des travaux de sécurisation, l'installation de grillages<sup>41</sup> ainsi que des mesures répressives<sup>42</sup>. Le cas échéant, la norme place le visiteur imprudent face à une situation de « risque accepté », ce dernier devant assumer les conséquences inhérentes à la pratique d'une activité à risque.

Au fond, cette appréhension radicale de l'habitude par la norme n'est rien d'autre que le prolongement de l'article 73 de la Constitution, lequel dresse deux niveaux de rapports entre la législation nationale et la réalité locale. Autant que faire se peut, la réalité locale, et à travers elle l'habitude, est observée (premier niveau). Au-delà de certaines limitations quant à son déploiement, la réalité locale doit céder face à la norme (second niveau). Comme l'ont indiqué les exemples susmentionnés, eu égard à la radicalité des effets de la norme sur l'habitude, la liberté d'action en cas d'extinction de l'habitude est laissée entre les mains des autorités locales compétentes pour connaître des habitudes.

## CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît que c'est l'idée de conciliation, d'adaptation qui fait sens dans la dialectique habitude-droit à l'île de La Réunion. Dans la forme, puisque l'habitude précède la norme, cette conciliation suppose que le bloc législatif se renouvelle de nouvelles dispositions (la création de la norme) ou alors que soient permises des alternatives par le jeu de la modification de la norme (l'adaptation de la norme). Cette conciliation nécessite également un encadrement de l'habitude (la reconnaissance, l'enrichissement, la maîtrise de l'habitude), voire sa mise à l'écart (l'extinction de l'habitude). En effet, si l'habitude est en quête de légitimité, la norme devient le canalisateur de ses effets parfois non contrôlés. Dans le fond, cette conciliation est affaire d'équilibre. Gravitant autour de la préservation d'un milieu ou de la survie d'une espèce, l'équilibre environnemental est ce à quoi tend la norme lorsqu'elle encadre – de manière réductrice parfois – l'habitude constitutive d'un danger pour la flore (le camping sauvage sur le site de Grand Anse) et la faune (la chasse aux tangles, la pêche aux bichiques). Lorsque des oppositions se présentent entre les habitudes de l'homme et les impératifs de la vie en société, la norme intervient pour rétablir

---

concernant l'accès au site de la cascade du Chaudron ; L'on précisera que l'interdiction d'accès à ces sites trouve sa justification dans la protection du captage de l'eau de source.

<sup>41</sup> Un agent avait été missionné à l'entrée du site de la ravine Saint-Gilles. Très vite dépassé par sa mission, son poste fut supprimé.

<sup>42</sup> La pénétration sur les sites de la cascade du Chaudron et de la ravine Saint-Gilles est passible d'une amende de 38 euros.

au mieux l'équilibre sociétal alors déstabilisé (le rodéo sauvage, le combat de coqs, les processions rituels, l'abattage rituel), tout en n'omettant pas la vision culturelle réunionnaise arc-en-ciel. Enfin, la norme assure l'équilibre vital en allant – s'il le faut – jusqu'à prononcer l'interdiction de l'habitude lorsqu'elle met en danger son pratiquant (les excursions sur les sites naturels de l'île).

Dans la mesure où l'habitude et la norme doivent s'adapter réciproquement l'une à l'autre – les illustrations susmentionnées l'ayant prouvé – et puisque l'article 73 de la Constitution prévoit en ses alinéas 1 et 2 l'adaptation des lois et des règlements afin de tenir compte des caractéristiques et contraintes particulières propres à l'île de La Réunion, le texte semble pour l'instant suffire à régir les rapports habitude-droit. Reste que de vives discussions sont engagées depuis plusieurs années quant à l'application pour La Réunion du principe de l'habilitation contenu aux alinéas 3 à 6 de l'article 73 du texte constitutionnel, lequel permettrait au département de se fixer lui-même les règles applicables sur son territoire après habilitation du Parlement national ou de l'autorité réglementaire. La question se pose alors : le rapport habitude-droit continuera-t-il d'être régi par le principe d'adaptation ? Ou alors d'autres principes s'y ajouteront-ils ? Quoi qu'il advienne, la vigilance s'impose car l'habitude pourrait trouver d'autres alternatives à sa légitimité, lesquelles mèneraient à redéfinir ses rapports au droit.



# *Recension d'ouvrage*

**Romain RAMBAUD**

## ***Droit des élections et des référendums politiques***

par Rémi BARRUÉ-BELOU

Maître de conférences en droit public

Université de La Réunion – Centre de Recherche Juridique (E.A. 14)

S'il existe de rares manuels consacrés au droit électoral, ils offrent pour la plupart une approche spécifique et donc centrée sur un aspect de celui-ci (financement, transparence, approche des décisions du Conseil constitutionnel, etc.). Les ouvrages embrassant une étude générale sont trop rares et ne présentent les différents aspects que de manière chronologique et non véritablement théorique, présentant les sources et les fondements de notre système, entre autres. L'ouvrage du Professeur Romain Rambaud<sup>1</sup> innove en ce sens en ce qu'il présente à la fois une analyse théorique (sources, démocratie représentative, élections, référendum, etc.) mais également pratique en détaillant le droit positif, notamment à la suite des dernières évolutions normatives. En cela, il offre une analyse réellement complète du droit électoral ainsi que du référendum et présente clairement l'état du droit positif.

L'un des aspects novateurs de ce manuel consiste à présenter les sources du droit des élections mais également des référendums politiques. Deux types de sources sont ainsi présentées : les sources que l'auteur qualifie d'« *intellectuelles* » et les sources normatives. On retrouve donc dès la première partie de l'ouvrage cet effort consistant à offrir au lecteur une analyse théorique puis pratique. Ainsi, les sources intellectuelles sont présentées de manière très pédagogique en analysant d'abord les sources théoriques (droit électoral, élections, régime représentatif, théories juridiques et des politologues) puis les

---

<sup>1</sup> Romain RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, Paris, LGDJ, 2019, 744 pp.

sources historiques, ce qui permet de suivre aisément l'évolution des différentes sources. Les sources normatives sont ensuite analysées et détaillent précisément les principes constitutionnels, qu'ils soient à portée générale, spécifiques ou jurisprudentiels. Leur analyse présente un réel intérêt pratique avec le développement du contrôle de constitutionnalité et de conventionalité des normes électorales. Romain Rambaud met ainsi en exergue un double mouvement, de constitutionnalisation et d'internationalisation du droit électoral tout en présentant également les sources qu'il qualifie d'« ordinaires », *i.e.* les normes nationales prévues tant par le droit positif écrit que par le droit souple (circulaires et divers guides proposés par des institutions ou organismes)<sup>2</sup>. Il offre alors une réelle méthodologie à l'attention du lecteur afin de savoir comment et où chercher les dispositions en vigueur selon les types d'élection.

La deuxième partie, quant à elle, traite d'abord des élections politiques. Sont ainsi présentées les conditions relatives aux élections présidentielles, que cela se rapporte au système électoral ou au déroulement de l'élection (calendrier, candidats, la campagne électorale et la proclamation des résultats). Un second chapitre se centre sur les élections parlementaires, qu'elles concernent les Parlements français ou européen. Sont ici présentées et expliquées de manière claire et précise les modalités de compositions de chaque assemblée, le système électoral et ses spécificités. Enfin, les chapitres trois et quatre ont pour objets respectifs l'analyse des élections locales de droit commun (municipales, communautaires et métropolitaines, départementales, régionales) et des élections locales spéciales (Paris, Lyon, Marseille, assemblée de Corse, régimes d'outre-mer), relativement peu connues.

Le second titre de cette seconde partie se rapporte aux référendums politiques. Sont ainsi distingués les référendums nationaux et les référendums locaux ainsi que les consultations locales. Cette dernière distinction est d'ailleurs fort utile car peu connue des étudiants et des citoyens, en général.

L'un des atouts de ce manuel réside dans la troisième partie qui dresse un tableau complet des acteurs des élections et des référendums politiques. Trois chapitres ont chacun pour objet les électeurs, les candidats et les élus. Les conditions tant substantielles que formelles propres aux électeurs sont clairement détaillées, tout comme les conditions relatives aux candidats. Sur ce dernier point, les conditions formelles de candidatures sont classiquement présentées mais l'aspect très intéressant ici concerne les conditions d'éligibilité et d'absence d'inéligibilité. Chaque cadre (parlementaire, régional, département, municipal) est traité afin de présenter les cas d'inéligibilité et les conditions s'appliquant à

---

<sup>2</sup> Comme le Ministère de l'Intérieur, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, le Conseil national de l'audiovisuel ou la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

chaque cadre. Le troisième chapitre présente un atout évident puisqu'il traite des incompatibilités, qu'elles soient politiques ou professionnelles et concernant les mandats nationaux ou européens. Des notions très usitées aujourd'hui et n'offrant pas toujours une consistance claire pour les citoyens, tant elles sont utilisées à tort et à travers, sont pédagogiquement analysées. Les notions et leurs effets de transparence, de conditions d'éligibilité font l'objet de développements fort pertinents afin de saisir précisément les dispositions qui s'y appliquent sont également traitées.

À côté des personnes physiques, les personnes morales font ensuite l'objet de développements : il s'agit ici de présenter les règles relatives aux partis politiques, leur contrôle par le juge et les règles financières mais aussi de présenter les institutions administratives (autorités centrales, déconcentrées et indépendantes, contrôlant par exemple les opérations électorales).

Les quatrième et cinquième parties se concentrent, elles, sur les contentieux des élections et les référendums politiques.

La quatrième partie va présenter et détailler les procédures des opérations électorales ainsi que des campagnes électorales. Concernant les procédures des opérations électorales, le Professeur Rambaud présente tout d'abord les opérations préparatoires au scrutin (constitution des listes électorales en analysant tant l'initiative et la réalisation de l'inscription que de la radiation) mais aussi les conditions de déclaration de candidature et la préparation des bureaux de vote. Un second chapitre va ensuite traiter des opérations électorales et de leur manifestation. Cela concerne alors les opérations de vote, les résultats par leur traitement et le contrôle de ces opérations. Ce manuel va également proposer une analyse des campagnes électorales de manière assez classique, tout en intégrant de nouveaux aspects. Sont traités, l'encadrement juridique de la campagne qualifiée de « *directe* », *i.e.* suivant les règles de procédure officielles et par le candidat et son équipe mais également les règles de la campagne « *indirecte* », c'est-à-dire réalisée par des tiers (radio, télévision, réseaux sociaux, sondages). À côté des règles relatives à la campagne, les règles propres au financement sont aussi analysées. Elles intègrent les procédures de contrôle du financement des campagnes et les limites qui sont constatées.

La cinquième partie s'attache, très logiquement et très clairement, à présenter et analyser les différents contentieux qui concernent le droit électoral et celui des référendums politiques. Pour ce qui se rapporte au contentieux électoral, l'ouvrage traite d'abord des contentieux « *périphériques* » puis des contentieux pré-électorales comme celui des actes préparatoires et de l'urgence. De larges développements sont aussi consacrés aux protestations électorales et détaillent dans un premier temps la procédure contentieuse devant le juge électoral, que ce soit le juge administratif et le conseil constitutionnel. L'office du juge électoral

est ensuite analysé dans un second temps : ses pouvoirs de confirmation des résultats de l'élection, de rectification ou d'annulation font l'objet de développements précis, tout comme ses pouvoirs de sanction.

Enfin, l'ouvrage se termine par l'autre volet du contentieux : le contentieux judiciaire. Pour ce qui concerne les aspects relatifs à l'état civil et des conditions d'éligibilité ou encore l'action des partis politiques, c'est l'office du juge judiciaire qui est clairement détaillé. Cela est complété par la présentation du contentieux pénal durant la campagne électorale et les conséquences que cela entraîne pour les candidats et les partis politiques.

Ce manuel présente le grand avantage d'offrir une analyse très large du droit électoral mais aussi des référendums politiques. Il réalise une riche synthèse des analyses généralement contenues dans divers ouvrages et offre également une nouvelle approche, celle du Professeur Rambaud, spécialiste de ces questions.

# *Jurisprudence commentée*

*Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien*

*Sous la direction d'ANISSA HACHEMI,*

*Professeure de droit public à l'Université de La Réunion*

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

## **10.1. DROIT ÉLECTORAL**

### **Vérification de la situation fiscale – inéligibilité – élections municipales 2020**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **10.2. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**

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

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

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

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

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

---

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

Dans l'ordonnance rendue le 5 juillet 2019, le juge administratif ne traite pas la question de l'intérêt à agir des demandeurs. Toutefois, il paraît évident que tant l'association (dont l'objet est d'œuvrer en vue de la réduction du risque requin) que les trois entreprises requérantes (dont les activités<sup>2</sup> sont directement affectées par les mesures d'interdiction de la baignade et des activités nautiques sur le littoral) ont intérêt à agir au titre d'un référé-liberté dont l'objet est de contraindre l'autorité administrative à adopter des mesures jugées plus appropriées dans le cadre de la gestion du risque requin. Par ailleurs, le fait que les requérants ne puissent justifier subir directement l'atteinte au droit au respect de la vie dont ils se prévalent ne fait pas nécessairement obstacle à la recevabilité de la requête. En effet, le Conseil d'État a admis le cas particulier du « *référé-liberté pour autrui* », c'est-à-dire la possibilité que des personnes privées puissent saisir le juge du référé-liberté afin de défendre les libertés d'une ou plusieurs autres personnes<sup>3</sup>. Précisément, la haute juridiction a reconnu que pouvaient agir sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA des associations dont l'objectif est de défendre des intérêts en lien avec leur objet statutaire<sup>4</sup>, mais aussi des sociétés dont le but est d'assurer la protection du droit au respect de la vie de leurs clients et salariés<sup>5</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

***Un constat dépourvu d'effets juridiques.*** Dans le point 4 de l'ordonnance, le juge précise simplement que l'accentuation des prélèvements de requins-bouledogues et de requins-tigres est « *au nombre des options à envisager* » pour prévenir de nouvelles attaques. Le juge se contente, autrement dit, ***d'encourager*** l'autorité administrative à considérer la possibilité d'adopter la mesure proposée, sans toutefois la ***contraindre*** à quoi que ce soit. À cette fin, est rappelé à l'autorité administrative que ne fait pas « *nécessairement obstacle* » à l'adoption de la mesure préconisée le décret du 21 février 2007 portant création de la Réserve marine dont l'objet est notamment « *d'interdire en principe toute atteinte aux animaux d'espèces non domestiques, d'interdire et de réglementer la pêche professionnelle, de loisir et la pêche sous-marine et d'encadrer la circulation humaine et de véhicules nautiques* ». Reprenant la décision du Conseil d'État du 27 novembre 2015<sup>6</sup>, le juge rappelle que le préfet peut délivrer des autorisations dérogeant à ces mesures en vue d'assurer la gestion de la Réserve et, en vertu du décret lui-même, prendre toutes mesures pour limiter les espèces surabondantes ou éliminer les espèces envahissantes. Il s'ensuit que le préfet peut « *notamment autoriser, à des fins de protection de la sécurité des personnes, des mesures de prélèvements des espèces dangereuses* ».

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

---

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

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

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

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

À propos de cette dernière condition (la condition d'urgence), il est intéressant de noter que la formule employée par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion se distingue de la formule, plus précise, employée par le juge des référés du Conseil d'État dans la première ordonnance relative à la crise requin rendue par la haute juridiction le 13 août 2013<sup>8</sup>. Dans cette ordonnance, le juge exige, en effet, que la situation permette « *de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures* ».

***L'atteinte à une liberté fondamentale.*** Pour ce qui est de la première condition évoquée, le juge reconnaît en l'espèce que les libertés dont se prévalent les requérants sont des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA. Cette opération ne pose aucune difficulté dans la mesure où le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de qualifier le droit au respect de la vie<sup>9</sup> et la liberté du commerce et de l'industrie<sup>10</sup> de libertés fondamentales au sens de cet article.

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

---

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

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

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

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

ces conditions en l'espèce, notamment en se référant à l'ordonnance du Conseil d'État du 13 août 2013<sup>11</sup>.

