

REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN



Numéro 30
2021-1

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) ;
- Radianina RADILOFE, Docteur en Droit (responsable des chroniques de droit public malgache).

II. SOUMISSION DES CONTRIBUTIONS

– Règles de forme à respecter pour chaque proposition de contribution

Toutes les propositions de contributions doivent être adressées sous forme de document Word (ou équivalent), en respectant les seules conditions suivantes (destinées à faciliter la mise en forme en vue de la publication) :

- espacement : 0 pt ; 0 pt ; Interligne simple ;
- un saut de ligne unique entre chaque élément du corps de texte (paragraphe, titre) / aucun saut de ligne entre les notes de bas de page ;
- corps de texte : Times New Roman 14 / note de bas de page : Times New Roman 12 / le tout doit être justifié ;
- les titres (formats : I. blabla ; A. blabla ; 1. blabla ; a. blabla,...) doivent figurer en gras, avec un retrait égal à 1,25 centimètre.
- chaque proposition doit comporter la mention des prénoms, noms ainsi que des titres et/ou fonctions de l'auteur ;
- toutes les majuscules doivent être accentuées le cas échéant.

Les références bibliographiques doivent être formatées en reproduisant le format, ou en cas d'impossibilité en s'inspirant du format des exemples suivants :

- CJUE, 22 septembre 1992, *Petit*, aff. C-153/91, *Rec.* p. I-4879, points 10 à 13.
- Trib. (UE), 10 décembre 2002, *Dr. Karl Thomae GmbH c/ Commission*, aff. T-123/00, *Rec.* p. II-5193, point 4.
- CEDH, Gr. ch., 6 octobre 1979, *Kibali c/ France*, req. n° 11/50689.
- Civ. 1^{re}, 7 avril 1998, *RCDIP* 1998, n° 644, note D. ANNOUSSAMY ; *D.* 1998, n°287, note B. AUDIT.
- Ass. Plén., 30 janvier 2001, pourvoi n°00-13277, *Bull.* n° 19.
- CE, Ass., 7 juillet 1995, *Damiens*, req. n°146028.
- CAA Bordeaux, 30 janvier 2001, *M. Planchenault*, req. n°07BX1234.
- TA Saint-Denis, 3 janvier 1998, *M. Hoareau*, req. n°1234567.
- Affaire du *Timor Oriental* (Portugal c/ Australie), arrêt, C.I.J., *Rec.* 1995, p. 90.
- J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne. Carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002.
- Y. PETIT, « A la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTDE* 2006, n° 4, p. 593.
- R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les Etats de droit », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 377.

En raison du format désormais exclusivement électronique de la revue, les auteurs peuvent tout à fait insérer des liens hypertexte, **en note de bas de page exclusivement** et en respectant le modèle suivant : « lien : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hyperlien> – dernière consultation le 9 juillet 2020).

– Tribunes, Articles, Actes, Recensions bibliographiques

Les propositions de contributions doivent être adressées à l'adresse électronique suivante : olivier.dupere@univ-reunion.fr

Les Tribunes sont publiées avec l'accord du Directeur de la *Revue*. Elles ne doivent pas excéder deux pages.

Les propositions d'Articles reçues, seront soumises à l'examen d'un Comité de lecture de deux membres, choisis par le Directeur de la *Revue* en raison de leur expérience dans le domaine concerné. Les avis de ceux-ci devront être favorables sans réserve, pour que la proposition soit acceptée pour publication. 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*.

NB 1 – En sus des règles de forme générales, les propositions d'Articles devront comporter un résumé en français, un résumé en anglais, ainsi que l'indication des mots-clés les plus pertinents selon l'auteur.

NB 2 – Les responsables scientifiques d'Actes, dans la mesure où ces exigences complémentaires de forme seraient remplies d'un point de vue global, pourront décider de dispenser de leur respect les auteurs intervenus dans le cadre de la manifestation qu'ils ont organisé.

– 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; romain.loir@univ-reunion.fr; randiradilofe@yahoo.fr

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.

Photo de couverture : Jean-Baptiste Seube

Tables des matières du numéro 30

Tribune

La doctrine juridique dans l’océan Indien : *quo vadis* ?.....7

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Articles

La cession conventionnelle de contrat en droit mauricien.....11

Goran GEORGIJEVIC

L’obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien.....35

Goran GEORGIJEVIC

Chroniques

Chronique de la jurisprudence judiciaire française de l’Océan Indien.....61

Chronique de la jurisprudence administrative française de l’Océan Indien.....91

La doctrine juridique dans l'océan Indien : *quo vadis ?*

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion (C.R.J., E.A. 14)

Présidente de l'association « Le Droit dans l'océan Indien » (LexOI)

Depuis sa création voici plus de vingt ans, la *Revue juridique de l'océan Indien* s'est imposée comme un acteur important de la doctrine juridique dans l'océan Indien. Les trente numéros déjà parus de la *RJOI* rendent compte de la richesse de la pensée doctrinale et de la vivacité des systèmes de droit, qui font de « l'Indianocéanie » un formidable champ d'études juridiques pour qui s'intéresse au développement du droit dans un espace culturel, construit progressivement par la rencontre des civilisations africaines, asiatiques, musulmanes et européennes.

Alors qu'une étude comparative des modèles doctrinaux reste encore à écrire, on peut s'accorder sur le rôle essentiel que joue la doctrine juridique dans l'élaboration d'un système juridique. Sans les publications d'universitaires, de magistrats, d'avocats et d'autres professionnels, le droit ne serait qu'une accumulation de règles et de décisions de justice sans cohérence ni lisibilité, un fouillis inextricable pour le justiciable comme pour le juriste. C'est par la publication de manuels, de précis, de chroniques, de commentaires d'arrêt que les auteurs de la doctrine juridique parviennent à une mise en ordre du droit, à participer à la construction systématique du droit positif et à anticiper, non sans controverses, son évolution future.

Si nul ne conteste l'existence d'une doctrine juridique dans l'océan Indien, portée par les juristes de tous horizons, sa diffusion est aujourd'hui une vraie source de préoccupation. Ce n'est que grâce au dévouement de ses équipes successives que la rédaction de la *RJOI* a pu réaliser, quasiment sans subvention publique, les trente numéros que comptent désormais les archives. En comparaison avec les autres revues juridiques de l'océan Indien, qui se sont

éteintes au gré des mesures d'économie ou des crises institutionnelles, on pourrait alors parler d'une longévité exceptionnelle.

On ne peut que regretter que les pays et territoires de l'océan Indien, desservis par leur petite superficie ou par une situation politique et économique instable, ne comptent aucune maison d'édition (ou presque) qui puisse contribuer à une meilleure diffusion de la pensée juridique. La quasi-absence de manuels de droit dans des pays comme les Comores, Madagascar, Maurice ou les Seychelles, ainsi que la disparition de revues juridiques telles que l'*Annuaire des pays de l'océan Indien*, la *Mauritius Law Review* ou la revue juridique de la Faculté de droit de Maputo (Mozambique) compliquent à l'évidence l'accès au droit. Le juriste étranger ne dépend que trop souvent des textes de lois à l'état brut pour se faire une idée de la position de tel ou tel système juridique sur une question déterminée. S'y ajoute l'absence de bases de données juridiques à proprement parler : arrivé dans l'océan Indien, le comparatiste cherchera en vain une ressource en ligne de type *Doctrinal* ou *Westlaw*, dédiée au « droit indianocéanique ».

Tout n'est cependant pas perdu pour la doctrine juridique dans l'océan Indien, bien au contraire. L'essor des ressources électroniques, les campagnes de numérisation entamées par certaines universités et la multiplication des initiatives de mise en réseau des chercheurs offrent de nombreuses possibilités pour les juristes désireux de mieux connaître leur propre système juridique ou celui de leurs voisins. Les collections complètes de la *Revue juridique de l'océan Indien*¹, mais aussi des *Annales de l'Université de Madagascar (Droit)*² et de nombreux périodes en langue anglaise sont désormais consultables gratuitement sur internet. Sur l'initiative de l'association *LexOI – Le droit dans l'océan Indien*³, un portail d'information a été créé pour faciliter l'accès au droit dans l'océan Indien, par la mise en ligne de fiches pratiques, d'un recueil de conventions internationales et d'une base de données de la jurisprudence.

Surtout, il faut signaler la parution prochaine d'une *Bibliographie juridique de l'océan Indien* élaborée par le Professeur Jonas Knetsch, qui recense près de 3 000 références doctrinales (ouvrages, articles et rapports d'information), classées par ordre thématique et géographique. Cet admirable travail de recensement a abouti, pour la première fois, à une photographie de la doctrine juridique dans l'océan Indien. Il permet de se rendre compte de la richesse et de la vivacité des écrits doctrinaux, le plus souvent dispersés dans des périodiques

¹ La revue est consultable sur le site de l'association LexOI (<https://www.rjoi.fr>) et, désormais, également sur un site dédié de la Faculté de droit et d'économie de l'Université de La Réunion (<https://ufr-de.univ-reunion.fr/recherche/rjoi>).

² V. le portail de la recherche malgache (<http://www.recherches.gov.mg>).

³ <https://www.rjoi.fr/index.php?identifieur=portail-presentation>.

peu référencés, des publications collectives à tirage confidentiel ou des ouvrages auto-édités et mal diffusés.

À n'en pas douter la *Bibliographie juridique de l'océan Indien* constituera un recueil précieux pour la recherche juridique. Cette publication sera d'autant plus utile que se développe depuis quelques années un courant de la recherche juridique qui consiste à ouvrir la discipline aux sciences sociales en articulant la norme juridique à ses différents contextes (linguistique, historique, social, politique...). Cette approche est particulièrement promue par la doctrine comparatiste qui a connu, dans les années 2000, son *methodological turn* en invitant à se détourner de la démarche positiviste et techniciste du droit pour emprunter une démarche descriptive et contextuelle dans la connaissance du droit.

Conformément aux vœux de l'auteur, on ne peut donc qu'espérer que les chercheurs en droit et, plus largement, la communauté des juristes saura tirer profit de cette importante publication, consultable en ligne sur le site internet de la LexOI, et continuer à faire vivre la doctrine et la science juridique dans l'océan Indien.

Articles

DROIT CIVIL

La cession conventionnelle de contrat en droit mauricien

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer, Université de Maurice¹

Résumé :

En droit mauricien actuel, à la différence du droit français, la cession conventionnelle de contrat n'est pas réglementée dans les textes, que ce soit dans le Code civil mauricien ou dans une loi spéciale, alors qu'il n'y a pas d'obstacle, à notre avis, que sa validité soit reconnue par les juridictions mauriciennes. Le droit civil français, cette persuasive authority à Maurice, servira de base de réflexion dans cet article sur les contours que la cession conventionnelle de contrat devrait prendre en droit mauricien.

Abstract :

In Mauritian law, unlike French law, the conventional transfer of contract is not currently regulated either in the Mauritian Civil Code or in a special law, whereas there is no obstacle, in our opinion, for its validity to be recognized by the Mauritian courts. French civil law, this persuasive authority in Mauritius, will serve, in this article, as a basis for reflection on the shape that the conventional transfer of contract should take in Mauritian law.

¹ L'auteur est aussi Officier (*Law Reform Officer*) à la Commission des réformes de loi de la République de Maurice (*Law Reform Commission of Mauritius*). Ses fonctions à ce titre sont suspendues pendant la durée de son engagement contractuel à l'Université de Maurice.

Le droit civil français, une *persuasive authority* à Maurice. L'inspiration que cherche et trouve le droit civil mauricien auprès du droit français² est un secret de polichinelle. Le Code civil mauricien est rédigé en français, de très nombreux articles dans celui-ci et son pendant français sont identiques ou presque. Par conséquent, un Juge ou magistrat mauricien, amené à appliquer un article du Code civil mauricien, aura souvent recours à la jurisprudence et à la doctrine française³. Néanmoins, le droit civil mauricien est parfaitement autonome⁴ et obéit à sa propre logique ainsi qu'aux besoins de la société mauricienne. Aucune obligation formelle d'appliquer le droit civil français ne pèse sur un Juge ou magistrat mauricien : les arrêts de la Cour de cassation française ne seront cités dans les jugements mauriciens que si le Juge ou magistrat les considère adaptées au contexte⁵. En somme, les arrêts de la Cour de cassation française occupent à Maurice la place d'une *persuasive* et non d'une *binding authority*.

² Voir notamment : LAW REFORM COMMISSION, *Background Paper, Reform of Codes*, octobre 2010, <http://lrc.gov.mu/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx> ; P.-R. DOMINGUE, « 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 ; E. AGOSTINI, « Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Île Maurice », *Études offertes à Pierre Jobert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 21-22 ; L.-E. VENCHARD, « L'application du droit mixte à l'Île Maurice », *Mauritius Law Review*, n° 4/1982, p. 31 ; A.-H. ANGELO, « Mauritius : The Basis of the Legal System », III *CILSA*, 1970, notamment pp. 237-239 ; M. BOGDAN, « 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 ; E. BURGEAT, « La révision du Code civil à l'Île Maurice », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, 1975, Vol. 2, pp. 315 s. ; R. MARRIER D'UNIENVILLE, « L'évolution du droit civil mauricien », *Études 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 ; H. MOOLAN, « Les difficultés d'application des codes français à l'Île Maurice et les projets de codification », *Études de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1^{er} au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, pp. 137 s. ; *Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*, Second Edition, Edited by V. V. PALMER, Cambridge University Press, 2012, p. 629.

³ Citons en ce sens notamment un joli passage, extrait de l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 « *It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from L'Etendry v The Queen [1953 MR 15]: "the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law"* » (souligné par l'auteur).

⁴ « *But, it has to be pointed out that the practice of relying on French authorities has always been for guidance and not in application of the stare decisis principle* » (souligné par l'auteur) (*Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411)

⁵ Voir par exemple les jugements de la Cour suprême de Maurice *Jugessur Mrs Shati & ORS v. Bestel Joseph Christian Yann & Anor* 2007 SCJ 106 et *Naikoo v. Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66 1972 comparés aux arrêts français Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 (n° 68–10276) et

La place du droit civil français face à la lacune juridique en droit mauricien relative à la cession de contrat conventionnelle. En droit mauricien actuel, à la différence du droit français⁶, la cession conventionnelle de contrat n'est pas réglementée dans les textes, que ce soit dans le Code civil mauricien ou dans une loi spéciale⁷, alors qu'il n'y a pas d'obstacle, comme nous le verrons, que sa validité soit reconnue par les juridictions mauriciennes⁸. Le droit civil français, cette *persuasive authority* à Maurice, servira de base de réflexion sur les contours que la cession conventionnelle de contrat devrait prendre, à notre avis, en droit mauricien. Dans les développements qui suivront seront donc pris en compte non seulement les cas spécifiques de cession conventionnelle de contrat en droit mauricien (cession dans le bénéfice d'une promesse de vente, cession de bail, cession dans un pacte d'actionnaires), mais aussi la jurisprudence et la doctrine française relatives à la cession conventionnelle de contrat.

Définition de la cession conventionnelle de contrat. Le contrat ne se résume pas aux créances et obligations qui en sont issues ; il englobe aussi des prérogatives et autres éléments explicitement (la clause de solidarité⁹, la stipulation des sûretés, par exemple ou encore les clauses d'agrément¹⁰, de dédit¹¹

Cass. crim. 17 March 1970 (n° 69-91040). Voir aussi *Mangroo vs Dahal*, 1937, MR 43 – E. AGOSTINI, « Responsabilité du fait des choses : l'Île Maurice est encore l'Isle de France », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 6.

⁶ Art. 1216 à 1216-3 C. civ. fr.

⁷ Cette institution est tout de même mentionnée dans un des documents de la Commission de réforme des lois de Maurice (*Law Reform Commission*) : *Law Reform Commission, Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Regime and Proof of Obligations in the Code Civil Mauricien*, juin 2017, pp. 60-61 ; nn° 118-120.

⁸ R. NOGUELLOU, « La cession de contrat », *Revue des contrats*, n° 3/2006, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie A – En revanche, depuis une réforme du Code civil français, qui est l'une des sources d'inspiration de notre Code civil, la cession conventionnelle du contrat y est consacrée : G. PILLET, « La cession conventionnelle de contrat du Code civil : une consécration en demi-teinte », *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 392 s. Sommaire ; C. LACHIEZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *Recueil Dalloz* 2000, pp. 184 s., n° 24.

⁹ Sur la clause de solidarité affectant le paiement des loyers dans un bail d'habitation : Cass. 3^{ème}, 12 janv. 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 430 ; R. LIBCHABER, « Un colocataire solidaire peut être condamné à payer la moitié du loyer même après son départ », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 115 ; Cass. 3^{ème} 28 oct. 2009, note G. FOREST, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2686.

¹⁰ CA Lyon, 17 mai 2001, note J. MESTRE – B. FAGES, *RTD civ.* 2002, p. 98 ; Cass. com. 2 juillet 2002, note D. FERRIER, *Recueil Dalloz* 2003, p. 2426.

¹¹ Sur la différence entre la clause de dédit et la clause pénale : Cass. com. 18 janv. 2011, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 376 ; D. MAZEAUD, « La faculté de dédit stipulée dans une promesse de cession de fonds de commerce ne s'analyse pas en une clause pénale susceptible d'être diminuée par le juge », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 329 – Sur l'exercice abusif de la clause de dédit : Cass. 3^{ème}, 15 fév. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 564. Voir aussi : J.-L. AUBERT, « La cession de contrat » (a), *Defrénois*, n° 13-14/2000, p. 811 s. par n° 3.

et les clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité¹², etc.) ou implicitement (la résolution unilatérale dans les contrats à durée indéterminée¹³) stipulés¹⁴. Aujourd'hui, en droit mauricien¹⁵, le contrat peut être conçu non seulement comme un rapport juridique¹⁶ liant le créancier au débiteur, mais aussi comme un ensemble d'éléments variés qui constitue en lui-même un bien¹⁷. Se pose donc légitimement la question si, en droit mauricien, le contrat en tant que bien peut faire l'objet d'un autre contrat qui aurait pour objet la cession de celui-là. Nous sommes d'avis que oui. Dans le sillage d'une réponse positive à cette question, apparaîtront de nombreuses autres questions relatives aux conditions de validité de cette opération ainsi qu'à ses effets.

La cession conventionnelle de contrat peut être définie¹⁸ comme l'opération par laquelle un contractant, nommé le *cédant*, cède sa qualité de partie au contrat¹⁹ faisant l'objet de la cession²⁰ à une autre personne, que l'on appelle

¹² D. MAZEAUD, « Le sort des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat », *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 537-541 ; Cass. 1^{ère}, 29 oct. 2014, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 188 ; J. PENNEAU, « Validité de la clause de non-responsabilité d'une clinique en cas de vol de bijoux, au sein de l'établissement », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 184 ; C. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 145.

¹³ A. ETINNEY-DE SAINTE MARIE, « Le contrat à exécution successive, le contrat à durée indéterminée et l'engagement perpétuel : de quelques incertitudes persistantes, avant et après la réforme », *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 678 s. partie II – Sur la sanction du non-respect du délai de préavis : Cass. com. 27 sept. 2017, note H. BARBIER, *RTD civ.* 2017, pp. 859-861 – Sur le caractère raisonnable du préavis : Cass. com. 8 fév. 2017, *Recueil Dalloz* 2017, p. 678.

¹⁴ Dans cette analyse, appelée l'analyse unitaire de la cession conventionnelle, le contrat est conçu comme un bien et pas une simple addition de créance et de dette du cédant. Il englobe aussi tout un faisceau de prérogatives et clauses contractuelles. Voir G. PILLET, *art. cit.*, Introduction ; S. BOUSSOURUN, « Cas particulier de cession conventionnelle de contrat : le transfert du contrat de service téléphonique », *Les Petites Affiches*, n° 111/2001, pp. 4 s.

¹⁵ Voir les articles 1101 et suivants du Code civil mauricien.

¹⁶ Voir par exemple : E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, pp. 455 s., n° 25.

¹⁷ Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, pp. 585-586, n° 1787. Dans un sens contraire : P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, L.G. D. J., 11^{ème} édition, 2020, p. 471, n° 505

¹⁸ Art. 1216 C. civ. fr. – Sur la cession conventionnelle du contrat d'abonnement téléphonique : S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., sommaire ; L. ANDREU, « Vente. - Cession de dette. Cession de contrat », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1689 à 1695, Fasc. 40, déc. 2014, n° 107.

¹⁹ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 472, n° 506.

²⁰ Ainsi, par exemple, dans une cession conventionnelle de bail, le second locataire sera tenu de la dette de réparation concernant le dommage qu'avait causé le premier locataire aux parties communes de l'immeuble. Cette solution se justifie par le fait que le prix de la cession du fonds de commerce, dont le bail en question faisait partie, était fixé en prenant en compte la dette de réparation transmise au cessionnaire (Cass. 3^{ème}, 30 sept. 2015, note S. ANIEL-BARRAU, *Gazette du Palais*, n° 337/2015, p. 18).

cessionnaire²¹. L'autre partie au contrat faisant l'objet de la cession est communément nommée *cédé*. L'originalité de la cession conventionnelle de contrat réside dans la préservation du lien contractuel initial²² : l'opération ne donne pas naissance à un nouveau contrat²³. Ainsi, par exemple, l'acheteur d'un bien immobilier, qui s'est trouvé substitué au bailleur initial pour l'intégralité des clauses du contrat de bail et de ses accessoires, ne peut disposer de plus de droits que son vendeur : l'acheteur du bien loué n'est dès lors pas fondé à réclamer au locataire le paiement d'un nouveau dépôt de garantie²⁴.

Malgré l'absence d'une règle générale sur la cession conventionnelle de contrat en droit mauricien, constatée dans les développements qui précèdent, il n'en demeure pas moins que l'institution n'y est pas totalement inconnue. Néanmoins, l'on peut trouver ici et là les applications ponctuelles de ce mécanisme. Ainsi, l'article 1717 du Code civil mauricien²⁵ définit la cession conventionnelle de bail comme un contrat en vertu duquel le preneur cède son contrat de location à un tiers, qui devient locataire et partie au contrat de bail. Le cessionnaire devient donc titulaire du droit de jouissance sur le bien loué, issu du contrat de bail, mais il sera aussi débiteur, à l'égard du bailleur, de l'obligation de payer le loyer conformément au contrat de bail²⁶. La jurisprudence mauricienne admet, à son tour, la possibilité de cession de parts sociales comme en témoigne l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Mauritius Commercial Bank Ltd vs. Sibartie Fils et Compagnie & Sibartie* 1986 MR 103.

Le domaine de la cession conventionnelle de contrat. Les contrats à exécution successive²⁷ sont certainement le domaine de prédilection de la cession conventionnelle de contrat en droit civil mauricien²⁸, car l'exécution des

²¹ C. JUILLET, « Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun », *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 382 s., n° 2 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 1.

²² Cass. 1^{ère}, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n° 360 : la Cour relève que le cessionnaire est tenu envers le cédé « en vertu du contrat transmis ». – G. PILLET, *art. cit.*, Sommaire ; L. ANDREU, *Fasc. préc.* n° 103 ; L. AYANES, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 25 s., n° 8.

²³ R. NOGUELLOU, *art. cit.* ; L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 108 ; C. LACHIEZE, *art. cit.*, n° 21 ; D. MARTIN, « Du changement de contractant », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3144 s. partie I, sous partie A – En sens contraire : M. BILLAU – C. JAMIN, « La cession conventionnelle de contrat est soumise à la délégation de l'article 1275 du Code civil », *Recueil Dalloz* 2002, pp. 984 s.

²⁴ Cass. 3^{ème}, 26 mars 2014, n° 13-10698, note D. HOUTCIEFF, *Gazette du Palais*, n° 184/2014, p. 19.

²⁵ *Vide Esso Mauritius Ltd v D. Pardhun* 2000 SCJ 081 et *Hafejee Goolam Mahmad v Lee Kiang Tek Li Sung Sang* 1996 SCJ 348.

²⁶ C. QUEMENT, « Bail commercial. – Cession », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1708 à 1762, Fasc. 1450, déc. 2014, n° 3 ; 109.

²⁷ Il est à noter que la cession conventionnelle du contrat ne modifie pas, bien évidemment, la durée du contrat qui en fait l'objet : C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 13.

²⁸ Comp. avec : L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 105.

obligations contractuelles s'étale dans le temps. Néanmoins, il n'y a aucun obstacle sérieux, à notre avis, à ce qu'en droit mauricien les contrats à exécution instantanée puissent faire l'objet d'une cession. Il nous semble parfaitement possible d'envisager la cession de tels contrats dès lors que l'exécution des obligations découlant de ces contrats est retardée²⁹. En somme, la cession conventionnelle de contrat semble pouvoir trouver sa place en droit mauricien dans une panoplie de contrats spéciaux tels que, la vente, le bail, le contrat d'entreprise, le contrat de franchise, le contrat de concession exclusive, etc.

Cession conventionnelle et cession légale de contrat. La cession de contrat, dont le principe de validité nous préconisons pour le droit mauricien, n'est pas un phénomène dont l'origine serait exclusivement contractuelle³⁰. Il existe en droit privé mauricien des cas où elle serait d'origine légale, c'est-à-dire ordonnée par la loi³¹. Le Législateur peut décider de prévoir une cession de contrat afin d'assurer la stabilité d'une activité, celle du locataire d'un immeuble par exemple³². Ainsi, aux termes de l'article 1743 du Code civil mauricien, en cas de vente d'un bien loué, le nouvel acheteur devra, *a priori*, supporter le bail en cours, jusqu'à son expiration. L'acheteur devient donc le nouveau bailleur, et le contenu du bail reste exactement le même³³.

Intérêts de la cession conventionnelle de contrat. Les contrats durent parfois dans le temps, et sont d'une valeur financière considérable ; il est donc préférable d'assurer leur durabilité autant que faire se peut, au lieu de les faire disparaître³⁴. La cession conventionnelle de contrat est donc un instrument de

²⁹ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 473, n° 507 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12 ; J.-P. CLAVIER, note ss Cass. 3^{ème}, 7 juill. 1993, D. 1994, p. 597, spéc. I ; B. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz 1985, n° 20 s. Contra : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n° 268, p. 194 : « l'obligation de donner, parce qu'elle s'absorbe dans le transfert d'un droit préexistant, [est] par nature incessible et ceci que le transfert de propriété soit immédiat, ou qu'il soit différé : on ne substitue pas un tiers dans le bénéfice d'une obligation de donner ; on lui transmet la propriété de la chose » ; L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 105.

³⁰ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, p. 1737, n° 1666 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2018, p. 77.

³¹ E. JEULAND, *Fasc. précit.*, n° 4. Sur la cession légale, en droit français, du contrat de crédit-bail, voir R.-N. SCHUTZ, *Rép. civil Dalloz*, « Crédit-bail – Réalisation de l'opération de crédit-bail », oct. 2015, n° 193 – Sur la cession légale, en droit français, du contrat de travail : M. BILLAU, « Application volontaire de l'article L. 122-12 du Code du travail et inexécution par le cessionnaire des obligations résultant de la poursuite du contrat », *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 1408-1411.

³² G. PILLET, *art. précit.* pp. 392 s., Introduction.

³³ Cass. 3^{ème}, 8 juillet 2014, note W. DROSS, *RTD civ.* 2014, pp. 910-913.

³⁴ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. pp. 471-472, n° 505 ; G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Introduction.

stabilité et de souplesse de l'instrument contractuel. C'est pourquoi le principe de validité de la cession conventionnelle de contrat ne devrait pas être contestable, à notre avis, en dépit de la lacune juridique relative à cette institution du droit des obligations.

Arguments en faveur de l'incessibilité du contrat. Le principe de validité de la cession conventionnelle de contrat n'est pas unanimement accepté³⁵. Ses adversaires pensent qu'un lien contractuel ne peut pas être cédé car, comme la dette, il n'a pas de valeur patrimoniale. Selon les détracteurs de la cession conventionnelle de contrat, le contrat représente un rapport purement personnel. L'objection repose sur une conception subjective du contrat : le contrat est donc un lien, pas un bien³⁶. Le cédant ne peut se dégager seul, considèrent les adversaires de la validité de la cession conventionnelle de contrat, du contrat qui le lie au cédé. En l'absence d'accord de ce dernier, la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire ne peut réaliser qu'une cession qui ne libère pas le cédant. En revanche, rien n'empêche le cédé d'accepter le transfert de la qualité de partie à un tiers, soit en se prévalant du contrat cédé à l'encontre du cessionnaire, soit en permettant que le cessionnaire se prévale du contrat cédé à son encontre. Mais dans ce cas, il n'y a pas non plus cession de contrat, car le cessionnaire fait une offre de changement de cocontractant au cédé ; en acceptant cette offre, le cédé forme un nouveau contrat avec le cessionnaire³⁷.

Sauf tout le respect envers ces arguments, nous pensons qu'il n'y a pas de raisons convaincantes de refuser la validité de la cession conventionnelle de contrat en droit civil mauricien. A notre avis, il n'existe aucune contradiction entre l'exigence du consentement du cédé et la cession de contrat qui transmettrait un même contrat au cessionnaire. « Rien n'empêche, en principe, que le second accord ait pour objet la continuation du premier contrat »³⁸ et le consentement du cédé n'est qu'une simple habilitation de cet accord entre le cédant et le cessionnaire qui produira des effets à son égard.

Fondement théorique de la cession conventionnelle de contrat. La question peut se poser de savoir, bien évidemment, quel serait le fondement théorique en droit civil mauricien permettant d'affirmer la validité de la cession conventionnelle de contrat. D'habitude, on évoque la cause du contrat pour

³⁵ D. MAZEAUD, « Parce que le contrat avait été conclu intuitu personae, il ne pouvait être unilatéralement cédé sans avertissement, ni avis préalable adressé au cocontractant cédé », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 115 ; J. ANTIPPAS, « Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat », *RTD civ.* 2017, pp. 43 s. n° 25.