Dans cette ordonnance, la haute juridiction précise qu'il y a atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie lorsque « *l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes* ». Pour caractériser un tel danger, le juge des référés du Conseil d'État tire de faits<sup>12</sup> – qui ne sont pas sans rappeler ceux énoncés par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion dans son ordonnance de 2019 – l'existence d'un « *risque mortel, notamment pour une activité ordinaire de baignade proche du rivage* ». Par ailleurs, après avoir recensé les mesures prises par les communes, l'État et le préfet, le juge constate que « *ces mesures étaient insuffisantes pour remédier à la situation résultant de la multiplication des attaques de requins, notamment de celles qui se sont produites à proximité du rivage* ». Il conclut alors à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie avant de préciser que « *dans ces conditions, la condition d'urgence est également satisfaite* ».

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

---

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

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

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

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

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

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

La solution retenue par le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion en 2019 a été confirmée, en appel, par le juge des référés du Conseil d'État<sup>15</sup>.

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

---

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

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

<sup>15</sup> CE, 25 juillet 2019, req. n° 432876, cons. 4.

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

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



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

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

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

Dans une affaire jugée le 16 août 2019<sup>16</sup>, le juge du référé-suspension du Tribunal de Mayotte retient l'urgence à suspendre un refus de concours de la force publique. La décision constitue l'une des premières applications du contrôle des refus de concours de la force publique par le juge du référé-suspension et en même temps l'une des premières illustrations du succès de cette voie de recours.

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

---

<sup>16</sup> TA Mayotte, 16 août 2019, ord. réf., req. n°1901607.

référé-liberté<sup>17</sup> d'une demande d'injonction à l'autorité administrative de prêter concours de la force publique. Faute d'urgence au sens de cette procédure et en raison d'un refus justifié par les risques de troubles à l'ordre public, ses demandes furent rejetées. L'occupation irrégulière perdurant, le propriétaire sollicita à nouveau le concours de la force publique et contesta en 2013 devant le juge de l'excès de pouvoir la décision implicite de refus née du silence du préfet. Peinant à obtenir le soutien demandé, il allait cependant trouver quelque satisfaction dans la vente en viager, en cours d'instance, des parcelles irrégulièrement occupées à un important groupe spécialisé dans le bâtiment et le génie civil. Une fois la vente conclue, il se désista en 2016 de l'instance au fond toujours pendante.

L'acquéreur, après une nouvelle saisine infructueuse du juge judiciaire, sollicita à son tour du préfet de Mayotte le concours de la force publique afin de pouvoir prendre possession effective des parcelles toujours irrégulièrement occupées. Sa demande donna lieu à une décision implicite de refus permettant, en 2019, une nouvelle saisine au fond tendant à l'annulation de cette décision. Une procédure d'urgence fut concomitamment engagée, l'acquéreur choisissant non la voie du référé-liberté mais du référé-suspension<sup>18</sup> afin d'obtenir la suspension de la décision implicite de rejet ainsi que l'injonction au Préfet de Mayotte de prendre toutes mesures nécessaires afin d'assurer l'expulsion de l'occupante irrégulière des parcelles. Pour caractériser l'urgence, la requérante invoquait une atteinte grave et immédiate à la libre disposition de ses biens résultant de ce que l'absence d'expulsion de l'occupante irrégulière l'empêchait d'exploiter la carrière et la privait d'un important chiffre d'affaires. Elle se prévalait également de l'ancienneté de l'inexécution de la décision d'expulsion et des demandes, anciennes et vaines, de concours de la force publique. S'agissant du doute sérieux sur la légalité du refus de concours de la force publique, elle contestait le risque de trouble à l'ordre public pouvant résulter de l'expulsion, contrairement à ce qu'alléguaient, en défense, le Préfet de Mayotte ainsi que l'occupante irrégulière.

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

---

<sup>17</sup> CJA, art. L. 521-2.

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

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

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

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

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

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

L'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative est traditionnellement caractérisée lorsque la décision attaquée « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre »<sup>19</sup>. Cette urgence est par ailleurs appréciée globalement et au cas par cas<sup>20</sup>, en tenant compte de l'ensemble de la situation et des intérêts en présence. En matière de décisions de refus de concours de la force publique pour l'exécution de décisions de justice ordonnant l'expulsion d'occupants d'une propriété privée, le Conseil d'État a cependant précisé en 2017 que l'urgence devait être « appréciée en fonction de l'atteinte aux intérêts du propriétaire résultant de la poursuite de l'occupation irrégulière »<sup>21</sup>. Dans la

---

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

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

<sup>21</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 2017, req. n°406103, *AJDA* 2017, n°33, note A. PERRIN ; *JCP A* 2017, n°23, obs. L. ERSTEIN.

décision commentée, le juge des référés reprend expressément ce référentiel<sup>22</sup>. Il évoque d'abord la persistance de l'occupation irrégulière pendant une durée manifestement excessive en dépit de l'ancienneté des décisions ordonnant l'expulsion<sup>23</sup> ; c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts du propriétaire à la libre disposition de ses biens. Là où l'on aurait pu s'attendre à ce que le juge recherche si la décision implicite de refus de concours de la force publique attaquée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à cette libre disposition des biens, tel n'est cependant pas le cas. Les critères de gravité et d'immédiateté de l'atteinte à la situation du requérant sont exclus des données de caractérisation de l'urgence, faute d'être mentionnés et analysés, alors même que la requérante tentait expressément de les rapporter. L'urgence, pour la requérante « privée à ce jour de la possibilité de disposer des parcelles », est caractérisée au regard « d'une part de l'ancienneté manifestement excessive des décisions d'expulsion » et d'autre part « de l'ancienneté et de la répétition dans le temps des différents refus de prêter le concours de la force publique »<sup>24</sup>. Par conséquent, l'atteinte à même de caractériser l'urgence est non seulement celle causée par le nouveau refus, mais aussi celle causée par les refus précédents, répétés et anciens. C'est bien la persistance de l'ensemble des refus attaqués qui fait naître l'urgence, dès lors qu'elle est corrélée à la persistance excessive de l'atteinte à la libre disposition des biens résultant de l'inexécution des décisions prononçant l'expulsion. Ce qui s'apparente à une substitution du critère de la persistance de l'atteinte aux critères de gravité et d'immédiateté constitue un assouplissement significatif de la condition d'urgence, au grand avantage du requérant qui sera souvent en mal de rapporter l'urgence « particulière » exigée en matière de référé-liberté et pour qui le référé-suspension constitue en cas d'urgence la « voie normale »<sup>25</sup>.

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

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

Le référé-suspension est un référé d'urgence<sup>26</sup>. Il est tout à fait acceptable que le degré d'urgence requis ne soit pas aussi élevé que celui exigé en matière

---

<sup>22</sup> Point 9.

<sup>23</sup> Point 10.

<sup>24</sup> Point 11.

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

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

de référé-liberté où les pouvoirs du juge sont très étendus et coercitifs<sup>27</sup>. Dans le cadre du référé-suspension, les pouvoirs du juge sont moins étendus<sup>28</sup> mais contrebalancés par une condition d'urgence « simple » et l'exigence d'une illégalité simplement douteuse et non manifeste. Il paraît cependant excessif d'aller jusqu'à amputer la condition d'urgence des conditions de gravité et d'immédiateté. L'abandon de cette exigence, dans la décision commentée, met à mal la légitimité du recours à la procédure d'urgence. S'il appartient au requérant dans le cadre du référé-suspension de rapporter une urgence subordonnée aux conditions de gravité et d'immédiateté suffisantes du préjudice subi, c'est qu'elles permettent d'établir que le délai de jugement de l'instance au fond s'avèrerait bel et bien préjudiciable. L'urgence est classiquement celle « justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue »<sup>29</sup>. Or, renoncer aux critères de gravité et d'immédiateté sans y substituer un critère à même de révéler un degré d'urgence équivalent implique de renoncer à l'idée selon laquelle « le référé n'est pas une voie rapide pour requérants impatientes »<sup>30</sup>. En l'espèce, il est permis de douter que l'urgence aurait été caractérisée si le requérant avait dû démontrer une atteinte suffisamment grave et immédiate à la libre disposition de ses biens résultant de la poursuite de l'occupation irrégulière. L'occupation irrégulière des parcelles empêchait certes le propriétaire d'y exploiter une carrière, mais celui-ci ne justifiait pas avoir obtenu, ni même demandé, une autorisation d'exploiter une carrière<sup>31</sup>. Le juge des référés ne peut en l'espèce caractériser qu'une « intention (...) de maintenir l'affectation en carrière des parcelles » qui rend « l'exploitation effective d'une carrière » « difficilement envisageable »<sup>32</sup>. Or, si l'ancienneté manifestement excessive des décisions d'expulsion et l'ancienneté et la répétition dans le temps des différents refus de prêter le concours de la force publique traduisent une atteinte à la libre disposition des biens, cette atteinte ne saurait être *de facto* constitutive d'une urgence. La reconnaissance implicite de l'impossibilité d'attendre l'issue de la procédure au fond en l'absence d'un projet suffisamment défini et avancé est en l'espèce insatisfaisante. Exiger du propriétaire qu'il produise une autorisation d'exploiter ou *a minima* une demande d'autorisation paraissait en l'espèce la condition minimale pour que soit remplie la condition d'urgence. Envisager l'urgence comme une atteinte aux intérêts du requérant sans pour autant que cette atteinte ne requière un caractère suffisamment grave et

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

<sup>28</sup> CE, 1<sup>er</sup> juin 2017, req. n°406103, *op. cit.*

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

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

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

<sup>32</sup> Point 10.

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

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

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

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

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

L'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution prévoit l'obligation pour l'État de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice. Cette obligation ne se traduit cependant pas uniquement par l'obligation de prêter ce concours mais également par une obligation de diligence, ainsi que le rappelle le juge des référés<sup>33</sup>. Le préfet saisi d'une demande de concours de la force publique doit prêter ce concours seulement en l'absence de considérations impérieuses d'ordre public justifiant un refus. S'il oppose un premier refus justifié, le préfet saisi d'une nouvelle demande de concours de la force publique peut légalement opposer un nouveau refus si des considérations impérieuses d'ordre public le justifient toujours<sup>34</sup>. La décision de justice ordonnant l'expulsion peut toutefois demeurer inexécutée pendant une durée manifestement excessive au regard des droits et intérêts en cause. Dans cette hypothèse, quand bien même le nouveau refus serait justifié, le Préfet a l'obligation non de prêter le concours de la force publique mais « de rechercher toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux »<sup>35</sup>. L'obligation de concours à

---

<sup>33</sup> Point 1.

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

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

l'exécution des décisions de justice est donc duale : obligation de concours de la force publique et obligation de concours par l'accomplissement de diligences. Le Conseil d'État a modelé l'office du juge de l'excès de pouvoir au regard de ces deux obligations : « saisi d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir d'un nouveau refus de concours de la force publique, il appartient au juge administratif d'analyser les conclusions dont il est saisi comme dirigées non seulement contre ce refus, mais aussi, subsidiairement, contre le refus d'accomplir des diligences appropriées »<sup>36</sup>. Cette intégration du contrôle de l'obligation de diligence lorsque la contestation porte sur un nouveau refus de la force publique était indispensable pour permettre la sanction de l'obligation de diligence du préfet, composante de l'obligation pour l'Etat de prêter son concours à l'exécution des décisions de justice. Le juge du référé-suspension, saisi aux côtés du juge de l'excès de pouvoir d'une contestation de même nature, intègre lui aussi le contrôle du refus d'accomplir les diligences appropriées dans l'appréciation du doute sérieux sur la légalité du refus<sup>37</sup>. Il retient le doute sur la légalité après s'être prononcé tant sur les risques de troubles à l'ordre public<sup>38</sup> que sur l'obligation de diligence du Préfet<sup>39</sup>. Bien que le Conseil d'État n'ait pas eu l'occasion de se positionner sur la question, cette adaptation de l'office du juge du référé-suspension était nécessaire. Si aucun doute sur la légalité du refus de concours de la force publique n'est caractérisé en raison de motifs d'ordre public le justifiant, l'inexécution de la décision de justice pendant une durée manifestement excessive entraîne néanmoins une obligation de diligence pour le Préfet. Or, le refus de remplir cette obligation doit pouvoir être contesté dans le cadre de la procédure d'urgence dirigée contre le nouveau refus de concours de la force publique, puisqu'elle ne naît que dans le cas où ce refus est toujours justifié. Il en va de la bonne administration de la justice.

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

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

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

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Point 12.

<sup>38</sup> Points 12 et 13.

<sup>39</sup> Point 12.

publique est très claire<sup>40</sup>. La méthode choisie pour mettre en œuvre ce contrôle est en revanche plus imprécise. Pour caractériser le doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée, le juge évoque un risque d'ordre économique « très limité »<sup>41</sup>, un « risque de troubles sociaux » « confirmé »<sup>42</sup> mais non qualifié d'impérieux et l'absence de démonstration par le Préfet d'« avoir mis en œuvre et suivi efficacement les moyens nécessaires pour rechercher et favoriser toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux »<sup>43</sup>. La motivation de la décision ne permet pas d'identifier clairement si le doute sérieux sur la légalité tient au caractère non justifié du refus de concours de la force publique ou au refus d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion<sup>44</sup>. Ces deux éléments semblent être appréciés de façon alternative<sup>45</sup>, ce qui est regrettable. Reconnaître un doute sur la légalité du refus d'accomplir les diligences appropriées sans caractériser au préalable l'absence de doute sur la légalité du refus de concours de la force publique revient à postuler, sans la démontrer, l'absence de doute sur la légalité du refus de concours de la force publique. Or, ce n'est pas parce que l'autorité préfectorale aura accompli des diligences appropriées pour permettre l'expulsion qu'elle aura nécessairement opposé un refus justifié de concours de la force publique. Si le nouveau refus n'est plus justifié par l'ordre public, peu importe qu'elle ait accompli des diligences utiles : elle était tenue d'accorder le concours. Il importe de veiller à ce que l'autorité préfectorale ne puisse contester utilement le doute sérieux sur la légalité du refus de concours de la force publique du seul fait qu'elle soit en mesure de rapporter la preuve d'une certaine diligence. Par ailleurs, il importe de pouvoir distinguer à quelle décision se rapporte le doute sérieux sur la légalité pour distinguer quelle décision fera l'objet de la suspension par le juge des référés. Intégrer le contrôle du refus de diligences du préfet sans en tirer toutes les conséquences au niveau de la suspension fait courir un risque d'incohérence et d'inefficacité. En l'espèce, le juge sanctionne bien l'obligation d'accomplir les diligences appropriées, mais la décision suspendue est celle du refus de concours de la force publique. L'on peut donc espérer que le Conseil d'État définisse clairement l'office du juge du référé-suspension en la matière, de sorte à ce qu'il soit permis de distinguer clairement entre, d'une part, la recherche du doute sur la légalité du nouveau refus et, seulement dans le cas où un tel doute n'est pas caractérisé, la recherche du respect par le Préfet de son obligation de diligence

---

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

<sup>41</sup> Point 12.

<sup>42</sup> Point 13.

<sup>43</sup> Point 12.

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

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

d'autre part, avec la suspension de l'une ou l'autre décision selon les cas. On peut cependant se demander si cela permettrait vraiment de garantir l'adaptation de la procédure de référé-suspension à la contestation du refus d'accomplir les diligences appropriées. Quand bien même la possibilité serait reconnue au juge du référé-suspension de suspendre une telle décision, son pouvoir d'injonction se limiterait, en l'état de la jurisprudence, à « ordonner au Préfet de réexaminer la demande de concours de la force publique ». C'est l'injonction ordonnée en l'espèce par le juge<sup>46</sup>, alors qu'était sollicité l'accomplissement par le préfet des diligences appropriées et jugé que le préfet ne justifiait pas les avoir mises en œuvre.

C'est peut-être sur ce dernier point qu'apparaît l'intérêt majeur de l'ordonnance commentée. Cette décision révèle que l'injonction de réexaminer la demande de concours de la force publique sera inadaptée chaque fois que le doute sérieux sur la légalité résultera non du caractère injustifié du refus de concours de la force publique mais du refus de mettre en œuvre des diligences appropriées pour permettre l'expulsion<sup>47</sup>. En d'autres termes, sauf à adapter les pouvoirs du juge, la procédure de référé-suspension n'aurait aucun intérêt pour toute une catégorie de requérants : ceux qui souffrent non d'un refus injustifié de concours de la force publique mais d'un refus d'accomplir les diligences appropriées en vue de permettre l'expulsion. Or, l'existence d'une voie de recours dont la sanction ne permet pas de garantir efficacement les intérêts qu'elle protège est particulièrement regrettable pour l'État de droit. Elle l'est d'autant plus lorsqu'est en jeu une entorse à la séparation des pouvoirs pendant une durée manifestement excessive.