³⁶ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 5 ; C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s., nn° 4, 19.

³⁷ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 5 ; C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 4.

³⁸ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 6.

expliquer la validité de cette opération³⁹, la cause étant conçue comme un mélange d'éléments objectifs et subjectifs destiné à satisfaire les besoins individuels des contractants⁴⁰. La cession conventionnelle de contrat devient alors facilement concevable : il suffira d'un tiers intéressé de devenir contractant à un contrat déjà existant (cessionnaire), à qui cette combinaison d'éléments objectifs et subjectifs conviendra. L'identité d'un contractant changera, mais le contrat restera le même, car il a préservé sa cause⁴¹.

Après avoir constaté qu'il n'existe aucun obstacle sérieux à ce que la cession conventionnelle de contrat fasse partie du droit positif mauricien, il semble nécessaire d'étudier, d'une part, les conditions de validité de cette opération contractuelle (Première partie), et d'autre part, d'analyser ses effets (Seconde partie).

I. Conditions de validité de la cession conventionnelle de contrat

Nous étudierons, successivement, deux conditions de validité de la cession conventionnelle de contrat, à savoir, une condition de fond – le consentement du cédé (A) et une condition de forme (B).

A. Consentement du cédé

Du consentement du contractant cédé. L'une des questions importantes que soulève la cession conventionnelle du contrat en droit mauricien est celle du rôle et de la place du consentement du cédé, qui est, d'un point de vue juridique, une autorisation, et un acte juridique unilatéral⁴².

D'un point de vue théorique, l'on peut envisager d'attribuer trois rôles au consentement du cédé. Tout d'abord, l'on peut faire du consentement du cédé une condition de validité de la cession de contrat. Par conséquent, à défaut de consentement du cédé, la cession sera nulle et ne produira pas d'effets juridiques⁴³. Une deuxième solution envisageable est celle d'analyser le

³⁹ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2°.

⁴⁰ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2°.

⁴¹ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2° ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 4 – Il est intéressant de noter que la cause de l'engagement contractuel, évoquée plus haut comme fondement théorique permettant la cession conventionnelle de contrat, est toujours bien inscrite dans notre Code civil (art. 1131-1133), alors que ce n'est plus le cas dans le Code français, depuis la célèbre réforme de 2016.

⁴² G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie B, 1°.

⁴³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

consentement du cédé comme une simple condition d'opposabilité de la cession à son égard. En l'absence de ce consentement, la cession sera valable *inter partes*, elle produira ses effets entre le cédant et le cessionnaire. En revanche, le cessionnaire ne pourra réclamer l'exécution du contrat au cédé, et inversement le cédé ne pourra pas exiger l'exécution du cessionnaire⁴⁴. Enfin, il existe aussi une troisième possibilité, celle de considérer le consentement du cédé comme une condition de la libération du cédant, ce dernier demeurant tenu, à titre principal ou comme simple garant, en l'absence d'accord de son cocontractant⁴⁵.

Il est aussi à noter que selon certaines plumes autorisées, le consentement du cédé n'est pas du tout nécessaire dans la conception unitaire de la cession conventionnelle de contrat, où le contrat est transmis comme un ensemble et pas comme un faisceau de droits, obligations, droits potestatifs etc. Selon ces auteurs, la cession ne vise pas principalement à libérer le cédant, mais à préserver le lien contractuel⁴⁶.

À notre connaissance, les juridictions mauriciennes n'ont pas eu l'occasion jusque-là à se prononcer sur le rôle et la place du consentement du cédé dans une cession conventionnelle de contrat, mais elles seront tôt ou tard amenées à le faire. À notre avis elles devraient attribuer à ce consentement un double rôle. Un premier consentement du cédé est nécessaire pour la validité du contrat de cession⁴⁷. Certes, le cédé est un tiers au contrat de cession, et son consentement n'est qu'une habilitation, un élément externe à la validité de la cession. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il est partie au contrat initial, faisant l'objet du contrat de cession. En droit mauricien des contrats, le contrat est défini comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit⁴⁸. Le consentement, conçu comme adhésion mentale à l'opération juridique et économique envisagée, est donc une *condicio sine qua non* du contrat. Cette exigence doit subsister tout au long de l'existence du contrat, et non seulement être satisfaite au moment de sa conclusion. Concrètement, l'on ne peut demander au cédé d'exécuter au profit du cessionnaire ses obligations du contrat conclu avec le cédant, tant qu'il n'a pas exprimé son adhésion à l'idée de cession de son contrat⁴⁹. L'adhésion en question

⁴⁴ L. AYNES, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 25 s., n° 7 et 11 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

⁴⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

⁴⁶ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 4.

⁴⁷ Comp. avec : J. ANTIPPAS, *art. précit.*, pp. 43 s. n° 27 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1739 ; 1741, n° 1667 ; 1669 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸ Voir l'art. 1101 C. civ. maur.

⁴⁹ Comp. avec : « *La force obligatoire du contrat interdit que l'une des parties se substitue un tiers sans le consentement de l'autre sauf bien sûr lorsque la loi l'y autorise* » (C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 1). – « *La 'stipulation contractuelle de substitution' d'un contractant, autrement qualifiée de cession conventionnelle de contrat [...], n'est pas possible si elle ne s'accompagne du consentement de la partie cédée* » (C. JAMIN, M. BILLAU, « La cession

revêt la forme du consentement du cédé à la cession conventionnelle du contrat, qui sera donc une condition externe à la validité du contrat.

Le consentement-condition de validité de la cession nous semble être une solution préférable au consentement à la cession-condition d'opposabilité. A défaut de consentement du cédé, le cessionnaire ne pourra lui demander l'exécution des obligations issues du contrat cédé et *vice versa*, le cédé ne pourra demander au cessionnaire l'exécution des obligations issues de ce contrat. Par conséquent, il est difficile de comprendre quelle serait l'utilité, à défaut du consentement du cédé, de maintenir le contrat de cession *inter partes*, entre le cédant et le cessionnaire. En somme, nous sommes d'avis que, pour ce qui est du droit civil mauricien, le consentement du contractant cédé est *une condicio sine qua non* de la validité du contrat de cession⁵⁰. A titre de comparaison, la règle est explicitement affirmée tant dans la jurisprudence administrative française⁵¹ que dans la jurisprudence civile⁵². Même s'il est vrai que la cession de contrat imparfaite n'empire pas la situation économique du cédé, car il dispose de deux débiteurs, à savoir le cessionnaire et le cédant, l'article 1119 du Code civil mauricien est clair : mise à part des cas spécifiquement prévus dans la loi, on ne peut créer des droits au profit des tiers ni des obligations à leur charge. Le contenu du contrat cédé reste, certes, le même, mais l'article 1119 de notre Code civil empêche cette re-direction du cédé envers le cessionnaire dans le cas où le cédé n'y aurait pas donné son consentement. A défaut de son consentement, le cédé est à l'abri des effets de la convention de cession grâce à l'effet relatif des conventions : comme il est un tiers à la cession, il ne peut être lié par celle-ci. Autrement dit, sans le consentement du cédé, il n'y aura pas de possibilité pour les parties à la cession de contrat d'imposer au cédé le changement de cocontractant⁵³. Ainsi par exemple, dans un arrêt du 6 mai 1997, la chambre

conventionnelle de contrat exige le consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 588 s. n° 1, pour une explication économique de l'exigence du consentement du cédé voir par n° 4). – « *Quels que soient la cause et l'objet d'un contrat, nul contractant n'admettrait que son partenaire puisse librement lui imposer un nouveau partenaire* » (D. MAZEAUD, *art. précit.*, p. 115).

⁵⁰ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie B ; C. JUILLET, Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun, *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 382 s. n° 2 ; S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, paragraphe 1.

⁵¹ Dans un arrêt de 1869, on peut ainsi lire que « *les adjudicataires des services de l'État n'ont droit de se substituer ou de s'adjoindre des associés en ce qui touche l'exécution du service dont ils sont chargés, qu'autant qu'ils y ont été expressément autorisés* » (CE, 28 juill. 1869, *Laffitte*, Lebon, p. 719). Cette solution sera systématisée dans la décision *Compagnie départementale des eaux* du 20 janvier 1905 (R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie B).

⁵² Cass. com. 6 mai 1997. Voir aussi CA Pau 26 janv. 2021, n° 19/01043 ; CA Nîmes, 3 sept. 2020, n° 18/03613.

⁵³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 16.

commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'un acheteur ne pouvait être condamné à payer les factures émises par une société substituée à son fournisseur sans que soit recherché si, dans le contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur, ou ultérieurement, ce dernier avait donné son consentement à la substitution de cocontractants. Cet arrêt suggère nettement, et à juste titre selon nous, que la validité de la cession conventionnelle nécessite dans tous les cas le consentement du cédé⁵⁴. Pour ce qui est du moment où ce consentement doit être émis, il peut être donné par anticipation, dès la conclusion du contrat faisant l'objet de la cession, ou ultérieurement, et en particulier au moment de la cession⁵⁵.

Après avoir donné ce premier consentement, dont dépend la validité du contrat de cession, le cédé peut aussi émettre un second consentement dont dépendrait la libération du cédant⁵⁶, ne serait-ce que pour l'avenir. Il faut garder à l'esprit que, même s'il donne son consentement à l'opération qui est la cession conventionnelle de contrat, le cédé aura l'intérêt à préserver un maximum de sécurité en ce qui concerne l'exécution des obligations de l'autre partie issues du contrat cédé. Par conséquent, les juridictions mauriciennes ne devraient pas, à notre avis, déduire la libération du cédant de ses obligations du consentement que le cédé aurait donné au contrat de cession. Il est dans l'intérêt du cédé d'avoir autant de garanties que possible pour obtenir la réalisation de sa créance. Ainsi, même si le cédé peut désormais demander au cessionnaire l'exécution du contrat cédé, il est dans l'intérêt de celui-là qu'il puisse le demander au cédant aussi, même si celui-ci cesse d'être partie au contrat cédé. Ce n'est que dans l'hypothèse où le cédé souhaiterait explicitement, pour l'une des raisons qui lui est propre, libérer le cédant, que celui-ci sera libéré, pour l'avenir seulement ou pour l'avenir et le passé, de ses engagements issus du contrat cédé. Il faut donc un consentement exprès du cédé pour libérer le cédant de ses engagements contractuels⁵⁷. En cas de libération totale, le cessionnaire restera alors le seul débiteur du cédé⁵⁸. La règle proposée plus haut pour le droit mauricien s'explique par le fait que la libération totale du cédant ou ne serait-ce que la transformation de son obligation principale en obligation accessoire (subsidaire) affaiblit, parfois considérablement, la position financière du cédé⁵⁹, qui n'a désormais qu'un seul débiteur (cessionnaire) ou doit demander d'abord l'exécution du contrat au cessionnaire. En outre, d'un point de vue juridique, l'effet obligatoire et relatif du contrat (l'on songe ici au

⁵⁴ C'est pourquoi l'article 1717 du Code civil mauricien étonne, car il ne subordonne pas la cession du contrat de bail au consentement préalable du bailleur.

⁵⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 14.

⁵⁶ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1774, n° 1672 ; L. TRANCHANT, V. EGEEA, *op. cit.*, p. 77 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAUTERNEYRE, *op. cit.*, p. 588, n° 1797.

⁵⁷ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s., n° 2.

⁵⁸ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 15.

⁵⁹ Ce sera notamment le cas lorsque la situation financière du cessionnaire est bien plus faible que celle du cédant.

contrat initial qui fait l'objet de la cession) s'oppose à une telle modification, sans le consentement du cédé. Le cédant s'est obligé à l'égard du cédé *via* le contrat faisant l'objet de la cession, et il ne peut être exonéré de ses engagements contractuels, ni diminuer unilatéralement la portée de ces engagements⁶⁰, sans le consentement de l'autre partie (cédé).

En dépit du raisonnement déployé plus haut, certains auteurs estiment qu'un seul et unique consentement du cédé est suffisant pour libérer le cédant de ses engagements⁶¹. En d'autres termes, le consentement du cédé à la cession conventionnelle du contrat, vaut aussi le consentement relatif à la libération du cédant de ses engagements issus du contrat cédé. Dans la législation de certains pays, ce double effet du consentement du cédé est consacré⁶². Pour des raisons décrites plus haut, nous ne sommes pas d'accord avec l'idée que le consentement du cédé emporte à la fois la validité du contrat de cession et la libération du cédant de ses engagements contractuels. L'exigence d'un double consentement du cédé est donc préconisée pour le droit civil mauricien.

Il peut bien arriver que le contractant cédé refuse son consentement au contrat de cession. La question peut donc se poser de savoir de quels recours disposent le cédant et le cessionnaire dans ce cas en droit civil mauricien. A titre de comparaison, en droit administratif français les motifs légitimes pour que le contractant cédé puisse refuser son consentement tiennent à *des considérations techniques ou financières, en rapport avec l'exécution du contrat en cause*⁶³. Les motifs légitimes⁶⁴ pour refuser le consentement doivent être de nature objective⁶⁵. De plus, en droit civil français, le cédé ne peut non plus refuser arbitrairement le consentement au contrat de cession⁶⁶.

Eu égard au développement qui précède, la question légitime se pose de savoir quelles sont, en droit mauricien, les limites au refus du cédé de donner son autorisation à la cession du contrat dans les contrats « normaux », mais également dans les contrats *intuitu personae*. De plus, il faut se pencher sur la question de la sanction applicable en cas de refus abusif du cédé de donner son consentement au contrat de cession. A notre avis, en droit civil mauricien, le droit du cédé de donner ou non son consentement à l'opération de cession ne saurait être exercé arbitrairement, du moins, dans les contrats n'étant pas conclus *intuitu personae*. Ainsi, le refus du cédé de consentir à la cession devrait être fondé sur des raisons

⁶⁰ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 19.

⁶¹ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A.

⁶² Voir notamment les articles 145 et 146 de la Loi des obligations serbe.

⁶³ CE, 8 nov. 1935, *Cie guadeloupéenne de distribution électrique*, Lebon, p. 1021.

⁶⁴ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, n° 2.

⁶⁵ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie A.

⁶⁶ L. AYNES, « Cession de contrat, nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, doct., p. 25.

objectives, telles que les compétences techniques faibles ou la situation financière compromise du cessionnaire. De telles raisons peuvent raisonnablement expliquer l'absence de volonté du cédé de faire rentrer dans la relation contractuelle un nouveau débiteur (cessionnaire). En dehors de cette hypothèse, le refus du cédé devient déraisonnable, car il ne se justifie par aucun motif valable⁶⁷. Ce refus du cédé est alors susceptible d'être qualifié d'abusif⁶⁸. Dans de tels cas, la sanction qui nous semble la plus appropriée est celle d'allocation de dommages et intérêts, à condition, bien sûr, que le cessionnaire démontre que la faute du cédé (le refus abusif de son consentement) lui a causé un préjudice⁶⁹. Nous ne sommes pas d'avis que, pour ce qui est du droit mauricien, la substitution forcée du cessionnaire au cédé soit la sanction la plus heureuse dans ce type de situation, car le contrat, en droit mauricien, reste avant tout un accord de volontés⁷⁰. Faire rentrer le cessionnaire dans une relation contractuelle forcée avec le cédé, signifierait l'existence d'un contrat entre le cédé et le cessionnaire auquel celui-là n'a pas consenti⁷¹. Un tel contrat contredirait la lettre de l'article 1101 du Code civil mauricien. En revanche, il nous semble très difficile de qualifier d'abusif le refus du cédant de consentir à la cession de contrat lorsque le contrat qui en ferait l'objet est un contrat *intuitu personae*⁷². Dans ce type de contrat, il existe bien évidemment une forte dose de subjectivisme, car parmi plusieurs débiteurs possibles d'une prestation, le créancier en choisit un en raison de ses

⁶⁷ Ainsi, par exemple, le refus d'un bailleur de donner son accord à la cession conventionnelle de bail ne peut être discrétionnaire et doit revêtir un caractère légitime. La cour d'appel, ayant constaté que le bailleur n'avait donné aucun motif au locataire pour son refus d'accepter la cession conventionnelle de bail, a pu considérer que le refus du bailleur était abusif, et ne reposait pas sur un motif légitime. Par conséquent, la cour d'appel a ordonné en toute légalité au bailleur de réparer le préjudice subi par le locataire (Cass. 3^{ème}, 15 juin 2011, n° 10-16.233 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 271).

⁶⁸ En sens contraire : L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 113.

⁶⁹ Ainsi, par exemple, « le refus injustifié du bailleur peut engager sa responsabilité dès lors que ce refus a causé un préjudice au preneur dû au retard dans la cession du fonds de commerce dont le bail est un élément essentiel » (C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 44).

⁷⁰ Pour une solution allant en sens contraire (l'autorisation judiciaire remplaçant l'accord du bailleur, en cas de son refus injustifié) : C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 45.

⁷¹ À titre de comparaison, la substitution d'un contractant à l'autre dans une relation contractuelle préexistante est une sanction moderne applicable désormais aux pactes de préférence où le promettant aurait violé l'obligation de priorité souscrite envers le bénéficiaire du pacte. Cette substitution y a été rendue possible grâce au fait que le promettant a donné, au jour de la conclusion du contrat, son consentement au contrat de vente, dont le contenu est déjà entièrement fixé. Eu égard à ce fait, et à condition que le contrat en question ne soit pas un contrat *intuitu personae*, il n'y a aucun obstacle plausible que l'obligation de faire du promettant, celle d'offrir en priorité le même contrat au bénéficiaire, fasse l'objet d'une exécution forcée. Et cette exécution signifie que le consentement du promettant soit dévié vers le bénéficiaire, qui devient la partie au contrat, en en faisant sortir le tiers co-contractant de mauvaise foi.

⁷² Sur le principe de validité de la cession d'un contrat *intuitu personae* : P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 480, n° 517.

connaissances et compétences spéciales et en fait une *condicio sine qua non* du contrat. Cet élément subjectif, se résumant à « quelque chose de spécial » chez le débiteur choisi, empêche de parler d'abus, lorsque le cédé refuse de remplacer son co-contractant initial par un autre.

Quant à la forme du consentement du cédé, la Cour de cassation française, cette *persuasive authority* à Maurice, ne demandait pas de forme particulière et reconnaissait le consentement tacite⁷³, découlant du comportement du cédé⁷⁴. La liberté de la forme du consentement du cédé ne nous semble pas gênante, du point de vue du droit civil mauricien, et peut être conseillée aux juridictions mauriciennes. Bien évidemment, il est certainement plus prudent d'en pré-constituer une preuve en obtenant un accord écrit du cédé.

Pour ce qui est du moment du consentement du cédé, il peut être donné à l'avance, et notamment « en blanc »⁷⁵, dans le contrat initial⁷⁶. En faisant ainsi, le cédé accepte certainement un risque⁷⁷ concernant la solvabilité et les compétences du cessionnaire dans ce futur contrat de cession⁷⁸, qu'il lui est impossible de connaître à l'avance. Ce risque explique pourquoi le droit administratif en France, a jugé inacceptable, en matière de déroulement du service public, que le consentement du cédé à la cession de contrat soit donné *a priori*⁷⁹.

Finalement, une question théoriquement et pratiquement intéressante peut se poser en droit civil mauricien : est-ce que le consentement du cédé donné à l'avance s'applique uniquement au cessionnaire immédiat ou, au contraire, englobe-t-il tous les cessionnaires subséquents. Il nous semble plus juste de limiter en droit mauricien ce consentement donné « en blanc » au seul cessionnaire immédiat, car à propos de celui-ci le cédé fait confiance à son co-contractant initial (cédant). On ne pourrait pas dire autant en ce qui concerne les cessionnaires ultérieurs choisis par le cessionnaire initial⁸⁰.

⁷³ Cass. com. 7 janv. 1992, *Société des Grands garages de l'Hérault*, préc. ; Cass. 1^{ère}, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173.

⁷⁴ Dans le cadre de la cession du contrat d'abonnement téléphonique en France, il est souvent exigé que le cédé donne son accord par écrit (S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, paragraphe 2).

⁷⁵ CA Caen 21 fév. 2019, n° 17/00788

⁷⁶ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B. – Il peut tout aussi bien être donné au moment de la conclusion du contrat de cession (C. JAMIN, M. BILLAU, « La cession conventionnelle de contrat exige le consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 588 s. n° 1 et 6 ; C. JAMIN, « Cession de contrat et consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 131 s.).

⁷⁷ L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 112.

⁷⁸ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B.

⁷⁹ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B.

⁸⁰ C. JAMIN – M. BILLAU, *art. précit.*, pp. 588 s. n° 9.

Après avoir bien délimité le rôle et la place du consentement du cédé dans la cession conventionnelle de contrat, du point de vue du droit civil mauricien, il faudrait désormais se pencher sur la question de la forme de cette opération conventionnelle.

B. Forme de la cession conventionnelle de contrat

Une forme ad solemnitatem justifiée de la cession de contrat. En France, l'article 1216 alinéa 3 du Code civil français⁸¹ exige une forme écrite *ad solemnitatem* indispensable pour la validité de la cession de contrat conventionnelle⁸². Une telle exigence peut se comprendre assez aisément, eu égard au fait que les contrats faisant l'objet de la cession (contrat de franchise, contrat de concession exclusive, par exemple) sont souvent des contrats complexes, dont la valeur se chiffre par millions de roupies. Il devient donc très important d'attirer l'attention du cessionnaire sur l'ampleur de l'engagement qu'il est en train de prendre, en l'obligeant à recourir à un écrit sous seing privé ou à un recours authentique *ad validitatem*. De plus, la forme *ad solemnitatem* de la cession conventionnelle de contrat oblige les parties à prévoir un maximum de règles dans le contrat sur le régime juridique de leur cession⁸³. Toutefois, comme la législation mauricienne actuelle ne contient pas de règle analogue, la forme du contrat de cession relèvera du droit commun : le principe de consensualisme sera de mise, aucune forme n'est actuellement prévue pour la validité de cette opération⁸⁴. Eu égard aux développements qui précèdent, il y a fort à parier que les parties au contrat de cession (le franchisé initial et un tiers intéressé à prendre sa place contractuelle, par exemple) concluent le contrat de cession par écrit, d'autant plus que l'article 1341 du Code civil mauricien impose une forme *ad probationem* (un acte authentique ou un acte sous seing privé) pour tous les contrats dont la valeur est de 5 000 roupies ou plus.

Après avoir achevé l'étude des conditions de validité de la cession conventionnelle en droit civil mauricien, il convient d'en analyser les effets.

⁸¹ Sur l'absence d'application de cet article voir : CA Rennes, 14 nov. 2019, n° 16/07027.

⁸² F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 1740-1741, n° 1668 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, pp. 587-588, n° 1794-1795.

⁸³ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 480, n° 517, p. 481, n° 519.

⁸⁴ À propos de la liberté de forme de la cession de parts sociales, voir *Mauritius Commercial Bank Ltd vs. Sibartie Fils et Compagnie & Sibartie* 1986 MR 103.

II. Effets de la cession conventionnelle de contrat

Pour ce qui est des effets de la cession conventionnelle de contrat, l'on peut constater qu'elle produit des effets importants sur le rapport d'obligation issu du contrat cédé (A), mais aussi sur les sûretés dont est assorti le contrat cédé (B).

A. Effets relatifs au rapport d'obligation issu du contrat cédé

Effets dans une cession de contrat parfaite. La cession conventionnelle de contrat produit *a priori* ses effets pour le futur ; elle ne rétroagit pas. Ainsi, le cessionnaire devient partie au contrat cédé au moment de la cession, et le sera pour l'avenir ; le cédant le reste pour la période avant ce moment⁸⁵.

Il convient de rappeler qu'à notre avis il n'y a aucun obstacle à ce que la cession *parfaite*, et la cession *imparfaite* fassent partie du droit civil mauricien, en dépit d'une lacune juridique qui les affecte actuellement.

Dans une cession de contrat parfaite, le cédant est *a priori* libéré de ses obligations du contrat cédé à partir du moment de la cession⁸⁶. Ainsi, le cessionnaire reste, en principe, étranger aux droits et aux obligations nés antérieurement à la cession, sous réserve de dispositions légales ou de stipulations contraires⁸⁷. En d'autres termes, il est loisible aux parties à la cession et au co-contractant cédé, au moyen d'une clause contractuelle, de libérer rétroactivement le cédant de toutes les obligations générées par le contrat cédé. Il faut noter que l'étendue de la libération du cédant produira, bien évidemment, des conséquences sur la garantie fournie par un tiers. En principe, comme nous le verrons par la suite, la garantie fournie par un tiers s'éteint en cas de cession parfaite (sauf si le tiers consent explicitement à la survie de cette garantie). Néanmoins, et faute d'une clause qui libérerait le cédant des obligations antérieures à la cession⁸⁸, l'extinction de la garantie fournie par le tiers, ne concernera que les dettes du cessionnaire et pas celles du cédant, antérieures à la cession conventionnelle. L'obligation de paiement du cédant survit *a priori* à la cession : les dettes du cédant, antérieures à la cession et non encore réglées au moment de la cession, seront, en principe, toujours garanties par la garantie fournie par un tiers, éteinte au moment de la cession⁸⁹.

⁸⁵ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie B, 2°.

⁸⁶ « Cette règle est purement politique et n'est pas inhérente à la cession de contrat » (P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 483, n° 521).

⁸⁷ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 18.

⁸⁸ Comp. avec P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 484, n° 522.

⁸⁹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 44 – Ainsi, en droit français, en cas de cession conventionnelle du bail par le locataire, « le cédant se trouve totalement libéré de ses obligations personnelles résultant du bail, lorsque celui-ci ne comporte aucune clause de

La liberté contractuelle étant de mise dans ce domaine, comme d'ailleurs dans tout le droit mauricien des contrats, il peut être stipulé dans le contrat de cession conventionnelle que le cessionnaire répondra non seulement des dettes postérieures à la cession de contrat mais aussi des dettes antérieures à cette cession parfaite, alors que le cédant en sera déchargé. Sans surprise, un tel aménagement de la dette du cédant aura un effet bien plus radical sur le sort de la garantie consentie par le tiers : la garantie ne pourra survivre, pour ce qui est des dettes antérieures à la cession, qu'avec le consentement de ce tiers⁹⁰.

Effets dans une cession de contrat imparfaite. La cession de contrat imparfaite est très favorable au contractant cédé, car il aura face à lui, même après la cession de contrat, deux débiteurs, le cédant et le cessionnaire⁹¹. En d'autres termes, la cession imparfaite du contrat ne libère pas le cédant pour l'avenir, et il restera tenu des obligations contractuelles issues du contrat cédé, même après la cession de contrat.

L'une des questions centrales qui se pose dans le cadre de la cession imparfaite de contrat est celle de savoir si, en cas de défaillance du cessionnaire, le cédant qui n'a pas été libéré répond de la dette comme débiteur principal ou subsidiaire⁹². Certains auteurs sont d'avis que dans ce type de cession, le cédant reste le débiteur après la cession en tant que garant, débiteur subsidiaire⁹³. Dans une cession imparfaite de contrat, le cédant resterait donc tenu comme garant, et certains disent comme caution⁹⁴. Il est intéressant de noter que selon l'article 1216-1 du Code civil français, le cédant devient le co-débiteur solidaire du cédé.

Au jour où les juridictions mauriciennes seraient mises face à la question de la garantie due par le cédant après une cession imparfaite de contrat, nous sommes d'avis que, pour ce qui est du droit mauricien, le cédant devrait rester

*solidarité. Il se trouve libéré des loyers postérieurs à la cession, de l'indemnité d'occupation (Cass. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-16.540), ainsi que des réparations locatives (Cass. 3^{ème}, 12 avr. 1995, n° 92-21.541(...)) JCP G 1995, IV, 1440 ; Bull. civ. 1995, III, n° 107). Les loyers antérieurs à la cession sont, sauf clause contraire, dus par le cédant » (C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 113).*

⁹⁰ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 44.

⁹¹ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A.

⁹² S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, chapeau.

⁹³ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie II, sous-partie B, 1°.

⁹⁴ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A – Néanmoins, la clause de solidarité pesant sur le commerçant qui a cédé son bail commercial n'est pas analysée comme un cautionnement (L. ROZES, « La clause garantissant le paiement des loyers par le preneur en cas de cession de bail commercial ne s'analyse pas en un cautionnement », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 253).

engagé par les dettes générées par le contrat en tant que *garant solidaire*⁹⁵, sauf si une clause du contrat de cession, accepté par le cédé prévoit que le cédant sera le garant subsidiaire. Dans ce dernier cas, le créancier, le cédé, ne pourra s'adresser au cédant avant d'avoir essayé de recouvrer sa créance contre le cessionnaire. En d'autres termes, comme dans un cautionnement simple, le cédant pourra opposer au cédé le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cessionnaire⁹⁶. En revanche, faute de clause contractuelle, la garantie due par le cédant sera, nous l'avons vu, solidaire, et le cédé pourra choisir, en fonction de la solvabilité, le défendeur contre lequel il agira en justice, le cessionnaire ou le cédant. Le cédant, garant solidaire, ne pourra pas obliger le cédé à saisir d'abord les biens du cessionnaire⁹⁷. Même si certains auteurs qualifient ce type de garantie de cautionnement, il est possible de noter quelques différences remarquables entre ces deux mécanismes. Ainsi, même s'il est vrai que, de même que dans un cautionnement indéfini⁹⁸, le cédant répondra de l'intégralité de la dette (le principal et les accessoires) que le cessionnaire n'a pas payée, il est difficile d'affirmer que le cédant a clairement manifesté son intention de se porter garant⁹⁹. Son statut de garant résulte davantage du fait que les intérêts du créancier (cédé) ne doivent pas être diminués (par une éventuelle perte de sécurité, liée à la moindre solvabilité du cessionnaire) en raison de la nature imparfaite de la cession de de contrat. D'ailleurs, il y a fort à parier que le cédé ne donnerait pas son consentement à la cession imparfaite si le cédant n'est pas tenu, en tant que garant, des obligations issues du contrat cédé. C'est d'ailleurs pour cette même raison que nous pensons que les juridictions mauriciennes doivent prendre comme modèle de base *le caractère solidaire* de la garantie du cédant. Cette solidarité augmentera davantage les chances que le cédé accepte la cession de contrat¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, que la garantie soit solidaire ou subsidiaire, le cédant est *un co-débiteur non intéressé* et, au final, le poids définitif de la dette pèsera sur le cessionnaire¹⁰¹. En d'autres termes, dans la cession de contrat imparfaite le cédant est tenu à l'obligation de paiement, mais ne contribue pas à la dette. L'intégralité

⁹⁵ Sur la solidarité passive en tant que garantie : D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-D. PELLIER, « Garanties intrinsèques au régime des obligations », Fasc. 780, *Jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, sept. 2017, nn° 45 à 48.