---

<sup>46</sup> Point 15.

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

## **10.4. DIPLÔMES ET FORMATIONS**

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

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

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

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

---

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

Rappelons que selon les termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, « *Quand une décision administrative (...) fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* ». Le juge doit donc apprécier concrètement l'urgence qui peut être caractérisée lorsque l'exécution de l'acte litigieux porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant<sup>2</sup> ou aux intérêts qu'il entend défendre selon une jurisprudence bien établie<sup>3</sup>. En l'espèce, le risque de retard de scolarisation permettrait, selon le requérant, de caractériser l'urgence et donc d'entraîner la suspension de la décision du maire.

Dans l'exercice de ses pouvoirs liés à l'inscription des enfants résidant dans la commune<sup>4</sup>, le maire ne bénéficie que d'une marge d'appréciation très restreinte puisqu'il se trouve en situation de compétence liée, dès lors que les critères légaux sont remplis. Il en résulte que les responsables légaux qui souhaitent demander l'inscription d'un enfant dans l'un des établissements d'une commune ne sont tenus de produire que la copie d'un document d'identité, un document relatif aux vaccinations effectuées et une preuve de résidence sur la commune pouvant être apportée par tout moyen. Tout refus d'inscription fondé sur un autre motif que le non-respect de l'une de ces conditions devra être considéré comme illégal, selon une jurisprudence constante, essentiellement relative à l'établissement de la preuve de résidence ou à la qualité de l'habitat. C'est ainsi que le juge administratif a pu considérer qu'un maire ne pouvait refuser l'inscription d'un enfant dont la famille vivait dans un logement financé par le SAMU social<sup>5</sup> ou encore celle d'un enfant dont la famille résidait dans une caravane stationnée irrégulièrement sur un terrain inondable<sup>6</sup>. Il n'est également pas possible, pour le maire, de refuser d'inscrire un enfant issu d'une famille de réfugiés syriens en

---

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

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

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

<sup>5</sup> TA Cergy-Pontoise, 15 novembre 2013, req. n° 1101769.

<sup>6</sup> TA Bordeaux, 21 octobre 2004, req. n° 0202058 et 022073.

arguant de difficultés d'adaptation, notamment linguistiques, et de la précarité de leur habitat<sup>7</sup>.

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

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

Toutefois, en l'espèce, si l'obligation de scolarisation et le droit à l'éducation reconnus en droit interne, comme en droit international<sup>8</sup>, imposent au maire d'une commune d'accéder à une demande d'inscription régulière, la balance des intérêts en jeu conduit le juge à prendre en considération plusieurs facteurs prégnants à Mayotte qui ne résultent pas du comportement fautif des collectivités locales concernées. Le manque de places dans les établissements scolaires est un phénomène qui existe également en France métropolitaine et que le juge considère comme susceptible d'empêcher la caractérisation de l'urgence. Le tribunal administratif de Versailles a ainsi pu considérer que le maire d'une commune pouvait légalement opposer le manque de places disponibles à une demande d'inscription, mais il avait agi dans le cas particulier d'une inscription en école maternelle qui, dès lors que l'instruction n'était alors obligatoire qu'à partir de l'âge de six ans, ne constituait pas un droit. En revanche, il a déclaré que le maire « *était tenu d'inscrire à l'école primaire l'enfant du requérant, âgé de plus de six ans à la rentrée scolaire et dont la famille réside sur le territoire de la commune même de façon précaire, sans pouvoir légalement opposer*

---

<sup>7</sup> TA Versailles, 15 mars 2018, req. n° 1800382.

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

*l'insuffisance des infrastructures d'accueil ni les difficultés d'adaptation des enfants ne parlant pas français »<sup>9</sup>.*

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

Selon le juge, les intérêts en cause, et plus particulièrement celui tiré de l'intérêt général lié au bon fonctionnement du service public de l'enseignement s'opposent à ce que l'urgence soit reconnue. Si les circonstances à Mayotte sont d'une difficulté telle que le juge doive en tenir compte dans l'appréciation concrète qu'il fait de la décision du maire lorsqu'il argue du manque de places pour refuser l'inscription d'un enfant dans l'une des écoles de sa commune<sup>10</sup>, certains éléments retenus dans l'ordonnance de référé semblent assez contestables. C'est ainsi que le juge relève qu'« *il n'est pas établi que les enfants du requérant [...] ne pourraient pas suivre une scolarité dans l'école d'une autre commune publique de Mayotte ou ailleurs* » alors que le maire est tenu de procéder à l'inscription dès lors que le demandeur réside sur le territoire de la commune. Plus surprenant encore, le tribunal administratif énonce qu'« *au surplus et sans que cela ne soit déterminant le requérant qui est d'origine comorienne n'a donné aucune précision sur sa situation personnelle notamment au regard de son droit au séjour ; qu'il en est de même de la mère de l'enfant [...] dont la carte nationale d'identité a été établie en 2014 aux Comores, pays dont*

<sup>9</sup> TA Versailles, 15 mars 2018, préc.

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

*elle est originaire, ce qui tend à établir que la famille du requérant se trouvait, encore récemment, dans ce pays* ». Rappelons pourtant que selon les termes de la circulaire du 20 mars 2002 précitée, l'école est un droit pour tous les enfants résidant sur le territoire national et qu'aucune distinction ne peut être faite entre élèves pour l'accès au service public de l'éducation, quels que soient leur nationalité, leur statut migratoire ou leur parcours antérieur<sup>11</sup> et qu'un comportement contraire pourrait être constitutif d'une discrimination au sens de l'article 225-2 du code pénal. Or ici, le juge administratif semble considérer, « *sans que cela ne soit déterminant* » que la situation personnelle des requérants peut être utilisée à l'appui du refus par un maire de l'inscription d'enfants dans une école de sa commune.

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

---

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

## **10.6. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT**

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

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

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

« *C’est l’arbre qui cache la forêt* » ! Ainsi peut-on résumer l’ordonnance du 29 avril 2019 rendue par le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion suspendant l’exécution de l’arrêté préfectoral du 9 novembre 2018 autorisant la société de concassage et de préfabrication de La Réunion (SCPR), au titre d’une dérogation à l’interdiction générale de défricher édictée à l’article L.363-2 du code forestier<sup>1</sup>, à procéder au défrichement d’un terrain de 35 ha sis Bois Blanc (commune de Saint-Leu), sous réserve de l’obtention de l’autorisation d’exploiter portant sur la carrière envisagée en ce lieu.

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

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

---

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

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

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

La recevabilité du recours de la SREPEN.

Le référé-suspension étant un recours accessoire dirigé contre un acte administratif contesté au principal par la voie de l'excès de pouvoir, la conséquence principale qui en découle est que la recevabilité d'une requête au fond conditionne celle du référé si bien que le juge administratif doit opposer d'office l'irrecevabilité de la demande au fond lorsqu'elle ne peut être couverte en cours d'instance<sup>2</sup>. Tel est le cas de la condition de délai de recours. En l'espèce le délai de recours de droit commun de deux mois s'appliquait et, à l'évidence, la SREPEN ne l'avait pas respecté<sup>3</sup>.

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

---

<sup>2</sup> CE, 1<sup>er</sup> mars 2004, *Socquet-Juglard*, n°258505.

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

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

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

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

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

---

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

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

Il précise comme inopérant, le fait que l'avis du 11 avril 2018 ait été émis par l'autorité environnementale du conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) en raison de l'objet différent sur lequel elle s'est prononcée, à savoir la demande d'autorisation de carrière et de mise en compatibilité du PLU de la commune de Saint-Leu. La dure loi de l'indépendance des législations, particulièrement prolixes en droit de l'environnement<sup>5</sup>, ne l'empêche néanmoins pas, et de façon quelque peu étonnante, de mentionner cet avis en affirmant que selon celui-ci, la « *demande de dérogation relative au défrichement devrait nécessairement, au cas particulier, intégrer une demande de dérogation au titre des espèces protégées (L.411-1 du code de l'environnement)* ». On notera à cet égard qu'il ne s'agit guère d'une intégration, mais d'une demande spécifique au titre du droit des espèces protégées qui est indépendante de celle relative au défrichement.

Sur ce dernier point, le juge administratif aurait alors pu reconnaître l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la demande de dérogation de défrichement en reprenant les critères de fond inhérents à une telle autorisation. Plus précisément l'article L.374-2 dispose que la dérogation à l'interdiction de défricher peut être accordée par l'autorité administrative lorsque la conservation des bois et forêts n'est nécessaire à aucune des fonctions suivantes : « *l'équilibre biologique d'une région ou d'un territoire présentant un intérêt remarquable et motivé du point de vue de la préservation des espèces animales ou végétales et de l'écosystème* ». C'est d'ailleurs ce que relèvent les parties requérantes et il est vrai que par le truchement de cette condition de fond, le juge administratif a étendu son contrôle de la légalité des autorisations de défrichement aux atteintes portées à la biodiversité<sup>6</sup>. L'atteinte potentielle au droit des espèces protégées, réprimée par ailleurs de lourdes sanctions pénales<sup>7</sup>, invitait à aller en ce sens. Elle fut davantage exploitée pour apprécier le critère de l'urgence.

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

---

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

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

<sup>7</sup> Articles L. 415-3 et s. du code de l'environnement.

porter un préjudice suffisamment grave et immédiat à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre. Le critère de l'urgence à suspendre une décision fait alors l'objet d'une appréciation objective et concrète, compte tenu des justifications fournies par le requérant<sup>8</sup>. Et celles-ci sont principalement d'ordre environnemental ; les requérants évoquent l'urgence à suspendre la décision du fait que l'exécution des travaux qui ont été entamés de façon prématurée générera d'importantes perturbations pour le milieu naturel digne de protection. À l'inverse, les défendeurs arguaient du faible impact environnemental des travaux, de l'importance des mesures de compensation et surtout de l'intérêt public majeur à faire en sorte que l'opération NRL ne soit pas interrompue.

Il appartenait alors au juge administratif de faire la balance entre les intérêts en présence. Si quelques décisions remarquées ont pu donner raison à l'intérêt écologique lié à la préservation du milieu naturel lors d'opération d'aménagement<sup>9</sup>, il est néanmoins à relever que le juge administratif confère rarement du crédit à l'urgence écologique face à un projet d'ampleur<sup>10</sup>, et particulièrement face à une demande de dérogation d'espèces protégées<sup>11</sup>. Pourtant, en l'espèce, le juge des référés va longuement s'appuyer sur la présence d'espèces protégées à proximité du site pour justifier le caractère d'urgence. Il relève à cet égard que le terrain « *jouxta la Ravine du Trou, où plusieurs espèces endémiques protégées ont été recensées, notamment le bois de lait et le bois d'ortie qui sont en danger critique d'extinction, et se trouve à proximité presque immédiate de zones naturelles dont la richesse environnementale, notamment à l'égard de la végétation, a justifié des classements au titre des espaces remarquables* ». Il note en outre la présence de la Vanesse de Bourbon, papillon en danger d'extinction ou encore de caméléons, d'une espèce de chiroptère rare pour conclure à une importante perturbation des écosystèmes qui implique, « eu égard [...] à la perspective d'un démarrage à très brève échéance de l'opération de défrichement » à suspendre la décision.

---

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

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

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

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

Cette argumentation est poursuivie par une autre, aux allures parfois « politiques » aux confins du juge-administrateur, visant à dénier l'intérêt public majeur lié au maintien de la dérogation à l'interdiction de défrichement. S'il indique que l'opération est d'utilité publique et que l'achèvement du tronçon de 2,7 km F digue est de nature à garantir la sécurité et de bonnes conditions de circulation pour les déplacements entre le Nord et l'Ouest de La Réunion, le juge administratif relève que le besoin en roche massive ne rend pas indispensable la réalisation de la carrière sur le site de Bois-Blanc. Il note, parmi les solutions alternatives mettant en exergue une façon toute particulière de prendre en compte des éléments extrinsèques au service de l'appréciation de l'urgence<sup>12</sup>, l'usage possible des andains agricoles ou l'importation de roches massives. Il effectue *in fine* une appréciation sévère du projet qui ne semble pas relever de son office, mais bien plus d'un jugement en opportunité en affirmant que « *le projet NRL dans sa conception se caractérisait par l'absence d'une réelle réflexion sur les moyens d'approvisionnement à mettre en œuvre pour réaliser la partie « digue » de l'ouvrage, laquelle n'a été imaginée et validée que dans le but de diminuer le coût global de l'opération* ». Il précise au surplus que « *le retard susceptible d'être constaté en juin 2019 [...] peut être regardé comme principalement imputable au maître de l'ouvrage de l'opération et à l'autorité préfectorale, qui ont négligé de lancer en temps utile les procédures [...] permettant de conforter la base juridique de l'une ou l'autre des hypothétiques autorisations d'exploitation de roches massives* ». L'ensemble de ces propos le conduise à conclure inévitablement à ce que « *l'intérêt public dont se prévalent les défenseurs est insuffisamment caractérisé* ». En somme, le juge administratif mobilise un argumentaire sur les erreurs commises par l'administration dans le cadre de la réalisation de l'opération « NRL » pour dénier l'urgence à ne pas suspendre et en vient à juger l'administration sur un plan autre que la légalité. Pourtant, l'environnement érigé au niveau constitutionnel comme intérêt fondamental de la nation<sup>13</sup> pouvait s'extraire de ces considérations par trop périphériques relativement à la décision attaquée et il est à craindre que l'espèce montre une certaine réminiscence du « gouvernement des juges » au détriment de la crédibilité du droit de l'environnement.

---

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

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

## **10.7. FONCTION PUBLIQUE ET DROIT DU TRAVAIL**

### **Concours – préférence locale – impartialité**

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

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

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

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

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

Mode principal d'accès aux emplois publics, le *droit des concours*<sup>1</sup> demeure, à l'instar du droit de la fonction publique, essentiellement lié au principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics. Le concours serait alors perçu comme le procédé de recrutement le plus objectif permettant de garantir l'égalité méritocratique et l'égalité de traitement entre les candidats<sup>2</sup>, conformément à

---

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

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

l'article 6 de la DDHC de 1789. Toutefois, le contentieux abondant<sup>3</sup> en cette matière a pu conduire la doctrine à constater une forme de *déclin* du principe d'égalité<sup>4</sup>.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Pratique réputée, par nature, discriminatoire et communautariste, elle serait, *per se*, contraire à la tradition républicaine<sup>8</sup>. En annulant les actes des opérations du concours, le Tribunal Administratif se positionne comme le gardien de la tradition républicaine. Conforme à la jurisprudence déjà établie par ses confrères, la préférence locale serait une *discrimination suspecte* nécessitant une attention toute particulière de la part du juge (I). Toutefois, il reste peu probable que cette annulation puisse mettre un terme à toutes tentatives locales d'instaurer des mesures de préférence locale : telle l'hydre, *pour une tête coupée, deux autres repousseront-elles ?* (II).

---

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

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

## I. Ni le chameau, ni le moustique ne passeront !<sup>9</sup>

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

Si la préférence locale, se présente *per se* comme une *discrimination suspecte* contraire à l'universalisme républicain par la doctrine, elle a pu être, à certaines occasions, directement confrontée par le juge au principe de légalité et d'égalité. Toujours, alors, fut-elle condamnée par la juridiction administrative et notamment par les juridictions du fond. Gardien, parfois « zélé » de la tradition républicaine à l'encontre des réalités ultramarines<sup>11</sup>, le Tribunal Administratif de La Réunion s'inscrit dans la politique jurisprudentielle éprouvée en matière de préférence locale pour l'accès aux emplois par d'autres tribunaux administratifs. A l'encontre du principe d'égalité, aucune atteinte avérée (A) ou simplement supposée (B) ne sera tolérée.

### **A. Le Tribunal Administratif censeur de la préférence locale avérée**

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

En Polynésie française, alors que les acteurs politiques locaux militaient pour la mise en place, jugée nécessaire, de la préférence locale<sup>12</sup> et en raison de l'absence de réponses nationales, les institutions publiques locales décidèrent d'élaborer un certain nombre de réglementations dans cette optique. Par un décret n°82-622 du 19 juillet 1982 relatif aux dispositions statutaires applicables au corps des instituteurs de Polynésie française était exigée aux candidats au

---

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

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

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

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

concours, en son article 4, une durée préalable de résidence de 5 ans. Cette condition de résidence sera, par la suite, reprise par l'Assemblée Territoriale dans l'accès aux emplois d'agents immobiliers<sup>13</sup>, d'huissiers et de clercs assermentés<sup>14</sup>, de pharmaciens<sup>15</sup> ainsi que pour l'accès à la fonction publique territoriales<sup>16</sup>.