⁹⁶ Comp. avec l'art. 2021 s. C. civ. maur.

⁹⁷ D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-D. PELLIER, *Fasc. précit.* n° 45 ; Cass. soc., 29 oct. 1957 : Bull. civ. IV, n° 1030.

⁹⁸ Voir l'art. 2016 C. civ. maur.

⁹⁹ En revanche, pour ce qui est du cautionnement, l'art. 2015 du C. civ. maur. exige un consentement de la caution clairement manifesté.

¹⁰⁰ Comp. avec : Cass. 1^{ère} civ. 20 avr. 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 200 ; Cass. 3^{ème}, 19 mai 1971, Bull. civ. 1971, III, n° 324 ; C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 59 – En sens contraire : Cass. 3^{ème}, 12 juill. 1988, Bull. civ. 1988, III, n° 125 ; Cass. 3^{ème}, 15 janv. 1992, *Rev. huissiers* 1992, p. 221.

¹⁰¹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 2.

de la dette cédée sera supportée en fin de compte par le cessionnaire, qui devra rembourser le cédant pour les paiements faits au cédé.

A notre avis, la cession de contrat imparfaite devrait être considérée à Maurice, par les juridictions civiles, comme le modèle de base, car elle protège convenablement les intérêts du cédé, en lui laissant, après la cession, deux débiteurs solidaires d'une même obligation, et parce qu'elle augmente les chances que le cédé donne son accord à la cession. En d'autres termes, la cession de contrat parfaite, ayant pour effet la libération du cédant, ne serait-ce que pour l'avenir, doit être clairement manifestée, elle ne se présume pas¹⁰².

Cessibilité des contrats *intuitu personae*. La question peut se poser de savoir si les contrats *intuitu personae*, où les compétences d'une personne spécifique deviennent un élément essentiel du contrat, peuvent faire l'objet de la cession en droit civil mauricien. D'aucuns pensent que de tels contrats sont incessibles, car le créancier a fait confiance à son débiteur initial en raison de ses qualités personnelles¹⁰³. Toutefois, il nous semble qu'aucun argument sérieux s'oppose à ce que le cédé accepte une telle cession, dans le cas où il serait d'avis que les compétences du cessionnaire répondront à ses besoins¹⁰⁴. En revanche, et comme nous l'avons déjà affirmé, il sera difficile de reprocher au cédé un abus, dans le cas où il ne souhaiterait pas donner son consentement à la cession. En somme, avec le consentement du cédé (créancier), les contrats *intuitu personae* sont cessibles¹⁰⁵.

Exceptions opposables au cédé par le cessionnaire. Etant donné que le cessionnaire acquiert le statut du contractant dans le contrat cédé, il peut, en principe, opposer au cédé toutes les exceptions que le cédant pouvait lui opposer et *vice versa*, le cédé peut opposer au cessionnaire tous les exceptions qu'il avait envers le cédant¹⁰⁶. Par exemple, le cessionnaire pourra éteindre le rapport d'obligation (le droit de demander la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, par exemple), le faire disparaître (le droit d'agir en nullité du contrat ou en

¹⁰² En sens contraire : L. ANDREU, Fasc. précit. n° 119 : « *Il faut admettre que la cession de contrat entraîne la libération du cédant. On peut en effet difficilement concevoir que le contrat, qui a été transmis au cessionnaire, lie néanmoins toujours le cédant, sans qu'un texte ou une stipulation ne prévoit la solidarité du cédant* ».

¹⁰³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12.

¹⁰⁴ Comp. avec un exemple quelque peu extrême : D. MAZEAUD, *art. précit.*, p. 115.

¹⁰⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1743, n° 1671.

¹⁰⁶ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B. Un auteur parle des « *exceptions inhérentes à la procédure de formation du contrat qui a été réalisée entre le cédant et le cédé* » (C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. nn° 7 s.).

résolution pour inexécution, par exemple) ou encore le modifier (le droit d'option, par exemple)¹⁰⁷.

Toutefois, le cessionnaire ne pourra pas opposer au cédant les exceptions purement personnelles du cédant¹⁰⁸, notamment celles tenant à l'incapacité de ce dernier ou à sa qualité de consommateur¹⁰⁹. Autrement dit, le principe d'opposabilité des exceptions après la cession de contrat, « ne concerne que les exceptions inhérentes au contrat » cédé¹¹⁰, « c'est-à-dire les exceptions qui se fondent sur un vice affectant le contrat lui-même (...). Au contraire, les exceptions qui n'affectent pas le contrat mais sont attachées à la personne du cédant ne sont pas concernées par ce principe puisqu'elles ne peuvent être transmises avec le contrat »¹¹¹.

Finalement, la cession conventionnelle de contrat produit des effets à l'égard des sûretés dont est assorti le contrat cédé.

B. Effets relatifs aux sûretés assortissant le contrat cédé

Sort des sûretés. Une série des questions particulièrement intéressantes du point de vue du droit civil mauricien concerne le sort des sûretés accompagnant le contrat cédé. Il nous semble qu'en droit civil mauricien la première distinction à faire à propos des sûretés rattachées au contrat faisant l'objet d'une cession conventionnelle est celle issue du bénéficiaire de la sûreté. En effet, il se peut que la sûreté ait été consentie non seulement au profit du contractant cédé mais aussi au profit du cédant¹¹². En outre, la sûreté aurait pu être consentie par le cédé ou le cédant, mais aussi par un tiers. Finalement, la nature parfaite ou imparfaite de la cession n'est pas négligeable pour ce qui est du sort de telle ou telle sûreté accompagnant le contrat cédé.

Dans une cession de contrat imparfaite, les sûretés consenties au profit du cédé doivent automatiquement subsister. Il importe peu si la sûreté a été consentie par le cédant, le co-contractant initial du cédé ou par un tiers. Ainsi, une sûreté réelle, c'est-à-dire une charge flottante ou une charge fixe ou une hypothèque ou un gage, consenti par le cédant survivra à la cession conventionnelle de la sûreté. Il en va également ainsi des sûretés réelles consenties par un tiers ou d'un

¹⁰⁷ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.*, p. 77 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAUTERNEYRE, *op. cit.*, p. 588, n° 1799 ; S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B.

¹⁰⁸ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B.

¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} 11 déc. 2019, note R. LIBCHABER, *Revue des contrats*, n° 2/2020, p. 42.

¹¹⁰ Sur les difficultés liées à cette notion voir Cass. com. 13 oct. 2015, note C. PELLETIER, *Revue des contrats*, n° 2/2016, p. 286.

¹¹¹ C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. nn° 10 s.

¹¹² C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 4.

cautionnement donné par un tel tiers. La solution se conçoit facilement étant donné que l'obligation initialement garantie, celle du cédant, n'est pas éteinte¹¹³. Toute sûreté en droit civil mauricien est donc accessoire du contrat cédé. Comme l'obligation du cédant, issue du contrat cédé, et assortie d'une sûreté survit à la cession, il est naturel que son accessoire, la sûreté en question y survit elle aussi. D'un point de vue davantage pratique, la solution exposée plus haut vise à rassurer le contractant cédé et à l'inciter à donner son accord à la cession¹¹⁴. Si en cas de cession imparfaite la sûreté assortissant le contrat et garantissant les obligations du cédant issues du contrat cédé cessait de produire des effets juridiques, il y a fort à parier que le cédé n'aurait pas donné son accord à l'opération et il serait très difficile de considérer son refus comme abusif.

À propos des sûretés réelles, établies pour garantir l'exécution des obligations du cédant, comme celles-ci ont nécessairement un caractère subsidiaire, leur mise en œuvre suppose qu'il y ait une défaillance dans l'exécution de l'obligation garantie. Et en cas de cession de contrat imparfaite, la défaillance dans l'exécution de l'obligation, permettant de mettre en œuvre une telle sûreté (une sûreté fixe, une sûreté flottante, etc.) doit être constatée tant à propos du cessionnaire qu'à l'égard du cédant¹¹⁵.

Lorsque, dans une cession de contrat imparfaite la sûreté a été consentie par un tiers, elle sera maintenue pour des raisons évoquées plus haut¹¹⁶. De plus, la sûreté réelle (une hypothèque ou une sûreté fixe, par exemple) consentie par un tiers étant subsidiaire, il faudra constater la défaillance tant du cédant que du cessionnaire avant de pouvoir la mettre en œuvre. En revanche, la situation paraît plus complexe en cas d'un cautionnement consenti par un tiers au profit du cédé, et pour garantir l'obligation du cédant. Le cautionnement en question peut, tout d'abord être simple. Sa mise en œuvre nécessitera ainsi de constater d'abord la défaillance du cessionnaire mais aussi du cédant qui reste tenu de l'obligation cédée, en principe solidairement, sauf si le cédé accepte que le cédant devienne son débiteur (garant subsidiaire). En outre, le créancier, le cédé, ne pourra pas, en principe, obtenir l'exécution forcée contre la caution avant d'avoir discuté les biens du cédant, dont la dette est garantie par le cautionnement simple. Lorsque le cautionnement consenti par un tiers au profit du cédant était solidaire, rien ne s'oppose à ce que le créancier cédé agisse directement contre la caution et lui demande le règlement de toute la dette (y compris les accessoires, si le cautionnement est indéfini) à condition d'avoir constaté d'abord la défaillance du cessionnaire et du cédant.

¹¹³ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 8.

¹¹⁴ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 8.

¹¹⁵ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 22.

¹¹⁶ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 28.

Par ailleurs, les sûretés initialement consenties au profit du cédant, soit par le cédé, soit par un tiers, seront automatiquement transmises au cessionnaire dans une cession imparfaite. Il s'agit de la conséquence logique du principe de l'accessoire de la sûreté. Pour ce qui est des sûretés réelles (hypothèque, sûreté fixe, etc.), celles-ci étant subsidiaires, elles seront mises en œuvre en cas de défaillance du débiteur (le cédé). Pour ce qui est du cautionnement consenti par le tiers, tout dépendra, d'après le modèle exposé plus haut, de la nature simple (auquel cas la caution peut opposer au cessionnaire le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cédé) ou solidaire (auquel cas la caution ne peut opposer au cessionnaire le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cédé).

Dans une cession de contrat parfaite, les sûretés consenties au profit du cédant survivront automatiquement à la cession, de même que dans la cession imparfaite et avec les mêmes conséquences qui y sont attachées : il n'est point nécessaire que le cédé ou le tiers qui y aurait consenti redonne à nouveau son consentement au moment de la cession conventionnelle. Une fois de plus, ces sûretés, réelles ou personnelles, seront transmises au profit du cessionnaire comme accessoire à la créance¹¹⁷.

La question du sort des sûretés lors d'une cession parfaite, qui libère le cédant pour l'avenir, sera beaucoup plus intéressante à propos des sûretés consenties au profit du cédé. D'emblée, il faut faire une distinction. Si c'est le cédant qui a initialement consenti une sûreté réelle, afin de garantir ces obligations issues du contrat cédé, la doctrine semble être divisée entre leur disparition de principe et leur maintien automatique¹¹⁸. Pour ce qui est du droit mauricien, si les juridictions de notre pays sont amenées à statuer sur la question posée, il nous semble préférable de maintenir automatiquement de telles sûretés. Le rapport initial d'obligation demeure inchangé, et sauf si les parties ont exprimé clairement une volonté contraire, la sûreté consentie par le cédant devrait survivre¹¹⁹. D'ailleurs, d'un point de vue pratique, le principe de survie de la sûreté consentie par le cédant au profit du cédé favorisera la possibilité que le cédé donne son consentement à l'opération qui est la cession de contrat ni à la libération du cédant¹²⁰. Dans le cas contraire, celui où la sûreté consentie par le cédant s'éteindrait automatiquement, il serait difficile de reprocher au cédé d'avoir refusé son consentement à l'opération. Il est important de noter qu'ici aussi, comme dans la cession imparfaite, la sûreté réelle consentie par le cédant a le caractère subsidiaire, et ne pourra être mise en œuvre qu'après la défaillance avérée du

¹¹⁷ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 4.

¹¹⁸ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 9.

¹¹⁹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 10.

¹²⁰ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 10.

débiteur principal (cessionnaire)¹²¹. En revanche, le cédant ayant fourni une sûreté réelle au profit du cédé ne saurait se prévaloir du bénéfice de discussion.

Finalement, pour ce qui est des sûretés réelles ou personnelles (cautionnement) consenties par un tiers au profit du cédé, le changement du contractant suite à une cession conventionnelle de contrat parfaite influera fort sur le sort de cette sûreté : elle cessera en principe de produire ses effets (ne garantira pas les obligations du cessionnaire), sauf si ce tiers donne son accord que la sûreté continue de produire ses effets après la cession. Dans ce cas, les obligations du cessionnaire issues du contrat cédé seront couvertes par la sûreté mentionnée plus haut. Ensuite, pour ce qui est des sûretés consenties par le tiers qui survivent à la cession parfaite de contrat grâce au consentement de ce tiers, deux interprétations sont possibles en ce qui concerne l'accord du tiers garant : soit l'on considère que l'accord du tiers permet de ranimer la sûreté éteinte au moment de la cession parfaite, et en créer une nouvelle, soit l'on peut penser que cet accord empêche la sûreté existante de s'éteindre. A note avis, c'est plutôt la seconde interprétation qu'il faut privilégier, car il est difficile de défendre que l'accord du tiers, en tant qu'acte juridique unilatéral puisse créer une nouvelle sûreté. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'accord en question intervienne au plus tard au moment de la libération du cédant¹²². La solution esquissée plus haut n'est pas sans conséquences concrètes. Ainsi, les conditions de validité ou d'efficacité de la sûreté n'ont pas à être appréciées à nouveau, lors de la libération du cédant (au moment de la cession parfaite de contrat). Concrètement, une sûreté sans dépossession telle que l'hypothèque, la sûreté fixe ou flottante ou le gage sans déplacement conservera son rang initial, celui obtenu d'après l'inscription suivant la conclusion du contrat de sûreté entre le tiers et le cédé. Le tiers-caution, quant à lui échappera à la rédaction d'une nouvelle mention manuscrite de l'article 1326 de notre Code civil. Ici aussi, le caractère subsidiaire de l'engagement du garant sera de mise¹²³ pour ce qui est des sûretés réelles (hypothèque, gage, sûreté fixe, etc.). En d'autres termes, la mise en œuvre de la sûreté réelle ayant survécu à la cession parfaite de contrat avec l'accord du tiers qui y avait consenti, sous-entend la défaillance du nouveau débiteur, c'est-à-dire du cessionnaire. En revanche, pour ce qui est du cautionnement qui survit à la cession parfaite, il faut noter que tout dépendra de la nature de ce cautionnement. S'il est simple, la caution essaiera d'éviter la mise en œuvre de sa garantie en invoquant le bénéfice de discussion, et elle pourra être directement appelée à payer l'obligation du cessionnaire défaillant, lorsque le cautionnement est solidaire.

¹²¹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 23.

¹²² C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 31.

¹²³ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 35.

Articles

DROIT CIVIL

L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer – Université de Maurice¹

Résumé :

Traditionnellement, on enseigne aux étudiants de première année de droit à Maurice que la conclusion d'un contrat repose sur une offre suivie d'une acceptation. Néanmoins, la phase qui précède la conclusion du contrat ne repose pas toujours sur ce modèle. C'est notamment le cas en matière de vente immobilière, où la conclusion du contrat projeté est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue à l'issue de laquelle il peut être impossible d'identifier une offre et son acceptation. Il arrive, pendant cette phase précontractuelle, que les parties, désireuses de se rapprocher de la conclusion du contrat définitif, concluent des véritables contrats, appelés avant-contrats. Il en va ainsi notamment de la promesse unilatérale de contrat, de la promesse synallagmatique de contrat et du pacte de préférence.

Cette phase précontractuelle est, ainsi, source d'effets juridiques et révèle une présence assez régulière de l'obligation de faire. Dans les promesses unilatérales de contrat l'obligation de faire semble être présente, sans véritablement l'être. En revanche, dans la négociation précontractuelle, la promesse synallagmatique de contrat, le pacte de préférence et l'offre irrévocable l'obligation de faire est présente.

La sanction applicable en cas d'inexécution d'une obligation de faire dépendra directement de l'existence ou de l'inexistence pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté. D'une part, lorsque les deux parties n'ont toujours pas donné leurs consentements réciproques au contrat définitif, ce qui arrive dans une négociation précontractuelle ou encore dans une promesse synallagmatique autonome, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution de l'obligation de faire consistera en l'allocation de

¹ L'auteur est aussi Officier (*Law Reform Officer*) à la Commission des réformes de loi de la République de Maurice (*Law Reform Commission of Mauritius*). Ses fonctions à ce titre sont suspendues pendant la durée de son engagement contractuel à l'Université de Maurice.

dommages et intérêts à la victime de cette inexécution. Personne ne peut être forcé à devenir partie à un nouveau contrat. D'autre part, lorsque l'une des parties s'est déjà engagée, en donnant, comme c'est le cas dans un pacte de préférence, ou dans une promesse unilatérale de contrat ou dans une promesse synallagmatique de contrat valant contrat ou dans une offre, son consentement au contrat définitif, l'exécution de l'obligation de faire devient concevable, car aucune pression intolérable n'est exercée sur le consentement de la personne ayant déjà consenti au contrat définitif. Par conséquent, il devient possible d'opter pour une sanction plus vigoureuse qu'une simple allocation de dommages et intérêts. Il en va ainsi de la substitution du bénéficiaire à une partie au contrat, de la déclaration sans effets de la révocation d'une promesse unilatérale de contrat ou d'une offre ou encore du remplacement de la forme authentique (notariale) par un jugement de la Cour suprême de Maurice, dans le but d'assurer le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur.

Abstract :

Traditionally, first-year law students in Mauritius are taught that the conclusion of a contract is based on an offer followed by an acceptance. However, the phase preceding the conclusion of the contract is not always based on this traditional model. This is particularly the case pertaining to real estate sales, where the conclusion of the planned contract is often preceded by a more or less lengthy negotiation, at the end of which it may be impossible to identify an offer and its acceptance. It may happen, during this pre-contractual phase, that the parties, wishing to move closer to the conclusion of the final contract, conclude real contracts, called pre-contracts. This applies in particular to unilateral promise of contract, synallagmatic promise of contract and pact of preference.

This pre-contractual phase is thus a source of legal effects and reveals a fairly regular presence of the obligation to act. In unilateral promises of contract, the obligation to act seems to be present, without really being. On the other hand, in pre-contractual negotiation, synallagmatic promise of contract, pact of preference and irrevocable offer the obligation to act is present.

The sanction applicable in the event of non-fulfillment of the obligation to act will depend directly on the existence or non-existence during the pre-contractual phase of consent to the proposed final contract. On the one hand, when the two parties have still not given their reciprocal consents to the final contract, and it happens in a pre-contractual negotiation or even in an autonomous synallagmatic promise, the only possible sanction in the event of non-performance of the obligation to act will consist of the award of damages to the victim of this non-performance. No one can be forced to become a party to a new contract. On the other hand, when one of the parties has already committed, by giving, as is the case in a pact of preference, or in a unilateral promise of contract or in a synallagmatic promise of contract equivalent to a contract or in an offer, his consent to the final contract, the performance of the obligation to act becomes conceivable, because no intolerable pressure is exerted on the consent of the person who has already consented to the final contract. Therefore, it becomes possible to opt for a more vigorous sanction than a simple award of damages. This is the case with the substitution of the beneficiary to a party to the contract, the declaration without effect of the revocation of a unilateral promise of contract or with an offer or the replacement of the authentic (notarial) form by a judgment of the Supreme Court of Mauritius, in order to ensure the transfer of ownership of the thing to the purchaser.

Introduction

Définition du contrat. Le contrat est défini à l'article 1101 du Code civil mauricien comme une convention qui oblige à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. D'un point de vue davantage économique, le contrat constitue un instrument technique qui assure l'échange de biens et de services à Maurice, ainsi que le déroulement des transferts patrimoniaux gratuits². En s'appuyant sur la définition de l'article 1101 du Code civil mauricien, on peut affirmer que le contrat est composé d'un accord de volonté qui produit des effets de droit³. Ainsi, le contrat de vente fait apparaître l'obligation du vendeur de transférer la propriété de la chose à l'acheteur (dans le cas où ce transfert ne se produirait pas automatiquement au moment de la conclusion du contrat) et de la lui délivrer (art. 1603 C. civ. maur.)⁴. Par ailleurs, le contrat de vente génère pour l'acheteur l'obligation de payer le prix (art. 1650 C. civ. maur.)⁵. Le contrat de bail oblige le bailleur à assurer au preneur à bail une jouissance paisible de la chose louée (art. 1719 C. civ. maur.)⁶ et met à la charge du locataire l'obligation de payer le loyer (art. 1728 C. civ. maur.)⁷.

² L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J. 2002, p. 160 ; G. CHANTEPIE, *La lésion*, L.G.D.J. 2006, p. 38.

³ En ce sens, les termes « *contrat* » et « *convention* » peuvent être considérés comme des synonymes. À dire vrai, l'article 1101 du Code civil mauricien ne traite que partiellement de la notion de contrat, en la limitant à la création de droits et obligations. Un bon nombre de contrats de droit mauricien, rentrent, cependant, dans la définition de l'article 1101 du Code civil (B. PETIT – S. ROUXEL, « Contrats et obligations. - Définition et classification des contrats », Fasc. unique, *Jurisclasseur Code civil*, art. 1101 à 1108-2, juillet 2013, n° 2 ; nn° 13 s. ; L. BOY, « Les 'utilités' du contrat », *Les Petites Affiches* n° 109/1997, p. 3). Il faut tout de même faire ressortir le fait que les effets du contrat ne se limitent pas, en droit mauricien, à la création de droit et obligations. Il est des contrats dont l'effet consiste à *éteindre* ou *transformer* une obligation (B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 15 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 19 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 778). Par exemple, la remise de dette est un contrat (une convention) passé entre un débiteur et un créancier. À dire vrai, elle n'est pas créatrice de droits et d'obligations, mais engendre tout de même des effets juridiques. En effet, la remise de dette réduit ou éteint l'obligation du débiteur. De plus, la convention de novation a pour effet d'éteindre l'ancienne obligation et de faire apparaître une nouvelle, qui remplacera l'ancienne.

⁴ « *Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

⁵ « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente* ».

⁶ « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :*

[...] 3. *d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail* ».

⁷ « *Le preneur est tenu [...] : 2. de payer le prix du bail aux termes convenus* ».

Contrat et autres actes juridiques. Le contrat, défini comme un accord de volonté générant des effets de droit⁸, se différencie nettement des actes juridiques unilatéraux, ces derniers étant des manifestations unilatérales de volonté qui créent des effets de droit⁹. Autrement dit, « à l'intérieur des actes juridiques ce qui fait la spécificité du contrat c'est qu'il produit des effets de droit par un accord de volonté »¹⁰.

Modes de conclusion du contrat. Le modèle classique de la conclusion du contrat repose sur le binôme offre et acceptation. Ainsi, d'après un modèle classique, le contrat résulte de la proposition d'une partie, qui fixe les éléments essentiels du contrat¹¹ et qui exprime sa volonté de s'engager, et de l'acceptation à l'identique émanant d'une autre partie. Ce modèle est toujours de mise à Maurice, dans les ventes mobilières, celles d'appareils électroménagers, par exemple. En revanche, il est rarement appliqué dans les ventes immobilières. La vente d'une maison ou d'un terrain est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue, au cours de laquelle il arrive que les parties concluent des avant-contrats (contrats préparatoires) qui précèdent la vente et visent à rapprocher les contractants du contrat de vente. De véritables droits et obligations résultent de ces avant-contrats.

Aperçu de la négociation contractuelle en droit mauricien. Plus le contrat est complexe, plus la négociation est susceptible de précéder sa conclusion¹². La négociation contractuelle se définit comme « les discussions antérieures à tout accord contractuel, même partiel ou de principe »¹³. Il s'agit de la « période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs

⁸ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 8 s.

⁹ Ainsi, l'offre est toujours un acte juridique unilatéral. Elle crée en toute hypothèse une option au profit du destinataire : conclure ou non le contrat (Cass. 1^{ère}, 25 juin 2014, note J. ANTIPPAS, *J.C.P. G.* n° 39/2014, 960).

¹⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Recueil Dalloz*, 1990, chr. XXVII, p. 148. Ainsi, le testament n'est pas un contrat mais une déclaration unilatérale de volonté du testateur *via* laquelle celui-ci répartit ses biens pour la période après son décès (art. 895 C. civ. maur.). La renonciation est, elle aussi, une manifestation unilatérale de volonté mettant un terme à l'existence d'un droit, tel que le droit de propriété ou d'usufruit (P. VEAUX-FOURNERIE, « Usufruit. - Fin de l'usufruit », *Fasc. unique, Jurisclasseur Code civil*, art. 617 à 624, fév. 2012, n° 24.). La reconnaissance de la paternité d'un enfant naturel représente un acte juridique unilatéral qui active le lien de filiation entre le parent et l'enfant, et qui génère, par conséquent, des droits et obligations entre eux (F. GRANET-LAMBRECHTS, « Établissement de la filiation par la reconnaissance », *Fasc. unique, Jurisclasseur Code civil*, art. 316, oct. 2015, n° 10. ; art. 334 s. C. civ. maur.). Finalement, les divers cas de résiliation du contrat constituent une autre catégorie d'actes juridiques unilatéraux mettant un terme au contrat (art. 1184 C. civ. maur.).

¹¹ Il s'agit, par exemple, de la chose et du prix dans le contrat de vente, et de la chose à fabriquer dans le contrat d'entreprise.

¹² B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 53.

¹³ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 53.

points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »¹⁴.

En droit mauricien, chaque personne est libre d'entrer dans les pourparlers et personne n'est obligé de conclure le contrat visé par la négociation. *A priori*, la rupture des pourparlers est libre et n'engage aucune responsabilité¹⁵. Néanmoins, la rupture abusive de la négociation précontractuelle engage la responsabilité civile de son auteur : celui-ci est tenu de réparer à l'autre participant à la négociation tout le préjudice subi du fait du caractère abusif de la rupture. Pour caractériser un abus dans la rupture des pourparlers ayant atteint une intensité suffisante, le juge doit constater *l'absence de justes motifs pour la rupture*¹⁶.

Aperçu des avant-contrats en droit mauricien. Les avant-contrats (contrats préparatoires), susceptibles de précéder le contrat de vente, ne sont pas systématiquement réglementés dans le Code civil mauricien, alors qu'ils sont très souvent utilisés dans les ventes immobilières à Maurice. Ainsi, le régime juridique de ces avant-contrats doit, à l'heure actuelle, être fixé par *la jurisprudence*, c'est-à-dire par la Cour suprême de Maurice. Distincts de la vente, les avant-contrats sont de véritables contrats qui créent des droits et obligation en vue de rapprocher les parties de la conclusion de la vente¹⁷. Les avant-contrats génèrent parfois des obligations de faire.

L'obligation de faire en droit civil mauricien. L'obligation de faire consiste en le devoir du débiteur d'accomplir des actes positifs, autres que le transfert de propriété, au profit du créancier¹⁸. Les exemples en sont très nombreux. L'obligation de livrer la chose découlant du contrat de vente est une

¹⁴ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, p. 272, n° 247.

¹⁵ L. TRANCHANT – V. EGEA, *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd. 2018, p. 31 ; M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Formation du contrat », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1583, Fasc. unique, mai 2014, n° 7 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 54 ; J. GHESTIN « La Responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *J.C.P. G.*, n° 20/2007, I, 155, n° 1.

¹⁶ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 8. – Sur ce point voir notamment les arrêts suivants de la Cour suprême de Maurice : *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, voir : *De la Haye LG v Air Mauritius* 2015 SCJ 244

¹⁷ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.* pp. 31-32.

¹⁸ C.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2011, p. 68 ; P. SIMLER, « Contrats et obligations. - Classification des obligations. – Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », Fasc. 10, *Jurisclasseur Code civil*, art. 1136 à 1145, déc. 2015, n° 69.

obligation de faire¹⁹. De plus, l'obligation de l'employé d'exécuter des tâches confiées par l'employeur et pour lesquelles il a été engagé, l'obligation d'un artiste de peindre le portrait de la personne qui a conclu le contrat avec lui, l'obligation du dépositaire de bien garder la chose mise en dépôt et de la restituer à l'expiration du contrat ou encore l'obligation du transporteur de transporter son passager, du médecin de soigner son patient et de l'avocat de prodiguer des conseils et de plaider au profit de son client constituent indubitablement les obligations de faire. En effet, « on rencontre ce type d'obligation dans toutes les variétés de contrats : mandat, contrat de travail, contrat d'entreprise, contrat de fourniture de services, contrat de bail, etc. »²⁰.