Ces réglementations locales seront déférées au Tribunal Administratif de Papeete. Sur saisine du Haut-Commissaire de la République, la délibération, du 29 janvier 1991, relative à la préférence locale dans la fonction publique territoriale est annulée<sup>17</sup>. Fondée, *a priori*, sur un vice de forme, l'Assemblée territoriale adopte, le 23 juillet 1992, une nouvelle délibération. Immédiatement déférée au Tribunal Administratif de Papeete, elle est également annulée<sup>18</sup>. L'affaire est portée devant le Conseil d'État qui confirme la décision du Tribunal Administratif<sup>19</sup>. Le même jour, le Conseil d'État annulait la délibération relative à l'accès aux emplois d'huissiers<sup>20</sup>. Par la suite, seront également annulées les délibérations relatives aux pharmaciens<sup>21</sup> et aux agents immobiliers<sup>22</sup>.

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

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

<sup>13</sup> Délibération AT n°90-40 du 15 février 1990.

<sup>14</sup> Délibération AT n°92-112 du 20 août 1992.

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

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

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

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

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

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

<sup>21</sup> TA Papeete, 6 décembre 1998, *Mme. Liao c. Territoire*.

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

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

Toutefois, lorsque le principe spécifique d'égalité méritocratique n'est pas pertinent, dans le cas notamment de l'accès aux emplois privés, le juge administratif se fonde sur le principe général d'égalité. Ainsi, à propos des délibérations relatives aux emplois de pharmacien ou d'agent immobilier, le Tribunal Administratif de Papeete a pu se fonder sur l'ex article 2 de la Constitution de 1958 qui interdit toute distinction d'origine, de race et de religion entre les citoyens. S'il n'était, formellement, pas question, pour la juridiction administrative, d'une discrimination sur l'origine ou la race, la condition de résidence : « *institue une discrimination entre citoyens français selon qu'ils sont ou non-résidents du territoire (...) et sans que cette discrimination puisse être justifiée par aucun intérêt général propre au territoire* ». En d'autres termes, la préférence locale fondée sur un critère de résidence n'est pas une discrimination interdite par la Constitution<sup>24</sup> ; elle se doit, toutefois, d'être justifiée par un motif d'intérêt général conformément à la formulation prétorienne du principe d'égalité<sup>25</sup>.

De même, sur le fondement du principe général d'égalité et notamment sur le principe constitutionnel d'unicité du peuple français<sup>26</sup>, le Tribunal Administratif de Nouméa a pu annuler une décision du Gouvernement du territoire refusant l'intégration d'un professeur certifié d'Anglais au motif que : « *les postes disponibles pour l'enseignement de la langue anglaise étaient peu nombreux et devaient être réservés aux étudiants calédoniens* ». Au même titre qu'il ne saurait exister, au sein de l'universalisme républicain un « peuple corse », il ne saurait – semble-t-il – exister des « étudiants calédoniens » titulaires de droits. L'ombre-portée *ethnicsante* de la formule ne peut que conduire à sa censure.

Plus récemment, le Tribunal Administratif de La Réunion était également en proie à des mesures de préférence locale mises en place par le SDIS de La Réunion. Était mis en cause, le tableau d'avancement au grade d'adjudant de sapeur-pompier professionnel qui parmi les critères avait posé la durée des services au sein du seul SDIS de La Réunion, à l'exclusion des autres SDIS. Cette prime au « local » avait alors été jugée discriminatoire par les juges de la Rue Felix Guyon et fut annulée<sup>27</sup>.

---

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

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

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

<sup>27</sup> TA Saint-Denis, 26 octobre 2017, req. n°1600732.

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

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

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

Ce moyen semble du reste parfaitement cohérent, mais n'appelle en définitif que peu d'observations. En effet, le juge administratif vérifie traditionnellement, au terme d'un contentieux abondant<sup>28</sup>, que le jury du concours respecte le principe d'impartialité. Lorsqu'il est relevé une atteinte au principe, les opérations du concours sont annulées. Sa portée, dont la valeur de principe général du droit est reconnue<sup>29</sup>, a pu être précisée par le Conseil d'État dans un arrêt du 18 juillet 2008<sup>30</sup>. Ainsi : « *le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie professionnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation ; qu'en outre un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat ; qu'en dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable* ». En d'autres termes, la partialité du membre du jury serait relevée

---

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

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

<sup>30</sup> CE, Sect., 18 juillet 2008, req. n°291997.

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

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

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

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

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

---

<sup>31</sup> M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2012, p. 290.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 294.

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

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

<sup>35</sup> CE, 18 mars 1983, *Spina*, req. n°33379.

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

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

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

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

Du reste, le membre du jury aurait-il pu s'abstenir de siéger ? En effet, la pratique des jurys de concours ou d'examens serait la suivante : lorsqu'ils suspectent un risque d'impartialité, les membres s'abstiennent de participer à l'évaluation du candidat<sup>37</sup>. Cette pratique de bonne intention semble pour le Tribunal administratif de La Réunion n'aurait pas, semble-t-il, permis de purger le vice d'impartialité. En effet, le juge administratif tend à poser une interdiction générale de siéger au sein du jury : « (...) *cette position de principe consistant à instituer une discrimination au détriment des candidats en provenance de la métropole, faisant obstacle, (...), à ce que l'auteur de telles déclarations participe aux opérations du concours litigieux, particulièrement au stade de l'épreuve d'orale d'admission* ». Bien que le juge spécifie le stade de l'épreuve d'orale

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

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

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

Cette opposition de principe semble du reste parfaitement conforme au droit positif. En effet, le Conseil d'État a pu consacrer le principe d'unicité du jury du concours comme étant le corollaire du principe d'égalité entre les candidats<sup>38</sup>. Selon Y. AGUILA, ce principe « (...) implique que le jury doit être au complet, tout au long des épreuves et jusqu'à la délibération finale »<sup>39</sup>. Il revêt une force particulière : non seulement la présence de tous les membres du jury est obligatoire tout au long des épreuves<sup>40</sup>, mais en plus, il doit exprimer son opinion<sup>41</sup>.

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

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

## **II. Pour une tête coupée, deux autres repousseront ?**

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

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

---

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

<sup>39</sup> Y. AGUILA, *op cit.*

<sup>40</sup> CE, 17 juin 1927, *Bouvet*, Rec. 1927, p. 676.

<sup>41</sup> CE, 28 juillet 1908, *Mathieu*.

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

### A. Des conséquences immédiates limitées

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

En l'espèce, le juge n'apporte aucune information. En théorie donc l'annulation de la délibération et de l'arrêté doit conduire à un retour *au statu quo ante*. En d'autres termes, le concours interne serait annulé. Et pour cause, ce n'est pas tant l'arrêté de nomination des membres du jury qui est contesté, mais bien la décision finale au concours : la liste d'aptitude. Si les actes d'opération d'un concours forment une opération complexe<sup>42</sup>, il semble ici que le juge ait fait application de la théorie de l'absence d'indivisibilité des actes<sup>43</sup> ainsi que la théorie de l'exception d'illégalité puisqu'en principe, la liste d'aptitude n'est pas un acte susceptible de recours direct en annulation<sup>44</sup>. Par la théorie de l'exception d'illégalité, toutefois, il demeure possible de contester la composition irrégulière du jury<sup>45</sup>. L'on peut, à cet égard, regretter que le défendeur ne se soit pas pleinement approprié l'ensemble de ces questions en soutien de sa demande de rejet.

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

L'application du strict principe de légalité devrait conduire à rendre caduque la nomination des lauréats. Or, une telle position serait de nature à porter atteinte à la théorie des droits acquis, mais également au principe de sécurité juridique. Cette conception stricte a pu effectivement être mise en œuvre. La censure des opérations du concours obligeait l'administration à déclarer la caducité des nominations<sup>46</sup>, quand bien même, ces nominations seraient devenues définitives.

---

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

<sup>43</sup> CE, 20 juin 1990, *De Carvalho*, req. n°100888.

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

<sup>45</sup> CE, 13 octobre 1982, *Moulin*, req. n°28007.

<sup>46</sup> CE, 21 novembre 1962, *Pelbois*, *Rec.* 1962, p. 624.

La jurisprudence sur ce point a pu évoluer<sup>47</sup>. Ainsi, lorsque la décision de nomination est devenue définitive, les lauréats conservent le bénéfice du concours. En l'espèce, si la nomination des candidats inscrits sur la liste d'aptitude est devenue définitive, conformément aux dispositions du Titre IV du Code des relations entre le public et l'administration ; ceux-là préservent le bénéfice de la nomination. En d'autres termes, l'annulation n'aura *a priori* aucune conséquence pour eux. A défaut, seule une loi de validation devra « sécuriser » leur nomination.

*Quid*, en second lieu, du sort des requérants, évincés du concours ? Dans cette optique, le Tribunal Administratif n'apporte aucun éclairage. Si l'impact du membre du jury jugé impartial aura été significatif – sans autres études statistiques du concours et sans préjuger de l'absence d'éthique du jury, ni surtout de la qualité des candidats locaux, il est notable que sur 51 candidats inscrits sur la liste d'aptitude, seuls 3 candidats non-locaux ont été *in fine* retenus –, il ne pèse sur l'Administration aucune obligation d'organiser un nouveau concours<sup>48</sup>. En d'autres termes, l'annulation n'emporte, en définitive aucun bénéfice à l'endroit des requérants ; sinon, celui de la préservation de la légalité.

D'autres conséquences auraient d'ailleurs pu être imaginées par les requérants. En soutien du recours pour excès de pouvoir, les requérants auraient pu lier un contentieux indemnitaire sur le fondement de la perte de chance. En effet, eu égard à l'impartialité du membre du jury, les candidats évincés auraient pu y voir une perte de chance de réussir le concours. La notion de perte de chance en matière de fonction publique a pu être consacrée par le Conseil d'État, dans un arrêt du 3 août 1928<sup>49</sup>. Le candidat subissant un préjudice spécial et anormal pourrait engager la responsabilité sans faute de l'Administration<sup>50</sup>.

De même, le grief tiré d'une éventuelle discrimination aurait pu être examiné par le juge. En effet, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires interdit toutes discriminations directes – lorsque la différence de traitement se fonde sur des critères expressément prohibés – et indirectes – lorsqu'une pratique apparemment neutre, est susceptible d'impliquer une distinction illégitime entre les candidats. Toutefois, la preuve de la discrimination tend à relever, à de rares exceptions près<sup>51</sup>, de la *probatio diabolica*, la preuve difficile, voire impossible à fournir.

---

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

<sup>48</sup> CE, 13 mars 2002, *Benadhira*, req. n°2333157.

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

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

<sup>51</sup> Pour exemple : CE, 10 avril 2009, req. n°31188.

Lié par les écritures des parties<sup>52</sup>, le Tribunal Administratif n'aura pas eu l'occasion de se prononcer sur l'existence ou non d'une véritable discrimination révélant au sein du jury une pratique de préférence locale. Le pouvait-il seulement ? En définitive, la préférence locale serait-elle impunie ?

## **B. Des conséquences médiates limitées**

Cette décision, si elle permet de rappeler l'attention, toute particulière, du juge administratif à l'égard de la préférence locale, ne saurait décourager certaines pratiques « localistes ». Et pour cause, ce même SDIS, toujours sur fond de localisme, a pu déjà être condamnée par le Tribunal Administratif de La Réunion<sup>53</sup>.

Car, d'emblée, il convient de l'affirmer : le localisme n'est pas la préférence locale. Le localisme s'entend d'une pratique, d'une manœuvre visant, sous couvert d'objectivité et du respect formel du principe d'égalité de favoriser un candidat local au détriment d'un candidat non-local. En d'autres termes, le localisme s'habille, pour mieux se développer, des apparets de la légalité. Il profite et se développe, en raison de la marge de manœuvre dont bénéficie l'Administration ou toute autre entité, d'un contrôle juridictionnel à faible intensité. En ce sens, le localisme se développe dans le non-droit<sup>54</sup>. Par exception, il est révélé par le juge. Lorsqu'il l'est, le juge ne peut s'en saisir que de manière indirecte. Tel est le cas en l'espèce.

Le localisme est, en ce sens, particulièrement stigmatisé dans le recrutement des enseignants-chercheurs. Sous couvert, du respect apparent des règles formelles, d'aucuns notent une pratique des universités à recruter « leur » candidat<sup>55</sup>. Or, une telle pratique s'inscrit, selon nous, moins en rupture avec le principe d'égalité de traitement des candidats que celui de transparence. En effet, nombres de justifications pourraient légitimer le recrutement préférentiel des candidats locaux. Faut-il, alors, que les critères de distinctions soient parfaitement connus de tous les candidats ; qu'ils soient conscients de se lancer dans une « course à handicap » dès le départ.

---

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

<sup>53</sup> TA Saint-Denis, 26 octobre 2017, req. n°1600732.

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

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

En l'espèce, rien ne saurait préjuger d'une pratique localiste au sein du concours. Pourtant, l'Administration ne pouvait ignorer les prises de positions publiques du membre du jury, ni ignorer quels impacts psychologiques positifs et négatifs que la présence du membre du jury pourrait avoir sur les candidats. L'observateur le plus candide ou le plus complotiste s'étonnera, même, de la période d'admission, où le prix des billets d'avions s'envole. Dans la presse locale, les requérants ont, ainsi, pu rappeler l'ensemble des dépenses afin de pouvoir participer au concours<sup>56</sup>.

La préférence locale, tout au contraire, est un droit ; plus encore, il est *dans* le droit. En ce sens, il s'insère explicitement dans l'ordre juridique. De fait, l'ordre juridique peut le contenir au regard du principe de légalité et de la hiérarchie des normes. Ainsi, posée explicitement comme une dérogation, pour la Nouvelle-Calédonie – au titre des accords de Nouméa de 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999 – et pour la Polynésie française – au titre de l'article 74 de la Constitution et de la loi organique du 27 février 2004 –, la préférence locale fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du Conseil constitutionnel<sup>57</sup>, allant jusqu'à élaborer un contrôle analogue au *strict scrutiny* de la discrimination positive<sup>58</sup>.

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

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

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

---

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

<sup>57</sup> CC, 15 mars 1999, n°99-410 DC.

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

sein des administrations locales, au moins s'agissant des cadres<sup>59</sup>. L'ensemble des outre-mer semble stigmatiser une administration « accaparée ». La préférence locale serait alors l'un des moyens – elle ne saurait être la seule ou l'unique – visant à contenir ce phénomène qui crispe la vie locale.

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

À titre informatif, nous ne saurons que rappeler, au membre du jury « stigmatisé », à ses obligations de réserve et de neutralité ; quand bien même serait-il amené à promouvoir la préférence locale dans une action syndicale. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu, dans un arrêt du 9 septembre 2016<sup>60</sup>, affirmer qu'un syndicat, en l'espèce corse, qui promeut la préférence locale poursuivait manifestement un but politique, qui excède les objectifs des organisations syndicales et apparaissait comme un outil pour diffuser la doctrine de certains courants politiques ; que le syndicat agit comme une organisation régionaliste défendant des intérêts régionalistes. Dès lors, le syndicat poursuit, dans son action, un objet illicite, contraire aux valeurs républicaines.

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

---

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

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

# *Chronique de la jurisprudence judiciaire française de l'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*

## **3. DROIT DES CONTRATS ET DES SÛRETÉS**

### **3.1 La formation du contrat**

**Conditions de formation du contrat - obligation d'information et de conseil – responsabilité du fait des produits défectueux.**

**Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 30 oct. 2019, n°17/00032 et n°17/00315**

*Valentin Baudouin, Docteur en droit, Enseignant contractuel à l'Université de la Réunion*

Deux espèces, a priori similaires, dans lesquelles des éleveurs ont acquis des bovins non dépistés pour la leucose bovine auprès d'une société coopérative, ont donné lieu à deux arrêts opposés de la cour d'appel de Saint-Denis le 30 octobre 2019.