Aux termes de l'article 1142 du Code civil mauricien les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée car l'article mentionné ne fait aucune distinction et force le créancier à se contenter d'une allocation de dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire²¹. En effet, « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* », dispose l'article 1142 de notre Code civil. Toutefois, quant à l'exécution forcée de l'obligation de faire, la jurisprudence contemporaine française, cette *persuasive authority* à Maurice, énonce que seules les obligations de faire dont l'exécution forcée serait contraire à la liberté individuelle²² et à l'intégrité physique du débiteur²³ se soldent par une allocation de dommages et intérêts au créancier²⁴. Il en irait ainsi d'un contrat passé entre un chanteur et une municipalité souhaitant organiser un concert, au cas où le chanteur abandonnerait le contrat capricieusement et à la dernière minute, c'est à dire au cas où il refuserait de l'exécuter (chanter). Dans ce cas, l'organisateur du concert ne pourra exiger l'exécution du contrat en nature, car forcer le chanteur capricieux à chanter serait contraire à sa liberté individuelle et vraisemblablement à son intégrité physique. C'est pourquoi l'inexécution de l'obligation de faire du chanteur se soldera par une allocation de dommages et intérêts à l'organisateur du concert. En revanche, il est des obligations de faire

¹⁹ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, n° 58.

²⁰ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, n° 69.

²¹ Sur une application très classique de cette règle, voir l'arrêt de notre Cour suprême : *Visionphone Contractors Ltd vs Telecommunications Consultants India Ltd* 2017 SCJ 281.

²² G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant – L.G.D.J., 2001, p. 167 et s., n° 8.

²³ A. TANDROS, « Quelques observations sur la conclusion, la modification et l'exécution des pactes d'associés », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 1351 s., n° 34.

²⁴ P. SIMLER, *Fasc. précit.*, nn° 80 s. Voir aussi : Cass. 1^{ère} 27 nov. 2008 (l'impossibilité d'exécution en nature d'une obligation de faire en raison des droits acquis par des tiers), note J.-B. SEUBE, *Revue des contrats*, n° 2/2009, p. 613.

susceptibles d'exécution forcée²⁵, et notre étude tentera à le démontrer pour ce qui est de la phase précontractuelle en droit civil mauricien.

Annnonce du plan. La phase précédant la conclusion d'un contrat ne repose pas toujours, l'avons-nous constaté, sur le modèle classique résumé par le binôme offre et acceptation. C'est notamment le cas en matière de vente immobilière, où la conclusion du contrat projeté est souvent précédée d'une négociation plus ou moins longue. De plus, pendant la phase précontractuelle, les parties peuvent conclure de véritables contrats, appelés avant-contrats, censés les rapprocher de la conclusion du contrat définitif. Il en va notamment de la promesse unilatérale de contrat, de la promesse synallagmatique de contrat et du pacte de préférence.

Cette phase précontractuelle est, sans doute, source d'effets juridiques parmi lesquels figure l'obligation de faire. Si, en cas de promesse unilatérale de contrat, l'obligation de faire semble être présente dans la phase précontractuelle, sans véritablement l'être, dans les cas de négociation précontractuelle, promesse synallagmatique de contrat, pacte de préférence et offre irrévocable l'obligation de faire est réellement présente.

On considère que l'exécution en nature de l'obligation de faire doit occuper la place de la règle²⁶, en raison des articles 1184 alinéa 2²⁷ et 1134 du Code civil mauricien, et que l'application littérale de l'article 1142 du Code qui consiste à allouer les dommages et intérêts à la victime de l'inexécution d'une obligation de faire reste exceptionnelle²⁸. L'exécution forcée de l'obligation de faire aura lieu à chaque fois qu'elle est possible. Cette affirmation se confirme à propos de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle. La sanction appliquée à l'inexécution de l'obligation de faire dépendra directement de l'existence ou de l'inexistence, pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté, et notamment au contrat de vente. D'une part, lorsque les parties n'ont toujours pas données leur consentement au contrat définitif, ce qui arrive en cas d'une négociation précontractuelle ou d'une promesse synallagmatique autonome, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution de l'obligation de faire, consistera en l'allocation de dommages et intérêts à la victime de cette inexécution de l'obligation de faire. En effet,

²⁵ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 103 (en raison d'un manque de 33 cm de hauteur d'une maison, la Cour de cassation a ordonné l'exécution forcée de l'obligation de faire de l'entrepreneur, c'est-à-dire la démolition et une nouvelle édification conforme au contrat) ; obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323. – Voir aussi : Cass. 1^{ère}, 16 janv. 2007, note G. VINEY, *Revue des contrats*, n° 3/2007, p. 741.

²⁶ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323.

²⁷ « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ».

²⁸ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

personne ne peut être forcé à devenir partie à un nouveau contrat, cela serait contraire à la liberté individuelle de chacun et contraire à la définition même du contrat, qui est un accord de volonté. D'autre part, lorsque l'une des parties s'est déjà engagée, en donnant, au cours de la phase précontractuelle, son consentement au contrat définitif, l'exécution de l'obligation de faire devient concevable, car aucune pression intolérable n'est exercée sur le consentement de la personne ayant déjà consenti au contrat définitif. La force obligatoire du contrat (art. 1134 C. civ. maur.) et la possibilité d'exiger l'exécution forcée du contrat (art. 1184 al. 2 C. civ. maur.) prendront alors le dessus. Cela arrive, nous le verrons dans les développements qui suivent, dans un pacte de préférence, une promesse unilatérale de contrat, une promesse de contrat valant contrat et une offre. Par conséquent, il devient possible d'opter pour une sanction plus vigoureuse que l'allocation de dommages et intérêts. Il en va ainsi de la substitution du bénéficiaire à une partie au contrat, de la déclaration sans effets de la révocation de la promesse ou de l'offre ou encore du remplacement de la forme authentique (notariale) par un jugement de la Cour suprême de Maurice, dans le but d'assurer le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur.

Ainsi, nous allons successivement étudier la présence de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle (Première partie) et le lien indissoluble entre la sanction de l'obligation de faire et l'existence du consentement au contrat définitif (Seconde partie).

I. Présence de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle

La présence de l'obligation de faire dans la phase contractuelle est parfois apparente (A) et parfois elle est avérée (B).

A. Une présence apparente

La présence apparente de l'obligation de faire dans les promesses unilatérales de contrat. La promesse unilatérale de contrat, qui est une institution incontestée en droit civil mauricien²⁹, est un contrat où une partie, *le promettant*, donne d'ores et déjà son consentement à la conclusion du contrat définitif,

²⁹ *Ellayah Ramdas & Anor vs Seewoosunkur Jhuboo & Anor* 1994 SCJ 412 ; R. SABATIER, « La promesse de contrat », 62^{ème} *Congrès des Notaires de France*, Perpignan, 1964, pp. 121 et s.

notamment la vente, dont le contenu est déjà fixé³⁰. L'autre contractant, *le bénéficiaire*, dispose d'un délai, explicitement ou implicitement fixé³¹, pour déclarer qu'il accepte la promesse, ce qui entraînera la conclusion du contrat définitif, ou qu'il la refuse³². Une fois l'option est levée, la promesse unilatérale de contrat se mue en promesse synallagmatique valant contrat définitif³³. Autrement dit, le contrat définitif est *a priori* conclu³⁴.

À l'heure actuelle, et à notre connaissance, la Cour suprême de Maurice n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question de la révocabilité unilatérale de la promesse unilatérale de contrat. En France, dont la Cour de cassation est une *persuasive authority* à Maurice³⁵, pendant longtemps, on considérait que le consentement que donnait le promettant au jour de la promesse était *irrévocable* et que le bénéficiaire pouvait, pendant tout le délai qui lui avait été imparti, lever l'option par une déclaration unilatérale de volonté et parachever ainsi la conclusion du contrat définitif³⁶. La révocation de la promesse unilatérale de contrat intervenue pendant ce délai d'option et avant que l'option ne soit levée, ne produisait aucun effet de droit³⁷. Cela s'expliquait par le fait que la promesse

³⁰ Cass. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° de pourvoi : 13-28.695, comm. G. LOISEAU in « Droit des contrats, chronique sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.*, n° 27/2015, doct. 808, n° 3.

³¹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 288, n° 258.

³² Ce droit de choisir entre deux possibilités, mis à la disposition du bénéficiaire de la promesse, est traditionnellement appelé *droit d'option* (F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 283, n° 256.) et qualifié tantôt d'un droit de créance, tantôt d'un droit potestatif (F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 287, n° 258 ; Cass. 3^{ème}, 22 sept. 2010, n° de pourvoi : 09-14.817, note D. BONNET, *J.C.P.. G.* n° 50/2010, 1238, partie II, sous-partie B.).

³³ BONNEL, « Le refus du promettant d'exécuter la promesse », *62^{ème} congrès des notaires de France*, Perpignan, 1964, p. 382.

³⁴ Ainsi, le bénéficiaire de la promesse devient acquéreur et peut demander au promettant la remise du bien promis, c'est-à-dire l'exécution du contrat définitif. En cas de refus du promettant de remettre la chose, le bénéficiaire peut s'adresser à la justice et demander l'exécution forcée de l'obligation de délivrance découlant du contrat définitif (BONNEL, *art. précit.*, pp. 382-383).

³⁵ Ainsi, l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 précise : “*It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from L'Etendry v The Queen [1953 MR 15]: “the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law.”* (souligné par l'auteur)

³⁶ Comp. avec : L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 33.

³⁷ Ainsi, dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 6 septembre 2011 on peut lire qu'« *attendu qu'ayant relevé que la date d'expiration du délai de levée de l'option ouverte à la société Edifides par la promesse unilatérale de vente à elle consentie par les consorts X était fixée au 15 septembre 2006 et que la dénonciation, par ces derniers, de leur*

unilatérale de contrat est un *contrat*, un accord de volonté, ce qui empêche de s'y soustraire arbitrairement, par une simple révocation unilatérale³⁸. Toutefois, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a opéré un revirement spectaculaire en rendant la promesse unilatérale de contrat *révocable*, dans un arrêt du 15 décembre 1993³⁹. En l'occurrence, la promesse de vente a été révoquée pendant le délai accordé au bénéficiaire pour lever l'option (1^{er} septembre 1987). Celui-ci l'a finalement levée (10 juin 1987), avant l'expiration du délai qui lui a été accordé, mais après la révocation de la promesse (26 mai). Les juges de la Cour de cassation ont validé la révocation, en dépit du fait que l'option a été levée dans le délai prévu pour ça. Le bénéficiaire de la promesse a dû se contenter d'une allocation de dommages et intérêts, étant donné que « l'obligation de la promettante ne constituait qu'une *obligation de faire* et que la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »⁴⁰. Une réitération récente de la jurisprudence du 15 décembre 1993 a eu lieu dans un arrêt de la troisième chambre de la Cour de cassation du 6 décembre 2018⁴¹. Le courant jurisprudentiel décrit plus haut repose sur l'existence d'une obligation de faire du promettant, celle de maintenir la promesse unilatérale de contracter⁴².

Cette analyse peut fortement étonner, car elle permet, sous prétexte d'exécution forcée impossible d'une obligation de faire, de défaire unilatéralement un contrat, à savoir une promesse unilatérale de contrat. Pourtant, et

engagement datait du 16 janvier 2006, la cour d'appel en a exactement déduit que la société Edifides était fondée à faire valoir que la levée de l'option devait produire son plein effet » (Cass. 3^{ème}, 6 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-20.362, note L. PERDRIX, J.C.P. G. n° 48/2011, 1316).

³⁸ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 284-285, par. n° 257. En même sens : Cass. 3^{ème}, 6 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-20.362, *note précit.*, partie 2 ; T. PACLOT – E. MOREAU, « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente. Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations », *J.C.P. G. n° 25/2011*, doct. 736, nn° 13 et 14. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, les juges avaient estimé que dès lors qu'une promesse de vente était assortie d'un délai, le promettant ne pouvait la rétracter avant l'expiration de ce délai. Peu importe le fait que le bénéficiaire ait exercé ou non son droit d'option (*J.C.P. N.*, 1980, II, p. 168 ; CA Paris, 3^{ème}, 22 juin 1950, *J.C.P. 1950*, n° 5918).

³⁹ Cass. 3^{ème}, 15 déc. 1993, *Bull. civ. III*, n° 174.

⁴⁰ La position de la Cour de Cassation a été confirmée dans un arrêt de sa troisième chambre civile du 27 mars 2008 et dans un arrêt de la même chambre du 25 mars 2009. Dans ce dernier arrêt, les juges ont considéré que le promettant, qui révoque sa promesse, devait notifier la révocation au bénéficiaire, avant que ce dernier ne lève son option. Sur une nouvelle confirmation de cette jurisprudence en 2011 (Cass. 3^{ème}, 11 mai 2011 ; Cass. com. 13 sept. 2011, n° de pourvoi : 10-19.526), voir S. FRANCOIS, « Promesse de vente et promesse d'embauche. Regards croisés sur le sort réservé aux promesses de contrat par la jurisprudence », *J.C.P. G. n° 17/2012*, doct. 529, n° 1 ; 3 s. et note J. HEYMANN, *J.C.P. G. n° 49/2011*, 1353.

⁴¹ M. MEKKI, « Promesse unilatérale de vente : dorénavant on fera comme d'habitude... », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 301 s.

⁴² M. MEKKI, *art. précit.*, pp. 301 s. Partie I.

conformément au droit commun, « une fois formé par l'accord des volontés, le contrat ne peut plus être modifié que par un nouvel accord »⁴³. Par conséquent, la position retenue en 1993 par la Cour de cassation heurte de front les règles fondamentales du droit des contrats⁴⁴, et ne mérite pas d'être reprise en droit civil mauricien⁴⁵. Il convient de pas oublier le fait important que le promettant a déjà donné son consentement au contrat définitif au jour de la conclusion du contrat de promesse et qu'il ne peut y revenir unilatéralement et arbitrairement⁴⁶. D'une part, le promettant est tenu par l'article 1134 du Code civil mauricien qui prévoit la force obligatoire de chaque contrat, y compris les promesses unilatérales de contrat. D'autre part, l'obligation de faire, telle que conçue par la Cour de cassation française n'a pas beaucoup de sens : il ne sert à rien d'obliger le promettant à maintenir sa promesse en vigueur, alors qu'il est déjà lié par la force obligatoire de sa promesse unilatérale de contrat.

À la différence des promesses unilatérales de contrat, dans certains cas, l'obligation de faire n'est pas une simple apparence dans la phase précontractuelle, sa présence y est avérée.

B. Une présence avérée

La présence de l'obligation de faire dans la négociation précontractuelle. La rupture abusive de la négociation précontractuelle⁴⁷ peut

⁴³ *Banque Internationale des Mascareignes vs The Mauritius Union Assurance Company Ltd* 2000 (SCJ 376).

⁴⁴ D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *Mélanges Ghestin*, L. G. D. J., 2001, p. 652. Voir aussi J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.*, 1994, p. 588.

⁴⁵ Auteurs approuvant la position de la Cour de cassation française : J. SCHMIDT-SZALEVSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.*, pp. 40-41; D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.*, 2004, pp. 1 et s.; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, p. 99. Voir aussi D. MAINGUY, « À propos de l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter », *J.C.P. G.* n° 27/2012, doct. 808, n° 2 s.

⁴⁶ S. FRANCOIS, *art. précit.*, n° 6 ; note J. HEYMANN sous Cass. com. 13 sept. 2011, *J.C.P. G.* n° 49/ 2011, 1353, partie 2.