Dans la première espèce (n°17/00315), un éleveur achète, de 1997 à 2000, un total de 42 bovins auprès de la société d'intérêt collectif agricole SICA LAIT. Dès l'année 2000, l'agriculteur constate au sein des génisses une baisse de la production laitière, une chute de la fécondité, des avortements et des décès. Après référé expertise et rapport de l'expert remis en 2014, il assigne la société coopérative ainsi qu'une clinique vétérinaire en responsabilité pour dol, fautes graves à l'origine de la contamination du cheptel et manquement au devoir d'information et de conseil. Il est débouté par le TGI de Saint-Pierre le 16 décembre 2016 et interjette appel.

Se prononçant sur l'existence d'un dol, la cour d'appel rappelle qu'il peut être constitué par la dissimulation intentionnelle d'un élément déterminant pour le cocontractant (v. art. 1137 nouv. C. civ.). Pour caractériser l'existence d'une manœuvre dolosive de la société coopérative, les conseillers s'appuient sur les résultats de l'expertise. Il y est constaté qu'en 2002, des tests ont permis de démontrer que 30 vaches étaient atteintes de la leucose bovine, soit 67 % du troupeau. L'ensemble des bovins ayant été acquis auprès de la coopérative, la cour en déduit que la contamination ne pouvait provenir que de cette dernière. Les

conseillers ajoutent que la SICA LAIT ne pouvait ignorer l'existence d'une épidémie de leucose à La Réunion depuis 1988 alors qu'un test sérologique obligatoire permettait de la déceler. La SICA LAIT a bien tenté de se prévaloir d'un arrêté préfectoral de 2006 rendant facultatif un tel test mais la cour d'appel balaye cet argument en soulignant la chronologie des faits ainsi que l'annulation dudit arrêté par le tribunal administratif en 2015 (sur l'étrange réglementation sanitaire relative à la leucose bovine v° l'arrêt CE, 20.03.2017, n° 395326, Lebon 2017). La cour d'appel souligne que la dissimulation de l'information sur le risque de leucose des bovins vendus ne pouvait être justifiée par un « prétendu intérêt général » sur lequel se fondait la SICA LAIT et consistant à dire que l'application de la réglementation sur la leucose bovine aurait rendu impossible toute transaction à l'intérieur de l'île parce que les cheptels laitiers étaient contaminés à 70 %, ce qui aurait "remis gravement en cause" l'existence même de l'élevage bovin à la Réunion. Enfin, la remise à l'éleveur d'un certificat de bon état général des bovins, détournant la vigilance de ce dernier, termina de convaincre la cour d'appel de la manœuvre dolosive. Dès lors, l'absence de dépistage de la leucose bovine et l'absence d'informations sur les risques en découlant permettent à la juridiction d'appel d'affirmer qu'elles sont constitutives d'un dol à l'origine de la contamination du troupeau de l'éleveur permettant d'obtenir l'indemnisation de son préjudice par la SICA LAIT. A noter que la responsabilité pour dol de la clinique vétérinaire est écartée car tiers au contrat de vente des bovins. Le moyen relatif au manquement à l'obligation d'information et de conseil du vétérinaire est également écarté : pointant la faiblesse des conclusions sur ce point, la cour indique que l'éleveur ne précise par la nature de l'information qui aurait dû lui être délivrée par le vétérinaire lors de la délivrance des soins aux bovins ni le préjudice né de son absence.

Dans la seconde affaire (n°17/00315), la responsabilité de la coopérative SICA LAIT est écartée. L'issue est différente alors qu'on aurait pu s'attendre à une solution identique pour le cas d'un éleveur ayant lui-aussi acquis des bovins non dépistés à la leucose bovine. Tandis que le premier éleveur opte pour l'engagement de la responsabilité de la coopérative sur le fondement des conditions de validité de formation du contrat (obligation d'information et dol), le second éleveur fonde son action en responsabilité sur la responsabilité du fait des produits défectueux (1386-3 et s. anc. C. civ.). Le manquement résidant selon l'éleveur dans la livraison de génisses contaminées. Les conseillers se fondent sur l'expertise – également demandée par l'éleveur – pour constater qu'il y est conclu à la contamination du cheptel. Néanmoins, contrairement à l'affaire précédente l'expertise ne permet pas d'établir le lien de causalité entre ladite contamination et la vente de génisses par la coopérative. L'éleveur ayant notamment eu le malheur d'acquérir des bovins auprès d'autres vendeurs, la preuve de l'origine de la contamination n'est pas rapportée alors que le premier éleveur avait acquis l'ensemble de son cheptel auprès de la coopérative. Faute de démonstration

suffisante, son recours est rejeté. Aussi, peut-être aurait-il été préférable pour l'éleveur d'étayer son action en responsabilité sur le fondement de l'obligation de conseil et d'information et le dol.

### **3.2 Les effets du contrat**

**Interdépendance contractuelle – Crédit-bail – Résolution – Responsabilité – Clause pénale**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 15 novembre 2019, n°17/01296**

*Clotilde Aubry de Maromont, Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion*

Lorsqu'une opération repose sur la conclusion de contrats interdépendants, les difficultés surviennent dès lors que la remise en cause de l'un des contrats de l'ensemble est envisagée. La vente de matériel passée en vue la mise en location longue durée de ce matériel par un contrat de crédit-bail constitue une hypothèse typique d'interdépendance contractuelle. En l'espèce, une première société (le vendeur) avait conclu un contrat de vente de matériel avec une seconde société (le crédit bailleur) en vue de sa mise en location longue durée via un contrat de crédit-bail consentie à un professionnel pour l'exercice de son activité libérale de dermatologie (le crédit preneur). La remise du matériel est effectuée directement du vendeur au crédit preneur et est matérialisée par la signature d'un bon de commande. Deux ans après la conclusion de l'opération, le matériel se révèle défectueux conduisant le crédit preneur à interrompre le versement des loyers. Le litige qui survient conduit à s'interroger sur l'anéantissement en chaîne des contrats de vente et de crédit-bail, sur la mise en œuvre d'une clause résolutoire et d'une clause pénale au titre de l'inexécution du contrat de crédit-bail, et sur l'existence d'une obligation d'information et de conseil à charge du crédit bailleur lorsqu'il contracte avec un professionnel. L'arrêt est donc très riche.

Concernant l'anéantissement des contrats en cause, les juges ne font pas droit à la demande du crédit preneur qui entendait voir prononcer la résolution du contrat de vente de matériel et la résiliation conséquente du contrat de crédit-bail. Ils rappellent fort justement qu'aucun contrat de vente n'a été passé entre le vendeur du matériel et le crédit preneur. La solution est justifiée au nom de l'effet relatif des conventions. Si le matériel a directement été remis au crédit preneur par le vendeur, c'est aux termes d'un contrat de vente passé avec un tiers : le crédit bailleur. La jurisprudence qui reconnaît la caducité du contrat de crédit-bail en cas de résolution du contrat de vente (Cass. Ch. Mixte, 13 avril 2018, n°16-21345 ; Bull. civ. I, n°285 ; D. 2018, p. 1185, note H. Barbier ; AJ contrat 2018, p. 277, obs. C.-E. Bucher ; RTD com. 2018, p. 434, obs. D. Legeais ; JCP 2018, n°543, note F. Buy , Gaz. Pal. 2018, n°31, p. 27, note D. Houtcieff) n'est donc pas applicable à l'espèce. Par ailleurs, les juges retiennent que le contrat de crédit-bail

ne peut pas non plus être résolu à raison du manquement du crédit bailleur à son obligation de délivrance conforme du matériel car le crédit preneur a formé sa demande après plus de deux ans d'utilisation du matériel.

Concernant l'inexécution du contrat de crédit-bail résultant du défaut de paiement des loyers, elle ouvre la voie à l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au contrat. La solution est justifiée dès lors que le crédit preneur a valablement été mis en demeure de s'exécuter (Cass. 1re civ., 3 février 2004, n°01-02020 ; Bull. Civ. I, n°27 ; JCP 2004, 10149, note E. Treppoz ; CCC 2004, n°55, note L. Leveneur). Tel était bien le cas en l'espèce. En conséquence, les juges condamnent le crédit preneur au paiement des loyers de retard et des loyers non échus. En revanche, alors qu'une clause pénale avait été stipulée au contrat, celle-ci est réduite après avoir été jugée « manifestement excessive ». Sans le mentionner, les juges font ici application de l'ancien article 1152 du Code civil dont la règle a été reprise au nouvel article 1231-5.

Concernant, enfin, l'existence d'une obligation d'information et de conseil à charge du crédit bailleur, les juges retiennent que le crédit preneur était un professionnel non averti. C'est la nature des appareils loués qui va constituer le motif de la décision, le professionnel étant dermatologue et le matériel étant destiné à développer une activité d'esthétique. Le crédit bailleur est donc condamné à indemniser le crédit preneur au titre de son préjudice résultant d'une perte de chance.



### **Garagiste-réparateur – Obligation de résultat – Responsabilité contractuelle**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 22 novembre 2019, n°18/01419**

*Julie DE-LAMOTHE, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion*

Comme le souligne le Professeur Patrice Jourdain « les arrêts relatifs à la responsabilité du garagiste-réparateur se suivent mais ne se ressemblent pas » (Patrice JOURDAIN, « Responsabilité du garagiste-réparateur et causalité des dommages survenus après son intervention », RTD Civ. 1995, p. 635). Cette divergence révèle une certaine complexité du régime de responsabilité du garagiste-réparateur.

En l'espèce, une personne confie le changement des bougies de son véhicule à un garage. Dans le même temps, le garagiste intervient sur la pompe à injection sans que cette prestation ne soit commandée. Un peu plus de quatre mois

après l'intervention, le véhicule est restitué au client. Quelques jours plus tard, il présente à nouveau des dysfonctionnements.

Le client assigne le garagiste devant le tribunal pour manquement à son obligation de résultat. Le tribunal admet la responsabilité contractuelle du garagiste. Ce dernier interjette appel en soutenant que sa responsabilité ne s'étend qu'aux dommages causés par le manquement à son obligation de résultat. En l'occurrence, il prétend avoir procédé au remplacement des bougies du véhicule. Dès lors, sa responsabilité ne peut être recherchée en ce qui concerne le calage de la pompe. En outre, il affirme que son client a été informé notamment par diverses mentions sur la facture des prestations supplémentaires à réaliser.

La cour d'appel confirme le jugement en affirmant que l'obligation de résultat du garagiste impose à ce dernier de renverser la présomption de faute et la présomption de causalité entre la faute et le dommage. Elle affirme que l'origine du dysfonctionnement du véhicule provient bien de son intervention sur la pompe à injection notamment au regard du rapport d'expertise et des autres pièces versés aux débats. Par conséquent, il ne démontre par aucun élément qu'il n'est pas à l'origine de la panne. Il importe peu que le client n'ait pas commandé de prestation liée au calage de la pompe. Le fait qu'il soit intervenu, même en l'absence d'ordre formel du client, suffit à faire peser sur lui une obligation de résultat.

Cette affaire démontre la difficulté du débat relatif aux conditions d'engagement de la responsabilité du garagiste-réparateur. On se souvient des premières décisions de la Cour de cassation en la matière (Civ. 1re, 22 juin 1983, n°82-11.006, Civ. 1re, 16 février 1988, n°86-14.918, Civ. 1re, 2 février 1994, n°91-18.764, Civ. 1re, 20 juin 1995, n°93-16.381, Civ. 1re, 21 octobre 1997, n°95-16.717) qui ont posé l'exigence d'une double présomption. Le garagiste devait alors rapporter la preuve de son absence de faute et aussi de l'absence de lien de causalité entre son intervention et le dommage. Cette position semble sévère à l'encontre du garagiste. Cette sévérité s'explique par le fait qu'il dispose des compétences techniques que ne peut avoir un client ordinaire. En revanche, elle a le mérite de faciliter la charge de la preuve pour le client. Par ailleurs, dans d'autres arrêts, la Cour avait visiblement adopté une autre formulation en considérant qu'il appartenait au client du garagiste de démontrer que la panne préexistait ou était reliée à son intervention (Civ. 1re, 14 mars 1995, n°93-12.028, Com. 22 janvier 2002 n°00-13.510, Civ. 1re, 28 mars 2008, n°06-18.350 ; Civ. 1re, 31 octobre 2012, n°11-24.324). Certains auteurs ont pu considérer qu'il s'agissait là d'une rupture avec le précédent courant jurisprudentiel (Patrice JOURDAIN, « L'obligation de résultat du garagiste n'emporte plus présomption de causalité », RTD Civ. 2002, p. 514). Néanmoins, la Cour de cassation a récemment eu l'occasion d'accentuer cette divergence par deux arrêts de 2018 non publiés au bulletin. Dans le premier, elle n'a pas mentionné la double présomption de faute et de causalité (Civ. 1re, 14 février 2018, n°17-11.199). Elle

a simplement rappelé que le garagiste est responsable de plein droit que des dommages causés par le manquement à son obligation de résultat. C'est à celui qui recherche sa responsabilité de rapporter la preuve que la panne est déjà existante ou reliée à son intervention. Alors que dans le second, elle affirme que le garagiste doit renverser la double présomption (Civ. 1re, 3 octobre 2018, n°16-21.241). Un autre arrêt plus récent, lui aussi non publié au bulletin, a également adopté cette même formulation (Civ. 1re, 29 mai 2019, n°18-12.459).

Toutefois, on ne peut pas affirmer qu'il s'agit là d'une véritable divergence de jurisprudence. L'analyse des faits de chacune de ces espèces pourrait nous donner des pistes de réflexion. Dans l'hypothèse où, il ne fait aucun doute que le dommage est directement relié à son intervention – appuyé par des rapports d'expertise, une proximité temporelle entre son intervention et le dommage, etc. –, sa responsabilité peut aisément être établie. Il lui revient alors de renverser la double présomption. À l'inverse, s'il n'est pas confirmé au regard des faits que le dommage est directement relié à son intervention, sa responsabilité peut difficilement être établie. C'est alors au client de démontrer que la défaillance a pour origine l'intervention du garagiste, sans que la charge de la preuve ne soit inversée. In fine, le garagiste encourt dans tous les cas une responsabilité de plein droit qui s'étend aux seuls dommages causés par son manquement. L'on peut alors considérer que la présomption de causalité n'a en réalité pas tout à fait disparue du régime de responsabilité contractuelle du garagiste (Paul GAIARDO, « L'obligation du garagiste : une obligation de résultat doublement atténuée ? », D. 2019, p. 1503). Il devrait être très vigilant lors des réparations de véhicule et ne pas se contenter de simples mentions sur la facture, car rien ne prouve la présence d'un véritable échange entre le client et le garagiste. Il ne faut jamais entreprendre de réparations supplémentaires autres que celles qui ont été commandées au titre de l'ordre de réparation, sans un nouvel ordre écrit du client. À défaut, si le client ne souhaite pas procéder aux réparations tout en sachant qu'elles sont nécessaires, il est recommandé de prévoir un document dans lequel il accepte de reprendre son véhicule en l'état (Civ. 1re, 22 janvier 2014, n°12-26.579). La prudence dont il fera preuve lui permettra alors de se prémunir contre un éventuel manquement à son obligation de résultat mais aussi à son obligation de conseil.

### **3.3 Les sûretés**

**Cautionnement – validité – caducité**

**Cour d'appel, Saint-Denis (Réunion), Chambre commerciale, 13 Novembre 2019 – n° 17/02150**

*Laura VARAINE, docteur en droit privé de l'Université de la Réunion, qualifiée aux fonctions de maître de conférences*

Le 8 avril 2011, un compte bancaire est ouvert auprès d'un établissement bancaire pour le compte d'une société en formation. Quelques mois après son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ses associés se portent caution des ouvertures de crédit pouvant lui être consenties. Quatre ans plus tard, la banque procède à la clôture du compte, débiteur, avant d'actionner les cautions en paiement des sommes qui lui sont dues. Face à leur inertie, elle décide de les assigner devant le Tribunal mixte de commerce de Saint-Denis.

À titre principal les cautions arguent, pour leur défense, que l'ouverture de crédit dont elles garantissent le remboursement a été consentie avant l'immatriculation du débiteur principal et qu'elle n'avait jamais fait l'objet d'une reprise d'engagement par ce dernier. Leur cautionnement, accessoire à une obligation non valable, encourrait donc lui-même le grief de nullité. Le raisonnement n'a guère convaincu les juges de première instance, qui ont condamné trois des quatre cautions à l'exécution de leur obligation de règlement. La Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion n'a pas davantage été séduite par ce moyen, qu'elle rejette pour des motifs pêchant par leur inexactitude. En dépit du raisonnement emprunté par les magistrats, ce n'est pas au jour de l'apparition d'un solde créditeur qu'il faut se placer pour apprécier la validité de l'opération. La justification masque les spécificités du cautionnement de compte-courant, qui garantit généralement des dettes futures. Ce type de sûreté donne naissance, dès sa conclusion, à une obligation de couverture. Suivant cette logique, la Cour de cassation le juge donc valide (Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 3 déc. 1980 : *D.* 1983, *IR* p. 69, obs. J.-C. Bousquet – 22 févr. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *RTD civ.* 1994, p. 907, obs. M. Bandrac – *Adde* J. Bonnard, Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation, *Rev. sociétés* 1992, p. 255).

Pour autant, en l'espèce, il était permis de considérer que le cautionnement était caduc. Ainsi que le soulignent les appelants, l'ouverture de crédit a été consentie à la société dans le cadre des dispositions des articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce (Cass. com., 29 avr. 1997, *D.* 1998, somm., p. 178, obs. J.-Cl. Hallouin). Aux termes de celle-ci, « *[l]es personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis (...)* ». La jurisprudence, généreuse, va jusqu'à faire peser la responsabilité de ces engagements sur les associés

fondateurs au cas où ils auraient conféré un mandat à leur auteur (v. par ex. *Cass. com.*, 3 avr. 1973, préc. n° 89. – *Cass. com.*, 12 déc. 1976 : *Bull. civ. IV*, n° 322. – *Cass. com.*, 29 nov. 1983 : *Bull. Joly* 1984, p. 81). Toutefois, « [l]a société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci ». En l'espèce, la substitution de débiteur envisagée par les articles susvisés n'avait manifestement pas eu lieu. Dans le meilleur des cas, il était donc permis de croire que les associés avaient été condamnés au paiement de la dette d'un tiers au cautionnement, étendu ce faisant au-delà des limites dans lesquelles il avait été contracté (C. civ., art. 2292). Dans la pire des hypothèses, il était à se demander si les associés ne revêtaient pas la double qualité de débiteur principal et de caution ... En tout état de cause, cela apparaissait contraire aux règles gouvernant l'existence de cette sûreté. Or, du point de vue des magistrats de la rue Juliette Dodu, cette exception, invoquée pour la première fois en appel, était au demeurant purement personnelle au débiteur. La solution, autorisant la reprise d'engagement implicite au risque de favoriser la pratique de l'auto-ratification par certains dirigeants de société, a de quoi étonner. Elle est à contre-courant de la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 avr. 2000, n° 98-10.917 P : *D. 2000. AJ 331*, obs. M. Boizard ; *RTD com. 2000. 931*, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rev. sociétés* 2000. 722, note L. Godon ; *JCP E 2000*, n° 45, p. 1766, note J. Bonnard ; *Dr. sociétés* 2000, n° 118, obs. T. Bonneau ; *BJS 2000. 849*, note B. Saintourens. – 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 99-12.443 : *RJDA 2003*, n° 721 ; *BJS 2003. 827*, note P. Scholer ; *Dr. sociétés* 2003, n° 205, obs. F. Trébulle).

### **3.5 Le bail**

**Logement indécent - Exception d'inexécution - Caractère inhabitable des lieux.**

**Cour d'appel Saint-Denis de La Réunion, Chambre civile, 8 octobre 2019, n°18/01556.**

*Isabelle Boismery, Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion*

L'exception d'inexécution est souvent présentée comme un moyen de pression qui permet à une partie de suspendre l'exécution de ses obligations tant que son partenaire n'a pas exécuté les siennes. Elle trouve en l'espèce une application particulière.

Dans cette affaire, un locataire fait constater par huissier de nombreux désordres dans son logement : humidité présente dans de nombreuses pièces et existence de poutres pourries menaçant de s'effondrer. Suite à ces constatations, le locataire décide de suspendre le paiement des loyers.

S'ensuit une action du bailleur visant à faire condamner son locataire.

Une ordonnance en référé est rendue et condamne le locataire à payer la somme de 4193,67 euros à titre de provision sur les loyers impayés. Cette ordonnance est immédiatement contestée par le locataire.

Après avoir évacué la question de l'obligation sérieusement contestable, la cour ayant jugé que la contestation portant sur le loyer réclamé présentait bien un caractère contestable, la cour revient sur ce point fondamental de l'exception d'inexécution en matière de logement indécet.

La cour rappelle ainsi, dans un premier temps, qu'aux termes des articles 1719 du code civil et 6 de la loi du 6 juillet 1989, le bailleur est tenu de remettre à son locataire un logement décent et que cette obligation relève de son obligation essentielle de délivrance (sur le caractère d'ordre public d'un droit au logement décent, v. notamment, Cons. const. 7 décembre. 2000, n° 2000-436 DC ; Cass.civ., 3ème, 4 juin 2014 n°13-17.289, LPA 2015, p.12, obs. D. Sassolas, G. Pignarre, H. Clarret, E. Burdin.) À ce titre, il est acquis que la délivrance d'un logement décent est une obligation d'ordre public qui vise ainsi à protéger le lieu de vie du locataire. Depuis quelques années déjà, la Cour de cassation se prononce régulièrement sur cette question et a construit une jurisprudence bien établie (pour des exemples, v., notamment Cass.civ., 3ème, 15 décembre 2004, n°02-20.614 ; Cass.civ.,3ème, 14 juin 2014 n°13-17.289, RDC 2014, p.648, obs. J.-B. Seube ; LPA 2015, p.12, obs. D. Sassolas, G. Pignarre, H. Clarret, E. Burdin.)

Outre ce point fondamental, la cour met ici en valeur un second point qui est d'une importance capitale puisqu'elle reconnaît la possibilité pour le locataire de suspendre le paiement du loyer en cas d'indécence du logement. Elle estime à cet effet qu'au vu des constatations de l'huissier, le logement était insalubre et que le bailleur n'avait pas exécuté son obligation de délivrance d'un logement décent ce qui était de nature à remettre en cause l'obligation du locataire de payer son loyer.

Traditionnellement, il est enseigné que cette sanction d'exception d'inexécution doit être impérativement proportionnée au trouble subi et que le locataire doit être dans l'empêchement de jouir de la chose louée (v. sur ce point une très ancienne jurisprudence, Cass.soc., 7 juillet 1955, RTD.civ. 1957, p.143, note J. Carbonnier). Par conséquent et à suivre ce raisonnement, seul le logement inhabitable devrait justifier le recours à l'exception d'inexécution ce qui n'est pas totalement ce qu'affirme d'appel de Saint-Denis. Ici ce n'est pas le critère de l'impossibilité totale d'utiliser le logement (CA Nancy, 2ème chr., 1er oct. 2015, n° 14/01936 ; Juris-data n° 2015-022620 ; CA Paris, 4ème chr., 28 juin 2011 ; Juris-data n° 2011-013262 ; v. Loyers et copr., n°10, 2011, comm.268, obs. B. Vial-Pedroletti) qui est pris en compte, mais le seul critère de la décence. Or, cette décision doit être lue avec beaucoup de précautions puisque récemment la Cour de cassation a affirmé que le locataire d'un logement non décent, mais habitable

ne pouvait se prévaloir de l'exception d'inexécution en suspendant unilatéralement le paiement des loyers (Cass.civ., 3ème, 28 juin 2018, n°16-27.246 ; v. antérieurement, Cass.civ., 3ème, 17 décembre 2015, n°14-22.754, Loyers et copropriété Février 2016, n°2, comm. 29, B. Vial-Pedroletti ; Cass.civ., 3ème, 5 octobre 2017, n°16-19.614)

Il semble donc que la condition du logement inhabitable soit une condition nécessaire pour justifier du non-paiement des loyers et que la seule indécence soit, à l'inverse, insuffisante.



**Trouble de jouissance - Trouble de fait - Pluralité de locataires - Caméra de surveillance - Atteinte à a vie privée.**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, Chambre civile, 12 juillet 2019, n°18/00142.**

*Isabelle Boismery, Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion*

Cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis est l'occasion de revenir sur l'obligation du bailleur d'assurer la jouissance paisible à l'intégralité de ses locataires.

En principe, l'on sait que le bailleur n'est pas responsable des troubles qui sont causés par des tiers ne revendiquant aucun droit sur la chose. Ainsi, le bailleur n'est pas responsable, par exemple, de troubles tels que des cambriolages, des dégradations, des « squat », commis par des tiers (Article 1725 du Code civil ; Cass.civ., 8 avril 1941, D. 1945, p.13, note A. Tunc).

Cette immunité cesse néanmoins dans le cadre d'une pluralité de locataires. Dans ce cas, le bailleur est responsable des troubles de jouissance qui sont causés par l'un de ses locataires à l'encontre d'un autre (v. pour des colocataires, Cass.civ., 3ème, 16 novembre 1994, n°93-11184 ; RDI 1995, p.386, obs. F. Collart Dutilleul ; Cass.civ., 3ème, 20 avril 2005, n°03-18390 ; AJDI 2005, p.565, obs. Y. Rouquet ; D. 2006, pan. 969, obs. N. Damas. Pour une critique de cette interprétation, v. P. Corlay, « Les limites de l'obligation de garantie du bailleur en cas d'abus de jouissance d'un locataire au préjudice d'un autre locataire », D. 1979, chron., 27 qui explique en substance que ce renforcement de la responsabilité du bailleur est démesuré et repose sur une identité du bailleur parfaitement fortuite. La loi du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale va cependant encore plus loin puisqu'elle oblige les propriétaires de locaux à usage d'habitation d'utiliser, sauf motif légitime, les droits dont ils disposent en propre

afin de faire cesser les troubles de voisinage causés à des tiers par les personnes qui occupent ces locaux, après mise en demeure dûment motivée, v. art. 6-1 de la loi 1989 ; D. 2008, pan. 1309, obs. N. Damas).

En l'espèce, plusieurs locataires-voisins se plaignent, auprès de leur bailleur, de différents troubles (harcèlement, insultes, agressions, ...) causés par un couple, également locataire auprès de la même société bailleuse. Considérant que ses locataires ne respectent pas l'article 1728 du Code civil et 7 de la loi du 6 juillet 1989, la société bailleuse, après avoir mis en demeure le couple de faire cesser ces troubles, entame une procédure destinée à les expulser.

La Cour d'appel juge alors qu'au regard de ces articles et compte tenu des nombreux troubles subis par les différents voisins-locataires, troubles qui se sont perpétués malgré les avertissements donnés, la demande d'expulsion est justifiée et légitime.

Outre cette problématique, cet arrêt revient également sur la question de l'atteinte à la vie privée lorsqu'est installée une caméra de surveillance. Contestant les allégations des locataires-voisins, le couple qui a lui-même fait état de troubles à son encontre (insultes, espionnage, propos racistes, jet de pierres, ...) a fait installer une caméra de surveillance de manière à protéger son habitation.

La Cour d'appel rappelle alors que le système de vidéo-surveillance ne porte pas atteinte à la vie privée dès lors qu'il est strictement orienté sur l'intérieur de la cour du propriétaire de l'installation et que seules les parties privées peuvent être filmées, à l'inverse des parties communes qui doivent être non-visibles.



### **Bail d'habitation – délivrance d'un congé (art. 1719 C. civ.) - trouble de jouissance**

**Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 18 oct. 2019, n° 18/00136**

*Valentin Baudouin, Docteur en droit, Enseignant contractuel à l'Université de la Réunion*

Bail d'habitation conclu sur maison en voie d'achèvement...prudence ! Ravi d'avoir pu trouver une maison à louer dans un marché locatif tendu, un couple s'empresse de prendre à bail une villa en voie d'achèvement en septembre 2015. L'entrée des lieux s'effectue alors que la maison n'est pas entièrement achevée. Le 6 janvier 2016, les locataires mettent en demeure le bailleur de remédier aux désordres et de les indemniser d'un préjudice de jouissance qu'ils estiment subir. Suite à une rencontre entre le bailleur et les locataires avec un conciliateur de justice, le propriétaire de la villa autorise les preneurs, par lettres recommandées avec accusé de réception des 10 et 11 février 2016, à quitter le

logement dans les deux mois, c'est-à-dire en les dispensant de respecter le préavis obligatoire de 3 mois lors de la délivrance de leur congé. Interprétant ces lettres comme l'expression de la délivrance d'un congé de la part du bailleur, les locataires assignent ce dernier en nullité du congé et en indemnisation du préjudice de jouissance né du manquement à l'obligation de délivrance d'un logement décent en application de l'article 1719 du Code civil. Le tribunal d'instance déboute les demandeurs qui interjettent appel.

Dans son arrêt du 18 octobre 2019, la Cour d'appel de Saint-Denis ne répond pas à la question de la nullité d'un congé mais apprécie l'expression même de son existence. Reprenant l'article 15-I de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 relatif à la délivrance du congé par le bailleur, la chambre civile estime que le bailleur n'a aucunement exprimé dans ses courriers la volonté de donner congé à ses locataires. La juridiction d'appel se prononce ensuite sur l'indemnisation d'un préjudice en jouissance. Elle souligne que le bail conclu sur villa en voie d'achèvement ne dispense pas le bailleur de son obligation de délivrance d'un logement décent. Néanmoins, malgré les nombreux désordres dont font état les locataires (odeurs nauséabondes, infiltrations, etc.), la cour d'appel est contrainte d'écarter l'existence d'un préjudice en raison de la défaillance des locataires à administrer une preuve suffisante. En l'espèce, l'insistance des locataires à emménager rapidement a conduit les parties à ne pas établir d'état des lieux d'entrée tandis que la description du bien loué - « maison individuelle » - est restée des plus sommaires. Ces insuffisances formelles ont ainsi empêché le juge de s'appuyer sur des éléments probants pour apprécier l'existence d'un préjudice tandis que le bailleur démontrait diverses interventions. On regrettera cependant la persistance de la cour d'appel à vouloir écarter tout préjudice de jouissance – aussi minime soit-il – quand elle relève que la « subsistance de quelques déchets » relève des « conséquences habituelles d'un chantier ». Il est pourtant des chantiers propres qui existent.



### **Bail habitation – Congé bailleur – Irrégularité du motif**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 20 septembre 2019, n°18/01042**

*Julie DE-LAMOTHE, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion*

Un congé donné à un locataire pour une prétendue mésentente avec d'autres locataires d'un même immeuble ne constitue pas un motif sérieux et légitime de résiliation du bail d'habitation par le bailleur.

Un contrat de bail d'habitation a été conclu en juillet 2016 portant sur la location d'un logement dans un immeuble collectif. Le locataire s'est plaint auprès du bailleur des nuisances sonores commises de manière répétées par une autre locataire de l'immeuble. En mai 2017, le bailleur a donné congé au locataire pour mésentente constante avec les autres locataires de l'immeuble. Ce dernier saisi le tribunal d'instance pour contester le congé qu'il estime irrégulier. Le tribunal fait droit à ses demandes et affirme que le congé délivré est bien irrégulier, car il ne présente pas de caractère sérieux et légitime. Le bailleur interjette appel du jugement. Il soutient que les troubles anormaux de voisinage proviennent du locataire qui porte des réclamations mensongères et incessantes à l'égard des autres locataires de l'immeuble.

La cour d'appel confirme le jugement et considère que le congé n'est pas régulier. En l'espèce, plusieurs attestations ont été produites permettant de démontrer que les nuisances sonores provenaient bien d'une autre locataire de l'immeuble. Il n'est établi par aucun élément que le locataire a commis un manquement à ses obligations contractuelles permettant de justifier le congé du bailleur. De sorte que, le motif invoqué ne présente pas de caractère sérieux et légitime conformément à l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 (Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986).

Dans cette affaire, la solution retenue par la cour d'appel n'est pas surprenante, dans le sens où la seule mésentente entre locataires ne peut évidemment pas constituer à elle seule un motif de résiliation du bail d'habitation. L'irrégularité du motif aura alors pour conséquence de priver d'effet le congé, permettant ainsi au locataire de se maintenir dans son logement et dans ses droits. L'article 15 de la loi de 1989 encadre les conditions dans lesquelles le bailleur peut donner congé à son locataire. Les motifs de résiliation du contrat de bail sont limitativement énumérés. Outre, le congé pour reprise ou vente du logement, le bailleur ne peut donner congé que pour un motif sérieux et légitime. Cette notion est relativement large et est susceptible de recouvrir certaines hypothèses de rupture du bail d'habitation. Le texte précise que le motif peut se fonder notamment sur une inexécution du locataire à l'une de ses obligations contractuelles. En pratique, on retrouve parmi les motifs fréquemment invoqués les troubles de jouissance et les troubles anormaux de voisinage (Civ. 3e, 9 octobre 1974 : Bull. civ. III, n° 345 ; Civ. 1re, 15 juin 1994, n°92-16.991 ; Civ. 3e, 29 avril 2009, n°08-12.261 ; Civ. 3e, 9 juillet 2014, n°13-14.802). Le locataire est en effet tenu de jouir paisiblement du logement (article 7 b) de la loi de 1989) qu'il loue et a fortiori de ne pas commettre de troubles anormaux de voisinage. Par ailleurs, cette obligation de jouissance paisible doit aussi être assurée par le bailleur conformément à l'article 6 b) de la loi de 1989. Cette obligation est réciproque tant à l'égard du bailleur que du locataire. Dans l'hypothèse d'un trouble de jouissance, le bailleur est susceptible d'engager sa responsabilité

comme l'a récemment rappelé la Cour de cassation (Civ. 3e, 8 mars 2018, n°17-12.536), à charge pour lui de s'exonérer par un cas de force majeure. Les juridictions du fond ont déjà eu l'occasion de se prononcer dans des affaires mettant en cause le comportement agressif d'un locataire pouvant constituer un trouble de jouissance ou de voisinage (CA, Dijon, 29 janvier 2008, n°2008-355075 ; CA, Agen, 16 janvier 2001, n° 98/01.795 ; CA, Toulouse, 12 décembre 2019, n°895/2019).

Dans cette espèce, le locataire a bien été victime des nuisances sonores de la part d'une autre locataire. Comme l'a souligné la cour d'appel, le bailleur était tenu de faire cesser ces agissements qui constituent aussi un trouble de jouissance pour le locataire victime. Le bailleur peut ainsi mettre le locataire, auteur des troubles, en demeure de cesser ses comportements litigieux. Il peut également résilier le bail pour motif sérieux et légitime en invoquant le manquement du locataire à son obligation d'user paisiblement des locaux loués.

Le bailleur dispose de certains mécanismes lui permettant d'agir contre les troubles de jouissance et notamment les troubles anormaux de voisinage. Depuis la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance l'article 4 g) de la loi de 1989 a été modifié. Il permet désormais au bailleur de prévoir une clause résolutoire en cas de non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués, résultant notamment de troubles de voisinage commis par un de ses locataires et constatés par une décision de justice. En raison du lien contractuel qui unit un bailleur à ses locataires, il est tenu d'établir une certaine police lorsque les comportements des uns constituent des nuisances anormales pour les autres locataires (Nicolas DAMAS, Rép. Civ. Dalloz, v° Bail habitation et mixte : rapports locatifs individuels – loi 6 juillet 1989, 2015).

## **4. RESPONSABILITÉ CIVILE ET ASSURANCES**

### **4. 3 Assurances**

**Assurance habitation – catastrophe naturelle – exclusion de garantie (non) – art. L125-1 c. ass.**

**Cour d’appel de Saint-Denis de la Réunion, 20 sept. 2019, n°18/00642**

*Valentin Baudouin, Docteur en droit, Enseignant contractuel à l’Université de la Réunion*

Assurance habitation formule « éco » ou quand la catastrophe naturelle offre la garantie « côté jardin ». En 2013, M. A.C., propriétaire d’une maison sise à Saint-Leu, souscrit un contrat multirisque habitation auprès de l’assureur Groupama Océan Indien. Il opte pour la formule contractuelle intitulée « Protection des biens : éco ». Suite au passage du cyclone tropical Bejisa au début janvier de l’année 2014, la clôture est endommagée et la toiture de la maison subit des infiltrations d’eau. L’événement est reconnu catastrophe naturelle par arrêté interministériel du 17 janvier 2014. L’assureur refusant la prise en charge du sinistre, il est assigné par le propriétaire puis condamné à réparer le dommage par le TGI de Saint-Denis le 21 mars 2018. L’assureur relève appel du jugement en affirmant que la garantie « événement climatique » ne s’applique pas « lorsque la détérioration des clôtures n’est pas accompagnée d’une destruction totale ou partielle du bâtiment » qui constitue l’objet du « contrat socle ». Au soutien de son argumentaire, l’assureur ajoute que le montant des dommages subsistants – infiltrations d’eau dans la toiture – ne dépassait pas le montant de la franchise et n’a pas en conséquence à être indemnisé. Ce qui revenait à affirmer qu’il y avait absence de destruction partielle et donc exclusion de garantie du fait de l’absence de dommage réparable.

Dans un arrêt du 20 septembre 2019, la cour d’appel de Saint-Denis confirme le jugement. Déterminant si les conditions de la garantie « événement climatique » sont réunies, les conseillers relèvent que les événements climatiques à caractère exceptionnel sont garantis par le contrat lorsqu’un arrêté ministériel reconnaît l’état de catastrophe naturelle. Cause non discutée à l’origine des dommages. Elle observe ensuite que la toiture était partiellement endommagée, ce que révèlent les infiltrations d’eau. Par conséquent, l’exclusion de garantie, évitant à l’assureur de prendre en charge le dommage causé à la clôture en l’absence de destruction partielle ou totale du bâtiment assuré, pouvait être écartée. Autrement dit, c’est parce qu’un dommage partiel était constaté au bâtiment, objet principal du contrat d’assurance que le dommage accessoire – la clôture détériorée – pouvait être indemnisé. Même « éco », la garantie contractuelle « événement climatique » ne saurait donc être écartée lors d’une catastrophe naturelle. Cet arrêt est pour le moins bienvenu pour l’assuré qui voit

son dommage indemnisé, quand bien même celui-ci n'aurait pas opté pour une formule contractuelle contenant une garantie spécifique dite « côté jardin ».

## **5. QUASI-CONTRATS ET RÉGIME GÉNÉRAL DE L'OBLIGATION**

### **5.2 Régime général de l'obligation**

**Recours subrogatoire – assurance – garantie**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 27 septembre 2019, n°17/00987**

*Clotilde Aubry de Maromont, Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion*

La subrogation ouvre la voie au remboursement d'un solvens qui n'a pas vocation à supporter la charge définitive d'une dette dont il s'est acquitté. Tel est le cas de l'assureur qui, au titre de son obligation de garantie, indemnise l'assuré qui a subi un dommage et se retourne contre le responsable. En l'espèce, le conducteur d'un véhicule percute un autre véhicule arrêté au bord de la route. Au terme d'un constat amiable, la responsabilité du conducteur est reconnue pour les dommages matériels causés. Après avoir indemnisé le propriétaire du véhicule à l'arrêt (la victime), son assureur se retourne contre le conducteur pour obtenir remboursement de l'indemnité. La Cour d'appel de Saint-Denis confirme la décision des juges du fond d'avoir fait droit à cette demande. La solution est classique en la matière. Le recours subrogatoire responsabilise l'auteur du dommage qui ne peut invoquer l'existence du contrat d'assurance pour se décharger de sa dette de responsabilité. Cette subrogation de l'assureur est prévue aux termes d'un texte spécial, l'article L 121-12 du Code des assurances, qui dispose que « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance, est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ». Si l'ordonnance du 10 février 2016 a généralisé la subrogation de droit commun au nouvel article 1346 du Code civil, il ne fait pas de doute que les textes spéciaux continueront d'être applicables pour les contrats conclus après le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (le contrat d'assurance avait, en l'espèce, été conclu avant cette date). En effet, en matière de subrogation, les dispositions spéciales, extérieures au Code civil, ne sont que de simples applications du droit commun (Savaux E., Rép. Civ. Dalloz, Subrogation, 2017, n°118). Les conditions de la subrogation rappelées par la Cour d'appel de Saint-Denis sont d'ailleurs très proches des conditions posées au nouvel article 1346 du Code civil : un paiement doit intervenir et ce paiement doit être réalisé au titre de l'obligation de garantie de l'assureur (autrement dit, au titre d'une obligation dont il ne doit pas supporter la charge définitive).

## **7. DROIT DES AFFAIRES**

### **7.3 Procédures collectives**

**Procédure collective - procédure de sauvegarde - instance en cours - instance prud'homale - commissaire à l'exécution du plan - interdiction du paiement des créances antérieures - interdiction des poursuites individuelles**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre sociale, 15 octobre 2019, n° 17/00542**

*Emilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de la Réunion*

L'égalité des créanciers constitue un principe essentiel du droit des entreprises en difficulté, fondant un certain nombre de règles telles que l'interdiction du paiement des créances antérieures ou des poursuites individuelles. Un arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis du 15 octobre 2019 illustre l'application de ces règles dans le cadre d'un contentieux né d'un licenciement.

Dans cette affaire, suite au licenciement d'un salarié pour fautes graves et lourdes, le conseil des prud'hommes condamne l'employeur au paiement de diverses sommes pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et entouré de circonstances vexatoires. Après avoir obtenu l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'employeur interjette appel du jugement prud'homal. Avant que la cour d'appel ne se prononce, un plan de sauvegarde est arrêté et le mandataire judiciaire désigné commissaire à l'exécution du plan. L'ouverture de la sauvegarde a ainsi conduit la cour d'appel de Saint-Denis à quitter le terrain du droit social pour celui du droit des entreprises en difficulté. Dans un arrêt du 15 octobre 2019, elle affirme tout d'abord qu'en vertu de l'article L. 626-25 du Code de commerce, l'action introduite avant l'arrêt du plan de sauvegarde, à laquelle le mandataire était partie, devait être poursuivie par le commissaire à l'exécution du plan. La mise en cause des organes de la procédure, exigée par des dispositions d'ordre public, s'impose comme une condition de régularité de la procédure. La cour d'appel affirme ensuite qu'en vertu des articles L. 622-7 alinéa 1 et L. 622-21 du même code, l'instance en cours ne peut tendre au paiement de créances salariales, mais peut seulement permettre de fixer lesdites créances au passif.

Le premier est relatif au rôle des organes de la procédure, plus précisément au rôle du commissaire à l'exécution du plan. La combinaison de l'alinéa 3 de l'article L. 626-25 et de l'alinéa 1 de l'article L. 625-3 du Code de commerce rendait nécessaire l'intervention à l'instance du mandataire judiciaire durant la période d'observation, puis du commissaire à l'exécution du plan à compter de l'arrêt du plan de sauvegarde. La solution de la cour d'appel de Saint-Denis est donc conforme à la loi. De plus, elle s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle de la

Cour de cassation. En effet, dans le présent arrêt, elle reprend partiellement l'attendu d'une décision de cette dernière (Cass. Soc., 9 mars 2011, n° 09-67.312, Bull. Civ. V, n° 71 : « la juridiction prud'homale, informée de l'ouverture d'une procédure collective, est tenue d'appliquer les dispositions d'ordre public des art. L. 625-3, L. 641-4 et L. 641-14 C. com. et de convoquer les organes de la procédure (...) »). Or, dans la présente affaire, si le mandataire est effectivement intervenu à l'instance, tel n'est pas le cas du commissaire à l'exécution du plan. Le fait qu'il s'agisse de la même personne ne permet pas de palier ce manquement. Le commissaire à l'exécution du plan doit être mis en cause ou intervenir volontaire à l'instance en cette qualité afin que la procédure soit régulière. En effet, la Cour de cassation a déjà affirmé que seul le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour poursuivre les actions introduites auparavant (Cass. Com. 30 mai 1989, n° 87-19.668, Bull. Civ. IV, n° 168), règle dont le non-respect constitue une fin de non-recevoir d'ordre public qui peut être relevée d'office par le juge (Cass. Com. 30 mai 1989, préc. ; Com. 14 avr. 1992, n° 90-15.741, Bull. civ. IV, n° 191). Cette décision montre donc l'importance de suivre scrupuleusement les règles procédurales et de bien distinguer les différents organes de la procédure, en particulier lorsqu'une même personne prend au cours de la procédure différentes casquettes (Sur les modalités de la poursuite par le commissaire à l'exécution du plan d'une procédure d'appel initiée par le mandataire judiciaire, V. Cass. Com., 16 décembre 2014, n° 13-25.066, Bull. Civ. IV, n° 191).

La seconde règle importante appliquée dans cet arrêt concerne l'issue du contentieux. La combinaison des articles L. 622-7 I alinéa 1 et L. 622-21 I du Code de commerce, cités par la juridiction, met en évidence l'impossibilité pour le salarié d'obtenir une condamnation en paiement de son employeur. En effet, le premier de ces textes interdit un tel paiement, le second interdit toute action tendant à un tel paiement. La seule issue possible est clairement rappelée : l'action ne peut permettre que de fixer les créances au passif. La cour d'appel invoque à juste titre le caractère d'ordre public de ces dispositions pour asseoir leur caractère impératif. La Cour de cassation a, en effet, déjà eu l'occasion d'affirmer le caractère d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles (Cass. Civ. 1e, 6 mai 2009, n° 08-10.281, Bull. Civ. I, n° 86 ; Cass. Civ. 1e, 19 décembre 1995, n° 93-20.424, Bull. Civ. I, n° 470 ; Cass. Civ. 1e, 5 février 1991, n° 89-14.383, Bull. Civ. I, n° 44) pouvant être relevé d'office par le juge (Cass. Com. 12 janvier 2010, n° 08-19.645, inédit). De plus, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'arrêté du plan n'emporte pas la fin de l'interruption des poursuites individuelles (Cass. Com., 29 avril 2014, n° 12-24.628, inédit). La présente décision de la cour d'appel de Saint-Denis apparaît donc conforme à la loi et à la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle n'est d'ailleurs pas sans rappeler une jurisprudence de la Cour de cassation qui avait cassé, pour violation des articles L. 626-20 et L. 625-4 du Code de commerce, un arrêt condamnant un employeur en redressement judiciaire au paiement d'une indemnité pour

licenciement sans cause réelle et sérieuse à un salarié licencié avant l'ouverture de ladite procédure collective. La Cour de cassation avait alors rappelé aux juges du fond que les sommes dues par l'employeur en exécution du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire restent soumises, même après l'adoption d'un plan de redressement, qu'il soit par cession ou par continuation, au régime de la procédure collective, et que les juges doivent donc se borner à déterminer le montant des sommes à inscrire sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal sans pouvoir condamner le débiteur à payer celles-ci au salarié (Cass. Soc., 27 octobre 1998, n° 95-44.146, Bull. Civ. V, n° 454 ; Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 04-42.076, Bull. Civ. V, n° 167).

Cette décision permet ainsi de mesurer l'incidence de l'ouverture d'une sauvegarde sur une instance en cours. Le recours à cette procédure collective peut donner l'impression d'une instrumentalisation visant en réalité à retarder un éventuel paiement au salarié licencié. Toutefois, depuis la célèbre affaire Cœur Défense (Cass. Com., 8 mars 2011, n° 10-13.988, Bull. Civ. IV, n° 33), de telles motivations ne sont pas prises en compte par les juges chargés de statuer sur l'ouverture d'une sauvegarde, seuls les critères objectifs énoncés par la loi étant déterminants. Une utilisation stratégique de la sauvegarde se révèle donc particulièrement efficace grâce aux règles relatives au règlement collectif des créanciers.



### **Procédure collective - procédure de sauvegarde - instance en cours – référé - interdiction des poursuites individuelles**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre civile, 8 octobre 2019, n° 18/00946**

*Emilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de la Réunion*

Dans le respect du principe d'égalité des créanciers, plusieurs règles du droit des entreprises en difficulté assurent qu'aucun créancier ne puisse être réglé grâce à la mise en œuvre d'une poursuite individuelle. Un arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis du 8 octobre 2019 permet d'illustrer ce propos dans le cadre d'un contentieux relatif à un bail commercial.

Cette affaire prend sa source le non-paiement des loyers d'un bail commercial. Alors que le bailleur obtient en référé l'acquisition de la clause résolutoire et la condamnation du preneur au paiement des loyers et indemnités d'occupation, le preneur interjette appel et obtient, quelques jours plus tard, l'ouverture à son égard d'une procédure de sauvegarde. La cour d'appel de Saint-Denis ne pouvait donc plus statuer sur le litige relatif au bail commercial, mais

devait simplement de tirer les conséquences de l'ouverture de ladite procédure collective. Ainsi, au visa des articles L. 622-21 et L. 622-22 du Code de commerce, la juridiction disqualifie l'instance en référé d'instance en cours, pour préférer la qualification de demande en paiement et la déclarer irrecevable. Elle exclut également toute demande tendant à la constatation de la résiliation du bail, irrecevable par l'effet du jugement d'ouverture, en vertu du principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

Cet arrêt appelle tout d'abord des remarques sur la notion d'instance en cours. La Cour de cassation définit l'instance en cours comme « celle qui tend à obtenir, de la juridiction saisie du principal, une décision définitive sur l'existence et le montant de cette créance » et exclut donc de cette catégorie l'instance en référé qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle (Cass. Com., 12 juillet 1994, n° 91-20.843, Bull. Civ. IV, n° 263 ; Cass. Com., 3 décembre 1996, n° 94-21.229, inédit ; Cass. Com., 23 mai 2000, n° 97-18.049, inédit). Il n'aurait pu en être autrement que si l'ordonnance de référé n'était plus susceptible de recours, et considérée alors comme ayant force de chose jugée (Cass. Com. 24 octobre 1995, n° 93-17.051, Bull. Civ. IV, n° 254 ; Cass. Com., 11 janvier 1994, n° 92-11.288, Bull. Civ. IV, n° 18). Dès lors qu'au jour de l'ouverture de la procédure collective, un recours a été effectué contre l'ordonnance de référé constatant l'acquisition de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers antérieurs à ladite procédure, il convient de considérer qu'il ne s'agit pas d'une décision passée en force de chose jugée, de sorte que l'action ne peut être poursuivie, quand bien même l'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire (Cass. Com. 28 oct. 2008, n° 07-17.662, Bull. Civ. IV, n° 123). La cour d'appel s'inspire d'ailleurs largement d'un attendu d'une décision de la Cour de cassation, rendue quelques mois auparavant et s'inscrivant dans cette ligne jurisprudentielle (Cass. Com., 19 septembre 2018, n° 17-13.210, P : « l'instance en référé tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une provision n'est pas une instance en cours interrompue par l'ouverture de la procédure collective du débiteur, de sorte que la cour d'appel, statuant sur l'appel formé par ce dernier contre l'ordonnance l'ayant condamné au paiement d'une provision, doit infirmer cette ordonnance et dire n'y avoir lieu à référé, la demande en paiement étant devenue irrecevable en vertu de la règle de l'interdiction des poursuites édictée par l'article L. 622-21 du Code de commerce »). La décision de la cour d'appel de Saint-Denis n'encourt donc aucune critique sur ce point. La conséquence d'une telle position est également connue grâce à une jurisprudence constante : la créance faisant l'objet d'une telle instance doit être soumise à la procédure normale de vérification et à la décision du juge-commissaire (Cass. Com., 12 juillet 1994, préc. ; Cass. Com., 3 décembre 1996, préc. ; Cass. Com., 23 mai 2000, préc. ; Cass. Com. 6 octobre 2009, n° 08-12.416, Bull. Civ. IV, n° 123, rendu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005).

Cet arrêt rappelle ensuite une autre règle essentielle permettant de préserver l'égalité entre les créanciers : l'interdiction des poursuites individuelles. La loi est très claire sur la question (art. L. 622-21 I C. Com.), et la jurisprudence constante : est interdite toute action en résolution d'un contrat pour non-paiement d'une somme d'argent, qu'il s'agisse d'un contrat de bail (Cass. Com. 15 novembre 2016, n° 14-25.767, Bull. Civ. IV, n° 144) ou d'un autre type de contrat (à propos d'un contrat de vente : Cass. Com. 31 mars 1992, n° 90-11.741, Bull. Civ. IV, n° 140). Il en aurait pu être autrement que si la clause résolutoire de plein droit avait produit ses effets avant le jugement d'ouverture de la procédure collective (Cass. Com. 18 novembre 2014, n° 13-23.997, Bull. Civ. IV, n° 170 ; Cass. Com. 9 mai 1995, n° 93-10.549, Bull. Civ. IV, n° 136 ; Cass. Civ. 3e, 11 juin 1997, n° 95-14.355, Bull. Civ. IV, n° 139). Mais si, comme en l'espèce, à la date du jugement d'ouverture, aucune décision passée en force de chose jugée n'ordonne la résiliation du bail, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles exclut la poursuite de toute action en ce sens, puisqu'elle aurait pour cause des loyers échus antérieurement au jugement d'ouverture (Cass. Com., 12 juin 1990, n° 88-19.808 ; Cass. Com., 14 mai 1991, n° 89-16.924 ; Cass. Civ. 3e, 26 juin 1991, n° 90-11.948 ; Cass. Civ. 3e, 13 mai 1992, n° 90-18.399 ; Cass. Civ. 3e, 13 octobre 1993 ; Cass. Civ. 3e, 9 décembre 1997 ; Cass. Civ. 3e, 9 janvier 2008, n° 06-21.499). Le caractère d'ordre public de cette règle (Cass. Civ. 1e, 6 mai 2009, n° 08-10.281, Bull. Civ. I, n° 86 ; Cass. Civ. 1e, 19 décembre 1995, n° 93-20.424, Bull. Civ. I, n° 470 ; Cass. Civ. 1e, 5 février 1991, n° 89-14.383, Bull. Civ. I, n° 44) obligeait la cour d'appel à relever d'office la fin de non-recevoir en découlant (Cass. Com., 12 janvier 2010, n° 08-19.645, inédit).

Là encore, la demande d'ouverture de la sauvegarde relevait peut-être d'une stratégie du preneur, afin d'échapper au paiement imposé par le jugement ou le retarder. La solution devra être trouvée hors de la sphère judiciaire, durant la période d'observation par les organes de la procédure collective.



**Procédure collective - redressement judiciaire - plan de redressement - résolution du plan - non-respect du plan - difficultés personnelles d'ordre médical - liquidation judiciaire**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 10 juillet 2019, n° 18/02114**

*Emilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de la Réunion*

Le non-respect des engagements d'un plan de continuation entraîne habituellement sa résolution. Cependant, les juges ont la faculté d'en décider autrement. Les magistrats de la cour d'appel de Saint-Denis en ont fait usage dans un arrêt du 10 juillet 2019.

Était concerné un agriculteur qui, faisant face à des problèmes de santé, a manqué aux obligations qui lui incombaient au titre d'un plan de redressement, alors qu'il le respectait depuis plusieurs années. La CGSS, créancière, l'a assigné en résolution du plan et demandé l'ouverture d'une liquidation judiciaire à son égard. Si ces demandes ont été accueillies en première instance, la cour d'appel a, quant à elle, tenu compte des circonstances particulières de l'espèce. S'appuyant sur l'article L. 626-27 du Code de commerce, elle rappelle que le tribunal qui a arrêté le plan peut après avis du ministère public en décider la résolution si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan. Cependant, constatant que le débiteur justifie de difficultés personnelles d'ordre médical expliquant sa récente défaillance dans le respect de ses obligations, ainsi que sa faculté de régler une partie non négligeable de ses dettes, et le règlement de sa dette constituée hors plan à l'égard de la CGSS, la cour d'appel va considérer qu'il n'y a lieu de prononcer ni la résolution du plan de redressement, ni la liquidation judiciaire en l'absence de cessation des paiements.

La présente décision nous offre l'occasion de rappeler la distinction entre la résolution du plan pour inexécution (art. L. 626-27 I al. 2 C. com.) et la résolution du plan du fait de la survenance d'un état de cessation des paiements (art. L. 626-27 I al. 3 C. com.). Dans le premier cas, l'ouverture d'une liquidation judiciaire est soumise à la réunion des conditions de droit commun, notamment à l'existence d'un état de cessation des paiements et l'impossibilité manifeste de se redresser. Dans le second cas, la cessation des paiements lors de l'exécution du plan de continuation entraîne à la fois la résolution du plan et l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Les demandes du créancier laissent un doute sur l'hypothèse dont il s'agit en l'espèce, tendant à la fois la résolution et à l'ouverture d'une liquidation judiciaire, sans toutefois démontrer la réunion des conditions de droit commun exigées ou que le débiteur se trouve en cessation des paiements. Or, cette confusion va à l'encontre de la distinction clairement établie par le législateur. Si la cour d'appel ne revient pas expressément sur cette distinction, l'on comprend que l'hypothèse visée est bien celle de la résolution pour inexécution. En effet, dans ce cas, la résolution constitue une faculté pour le juge, alors qu'il y est contraint en cas de cessation des paiements du débiteur. À la lecture des faits, le choix des magistrats de la cour d'appel doit être salué : il paraît évident que le débiteur n'a pas failli intentionnellement ou en raison de difficultés financières issues de son activité. Sa défaillance trouve sa seule cause dans la survenance de difficultés personnelles d'ordre médical. Cette décision montre une application pragmatique et humaine de la faculté de résolution du plan en cas de défaillance du débiteur.

Quant au refus de prononcer la liquidation judiciaire de l'agriculteur débiteur, la solution mérite là encore l'approbation. Cette procédure collective n'était en rien justifiée, ni en droit ni en fait. Elle n'aurait pu être ouverte que si l'agriculteur se trouvait en cessation des paiements et face à une impossibilité

manifeste de se redresser, ou encore si la résolution du plan de redressement trouvait sa cause dans la survenance d'un état de cessation des paiements. La décision de la cour d'appel sur ce point vient, à juste titre, infirmer un jugement qui avait assimilé cessation des paiements et défauts de paiements. Or, l'état de cessation des paiements est clairement défini par le législateur comme l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible (art. L. 631-1 C. Com.). D'un point de vue concret, l'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'égard d'un débiteur dont les défauts de paiements résultent, non de difficultés financières, mais de difficultés personnelles d'ordre médical aurait été une solution particulièrement sévère et incohérente avec la réalité de la situation financière dudit débiteur.



**Procédures collectives - liquidation judiciaire - sanction du dirigeant- insuffisance d'actif (oui) - faillite personnelle (non) - interdiction de gérer (oui) - faute de gestion- défaut de tenue de comptabilité - compte courant d'associé débiteur.**

**Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 10 juillet 2019, n° 19/00352**

*Emilie Jonzo, Docteur en droit privé, Enseignante contractuelle à l'Université de la Réunion*

Si les gérants et dirigeants d'entreprise en difficulté ne subissent heureusement plus les sanctions d'autrefois, ils peuvent toujours faire l'objet de sanctions civiles ou pénales lorsque leur gestion fait apparaître des fautes qui ont causé lesdites difficultés. Un arrêt de la cour d'appel de Saint-Denis du 10 juillet 2019 de revenir sur trois d'entre elles.

En l'espèce, dans le cadre d'une liquidation judiciaire ouverte sur conversion à l'encontre d'une société, le liquidateur a assigné le gérant de la débitrice afin qu'il contribue à l'insuffisance d'actif et fasse l'objet d'une faillite personnelle. Sont invoqués le défaut de tenue de comptabilité et l'existence d'un compte courant d'associé débiteur. La cour d'appel de Saint-Denis, par un arrêt du 10 juillet 2019, a confirmé la condamnation du gérant à contribuer à l'insuffisance d'actif prononcée en première instance. En revanche, elle a infirmé le prononcé de la faillite personnelle d'une durée de 10 ans, lui préférant une interdiction de gérer de 5 ans.

Tout d'abord, à propos de la condamnation du gérant à supporter l'insuffisance d'actif, après avoir rappelé la première phrase de l'article L. 651-2 du Code de commerce, la cour d'appel constate l'existence de l'insuffisance d'actif et examine l'existence de fautes de gestion. Si le défaut de tenue de la comptabilité en constitue effectivement une, aussi bien pour le législateur (art.

L. 123-12 et L. 123-28-2 C. com.) que pour la jurisprudence (Cass. Com., 11 février 2014, n° 12-21.069, inédit), son lien de causalité avec l'insuffisance d'actif n'était pas démontré. La cour d'appel n'avait donc d'autre choix que d'exclure cet argument pour fonder la responsabilité pour insuffisance d'actif, une jurisprudence constante de la Cour de cassation exigeant que chacune des fautes de gestion retenues soit légalement justifiée (Cass. Com., 15 décembre 2009, n° 08-21.906, *Bull. Civ. IV*, n° 166 ; Cass. Com., 30 mars 2010, n° 08-22.140, inédit ; Cass. Com., 22 févr. 2017, n° 15-17.558, inédit), conformément au principe de proportionnalité de la sanction. En revanche, l'existence d'un compte courant d'associé débiteur, prohibé par la loi (art. L. 223-21 C. com.), constitue une faute de gestion dont le lien de causalité avec l'insuffisance d'actif peut être établi dans la mesure où son existence appauvrit la société sans contrepartie (Comp. CA Aix-en-Provence, 5 juillet 2012, considérant le remboursement d'un compte courant créditeur comme une faute de gestion). Cette faute de gestion justifie donc la condamnation du gérant à contribuer à l'insuffisance d'actif.

Quant à la somme mise à sa charge sur ce fondement, elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, dans la limite du montant de l'insuffisance d'actif (Cass. Com., 9 mai 2018, n° 16-26.684, P).

Si, jusque-là, la décision de la cour d'appel de Saint-Denis n'encourt aucune critique, son interprétation relative au droit transitoire apparaît plus critiquable. En effet, la juridiction cite le complément apporté à l'article L. 651-2 par la loi n° 2016-16-1 du 9 décembre 2016, permettant d'exclure la responsabilité pour insuffisance d'actif en cas de négligence, mais exclut son application au motif que la procédure collective a été ouverte avant l'entrée en vigueur de ladite loi. Or, la Cour de cassation a adopté une position inverse sur l'application du droit transitoire, en considérant qu'à défaut de précision du législateur la disposition s'applique immédiatement aux procédures collectives en cours et instances en responsabilité en cours (Cass. Com., 5 septembre 2018, n° 17-15.031, P). En adoptant une position contraire, la cour d'appel de Saint-Denis exposait donc son arrêt à une éventuelle cassation. Un autre argument plus pertinent et efficace aurait permis d'exclure l'application de cette nouvelle partie de la disposition : la disqualification de l'existence d'un compte d'associé débiteur de « *simple négligence* ».

Ensuite, la cour d'appel de Saint-Denis, utilisant son pouvoir souverain d'appréciation ainsi que la faculté offerte par le 1<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 653-8 du Code de commerce, a considéré la faillite personnelle d'une durée de 10 ans disproportionnée au regard des fautes commises par le gérant, et préféré prononcer une interdiction de gérer de 5 ans. La cour d'appel confirme l'absence de tenue d'une comptabilité, l'abus et le détournement d'actif par le biais d'un compte d'associé débiteur, qui ont motivé le prononcé de la faillite personnelle (art. L. 653-4 et L. 653-5 C. Com.), avant de considérer l'interdiction de gérer

plus appropriée. Le prononcé d'une faillite personnelle n'étant qu'une faculté pour la juridiction saisie de cette demande (Cass. Com., 23 mai 2000, n° 97-20.835, inédit ; Cass. Com., 11 juillet 2006, n° 04-12.893, inédit), la cour d'appel pouvait effectivement décider de ne pas prononcer cette sanction, en dépit du fait que les conditions posées par le législateur pour ce faire soient réunies. Cependant, aucune précision n'est apportée sur l'appréciation, par la juridiction d'appel, du caractère disproportionné de la sanction. La disproportion est clairement affirmée, mais aucunement expliquée. Cette modification de la nature et du quantum de la sanction aurait sans doute mérité d'être justifiée. La cour d'appel aurait dû adopter une rédaction plus pédagogique, d'autant qu'un arrêt de la Cour de cassation, rendu quelques mois plus tôt, affirme, au visa des articles L. 653-8 du Code de commerce et 455 du Code de procédure civile, « *que le tribunal qui prononce une mesure d'interdiction de gérer doit motiver sa décision, tant sur le principe que sur le quantum de la sanction, au regard de la gravité des fautes et de la situation personnelle de l'intéressé* » (Cass. Com., 17 avril 2019, n° 18-11.743, P). Le principe de proportionnalité de la sanction justifie, là encore, cette exigence de motivation, et la cour d'appel de Saint-Denis n'y a manifestement pas satisfait. Pour ne pas encourir la cassation sur ce fondement, les arrêts de la juridiction devront désormais mettre clairement en évidence les motivations relatives au choix de la sanction et de sa durée.