⁴⁷ Dans de nombreux cas la rupture des pourparlers est légitime et n'est pas abusive. Ainsi, par exemple, n'est pas considérée comme abusive la rupture des pourparlers pour la vente d'un terrain agricole, si le candidat à l'achat avec lequel la négociation est menée ne remplit pas les conditions prévues par la loi (la non-installation préalable de l'acquéreur sur une exploitation) (Cass. 3^{ème}, 20 sept. 2005, Bull. civ. 2005, II, n° 169). Il en va de même de la rupture des pourparlers si l'un des participants aux pourparlers constate que les capacités techniques de l'autre participant ne lui conviennent pas (ligne de production insuffisante et capacité de stockage limitée – Cass. com. 7 mars 2006, *in* M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 7), de la rupture des pourparlers en raison de l'absence de résultats commerciaux probants de l'autre partenaire à la négociation pour la conclusion d'un contrat de concession (CA Lyon, 26 mars 1999, *in* MIGNOT M., *Fasc. précit.*, n° 8), de la rupture des pourparlers consécutive à l'existence entre

prendre plusieurs formes différentes en droit mauricien. Ainsi, il y a rupture abusive *si une partie négocie tout en sachant qu'elle ne conclura pas le contrat*⁴⁸ ou *lorsqu'elle prolonge la négociation inutilement alors qu'elle n'a plus l'intention de conclure le contrat*⁴⁹. De plus, la rupture de la négociation contractuelle est abusive *si l'un des participants à la négociation crée chez l'autre une croyance légitime de la conclusion du contrat et la rompt ensuite de façon brutale*⁵⁰ et *sans motif légitime*⁵¹. Par exemple, il a rupture abusive de la négociation contractuelle susceptible d'engager la responsabilité de son auteur lorsque l'un des participants à la négociation rompt la négociation en n'attendant pas qu'une réponse à son offre, qu'il sait tout à fait probable, lui parvient ou encore lorsque l'un des participants à la négociation change d'avis une heure avant la signature du contrat définitif et refuse de le signer⁵². Il en va de même d'une rupture des pourparlers avancés en raison d'« *un excès de prudence* »⁵³. La preuve de l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour caractériser la rupture abusive des pourparlers⁵⁴, mais, à dire vrai, l'intention de nuire constitue sans doute une forme de cette rupture abusive de la négociation. « Plus les pourparlers seront avancés, plus la responsabilité de la personne concernée sera retenue facilement »⁵⁵ car une confiance légitime se crée chez l'autre partenaire⁵⁶. En

les partenaires aux pourparlers des désaccords profonds sur des éléments essentiels de la négociation (Cass. com. 19 oct. 2010 *in* B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55), de la rupture des pourparlers à cause d'une conjoncture économique défavorable, etc.

⁴⁸ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 11 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 25. Une telle démarche peut s'expliquer par le désir d'un participant à la négociation d'empêcher l'autre de contracter avec un concurrent ou par la volonté de celui-ci d'obtenir de celui-ci des informations qui pourraient lui servir par la suite.

⁴⁹ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 11 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 25 ; G. VINEY, « Responsabilité civile », *J.C.P. G.*, n° 39/2004, I, 163, n° 28.

⁵⁰ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. com. 20 nov. 2007, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 1/2008, comm. 6 – N. MATHEY ; Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN ; CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm. F. VIOLET.

⁵¹ CA Paris 11 mai 2012, *Communication, Commerce électronique*, nn° 7-8/2012, comm. 77 – G. LOISEAU ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm. F. VIOLET.

⁵² M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 12.

⁵³ Cass. com. 11 juillet 2000, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 12/2000, comm. 174 – L. LEVENEUR.

⁵⁴ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 55 ; Cass. com. 11 juillet 2000, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 12/2000, comm. 174 – L. LEVENEUR

⁵⁵ J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 29.

⁵⁶ Cass. com. 26 nov. 2003, *La Semaine juridique Entreprise et affaires*, n° 20/2004, 738, comm. P. STOFFEL-MUNCK ; Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN.

revanche, la rupture est considérée comme justifiée lorsqu'il n'y a qu'une amorce de pourparlers : en effet, aucune confiance légitime n'a pu se développer en raison de la brièveté de la négociation⁵⁷. Dans l'affaire *Novalis Interservices Ltd. vs The Attorney General* 2007 SCJ 236, la Cour suprême de Maurice constate que la rupture des pourparlers n'était pas abusive et reposait sur des motifs légitimes, en dépit du fait que la négociation précontractuelle avait duré un certain temps. Les travaux prévus dans la lettre d'attribution auraient dû commencer en janvier 1997 et le contrat aurait dû être signé en octobre 1996. Or, le fournisseur de services n'a pas signé le contrat le 25 août 1997, en dépit de plusieurs appels lancés par le *Registrar General* de signer le contrat. Il n'était pas non plus en mesure de commencer les travaux avant novembre 1997, ce qui justifiait la rupture des pourparlers. De même dans l'affaire *OCRA (Mauritius) Limited vs Kartel Solutions Limited* 2014 SCJ 413, la Cour considérait que le locataire avait des raisons légitimes pour arrêter la négociation à propos du nouveau contrat de bail.

Les solutions présentées plus haut révèlent l'existence d'une obligation de faire dans la phase précontractuelle, celle de négocier de bonne foi. L'existence de cette obligation a été soulignée dans l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Nouvelles Technologies et Systèmes Ltée & Ors vs Airports of Mauritius* 2014 SCJ 111. Même si elle n'est pas explicitement mentionnée à l'article 1134 du Code civil mauricien, elle repose sur le principe général de bonne foi, énoncé aux articles 16 et 17 du Code civil mauricien. Ainsi, sur chaque partie à la négociation contractuelle pèse d'abord une obligation de moyens, celle de négocier avec du sérieux, c'est-à-dire avec l'intention de conclure le contrat, même si, à dire vrai, la conclusion du contrat définitif n'est jamais certaine⁵⁸. Lorsqu'une partie mène la négociation dans le but de nuire à l'autre partie ou dans le but de collecter des informations intéressantes, sans avoir l'intention de conclure le contrat, elle viole l'obligation de faire et de moyens mentionnée plus haut. Par ailleurs, l'obligation de faire, d'agir de bonne foi, présente au cours de la négociation précontractuelle implique aussi à ne pas interrompre brutalement les pourparlers, et sans motifs légitimes⁵⁹.

La présence de l'obligation de faire dans les promesses synallagmatiques de contrat. L'article 1589 du Code civil mauricien dispose que la promesse synallagmatique de vente vaut vente⁶⁰, lorsque les parties se sont

⁵⁷ CA Paris 10 mars 2000, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 10/2001, comm. F. VIOLET.

⁵⁸ L'absence de l'intention mentionnée plus haut doit être prouvée par la personne invoquant la rupture abusive des pourparlers : D. HOUTCIEFF, « La charge de la preuve de la rupture abusive des pourparlers », *Gazette du Palais*, n° 1/2021, p. 26.

⁵⁹ Cass. com. 26 nov. 2003, note D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2004, p. 257.

⁶⁰ L'article 1589 du Code civil mauricien s'applique par analogie au contrat de bail : « *La promesse de bail vaut bail lorsqu'il y a accord sur la chose et le prix [...]* » (Cass. 3^{ème}, 28 mai 1997, Bull. civ, III, n° 116, pp. 77-78).

mises d'accord sur le prix et sur la chose⁶¹. En effet, il arrive souvent que les parties à une promesse synallagmatique de vente sous seing privé se mettent d'accord de passer ultérieurement le contrat de vente dans une forme authentique. L'accomplissement de cette forme est *a priori* considéré comme un terme suspensif, susceptible de retarder le transfert de propriété et non la conclusion du contrat. En cas d'inobservation de la forme stipulée, la décision de justice peut intervenir et tenir lieu de la forme faisant défaut⁶². Cette solution est désormais le droit positif bien établi à Maurice, comme en témoignent les arrêts *Soobramanien N. vs Jogoo K. ORS 2007 SCJ 3663*, *Bholah F. L. vs Beenessreesingh D. & Anor 2013 SCJ 199*⁶⁴ et *Narayadu C. & Anor vs Ramkhelawon S. 2013 SCJ 462*⁶⁵.

⁶¹ Plus généralement, « les promesses synallagmatiques portant sur des contrats consensuels semblent se confondre avec ceux-ci : dès lors que les deux parties à la promesse sont l'une et l'autre liées par une obligation de conclure le contrat, celui-ci paraît définitivement conclu » (M. STORCK, « Contrats et obligations. – Promesse synallagmatique de contrat », Fasc. 30, *Jurisclasseur Code civil*, 1^{er} app. art. 1134 et 1135, n° 3). Voir aussi : F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, p. 62 ; « Mais attendu que [...] il y avait accord des parties sur la chose et sur le prix la cour d'appel en a déduit à bon droit, que la promesse présentait un caractère synallagmatique [...] et qu'elle valait vente » (Cass. 3^{ème}, 11 juin 1992, Bull. civ. III, n° 206, pp. 125-126).

⁶² F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 288 s., n° 259 s.

⁶³ Un couple d'époux, futurs vendeurs, et une dame, futur acheteur, ont passé un contrat sous seing privé. Ce contrat portait sur la vente d'un terrain situé à Quatre Cocos et le prix stipulé était de 300 000 roupies. La dame, futur acheteur, a versé un dépôt de 75 000 (25 % du prix). Les époux, futurs vendeurs, ont par la suite refusé d'encaisser le paiement du reste du prix et ne voulaient pas paraître devant un notaire afin de réitérer le contrat dans la forme authentique. La Cour suprême a qualifié le contrat conclu sous seing privé de promesse synallagmatique de vente. La question s'est posée par la suite de savoir si la forme authentique à laquelle il fallait recourir était un élément subjectif de validité du contrat, auquel cas la promesse de vente ne vaut pas vente, ou une simple modalité du contrat, auquel cas la promesse de vente vaut vente. Pour répondre à cette question, la Cour suprême rappelle l'état actuel de la jurisprudence française : depuis 1936, la jurisprudence française considère qu'en cas de doute la forme authentique n'est pas une condition additionnelle de validité du contrat, mais une simple modalité. D'après les circonstances de la présente affaire, la Cour suprême pense que la forme authentique n'a été qu'une modalité du contrat retardant le transfert de propriété et le paiement du prix.

⁶⁴ La Cour suprême rappelle ensuite la règle classique, introduite dans la jurisprudence française en 1936, que l'accomplissement d'une forme authentique prévue dans la promesse synallagmatique de vente sous seing privé représente un élément essentiel du contrat de vente si les parties l'ont prévu explicitement. Dans le cas contraire, la promesse synallagmatique de vente vaut vente, c'est-à-dire le contrat définitif. Dans la présente affaire, la promesse synallagmatique de vente ne prévoyait pas que l'accomplissement de la forme authentique serait la condition essentielle de la vente. Cette formalité n'était qu'une modalité suspendant le transfert de propriété et le paiement du prix jusqu'à la signature de l'acte authentique.

⁶⁵ Un couple avait conclu avec un individu une promesse de vente dans un acte sous seing privé. La promesse de vente concernait un terrain et une maison pour le prix de 650 000 roupies. L'acheteur a payé 120 000 roupies et le reste du prix aurait dû être payé 4 mois après la signature de l'acte authentique. Cependant, le paiement n'est jamais intervenu. La Cour suprême rappelle dans cette affaire qu'une promesse synallagmatique de vente peut ne pas transmettre

Néanmoins, il peut arriver que les parties à la promesse synallagmatique de vente stipulent explicitement que la réalisation de la vente en la forme notariale n'est pas une simple modalité qui retarde le transfert de propriété, mais une condition de sa validité. Que la réalisation de la forme notariale soit une condition de validité de la vente définitive ou non, l'obligation des parties à une promesse synallagmatique de vente, conclue sous seing privé, à paraître devant un notaire et à conclure le contrat de vente dans cette forme authentique est une obligation de faire. Cette obligation de faire est une obligation de résultat et comme nous avons déjà vu, elle peut prendre deux formes différentes. Il peut tout d'abord s'agir de l'obligation de signer le contrat devant un notaire dont l'exécution signifie l'arrivée d'un terme, et d'un autre côté, il peut s'agir de l'obligation de signer l'acte authentique dont l'exécution signifie la conclusion du contrat définitif.

La présence de l'obligation de faire dans les pactes de préférence. Le pacte de préférence est un avant-contrat qui oblige l'un des contractants, *le promettant*, à offrir en priorité la conclusion du contrat envisagé à l'autre partie, *le bénéficiaire du pacte*⁶⁶, et ce, aux mêmes conditions que celles qu'il allait proposer à un tiers⁶⁷. En effet, « le promettant engage sa responsabilité s'il cherche à rendre illusoire le droit de préférence du bénéficiaire en proposant de conclure le contrat à des conditions manifestement inacceptables »⁶⁸. Le pacte de préférence est conclu *pour le cas où le promettant déciderait à l'avenir de conclure le contrat de vente portant sur un bien déterminé*⁶⁹. En d'autres termes, le promettant ne s'oblige pas immédiatement à vendre au bénéficiaire, à la différence d'une promesse unilatérale de contrat, mais pour le cas où il déciderait

immédiatement la propriété à l'acquéreur et qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement si une promesse synallagmatique de vente est subordonnée à une condition suspensive et si cette condition s'est réalisée. En l'occurrence, il a été stipulé dans la promesse synallagmatique de vente que la propriété passera à l'acquéreur après la signature de l'acte authentique et après le paiement du reste du prix. Comme le reste du prix n'a pas été payé, la propriété n'a pas été transférée à l'acheteur car la condition ne s'est pas réalisée.

⁶⁶ M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Pacte de préférence », Fasc. 30, *Jurisclasseur, Code civil*, art. 1589, mars 2014, n° 1.

⁶⁷ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 291, n° 260. Il convient de remarquer que le promettant doit faire au bénéficiaire une offre de conclure le contrat à des conditions raisonnables (M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 48).

⁶⁸ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 48. Par exemple, si l'auteur, qui s'est engagé en tant que promettant d'un pacte de préférence conclu avec un éditeur, propose à la publication deux manuscrits écrits « vite fait » et portant sur des sujets insusceptibles d'intéresser l'éditeur et de mener vers une publication, il agit de mauvaise foi (dans le seul but de se libérer du pacte de préférence) et engage sa responsabilité (CA Paris, 22 janv. 1992, *D.* 1993, somm. p. 93, C. COLOMBET).

⁶⁹ Sur les difficultés dans la détermination du bien faisant l'objet du pacte de préférence, voir notamment Cass. 3^{ème}, 9 avr. 2014, n° 13-13.949, note G. Virassamy, « Droit des contrats – Chronique sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P.* G. n° 24/2014, doct. 699, n° 4 (le pacte de préférence reposait sur un local commercial et pas sur l'immeuble tout entier dans lequel est situé ce local).

de contracter, ce qui est incertain au moment de la conclusion du pacte⁷⁰. Dans le cas où le promettant prendrait la décision de vendre le bien, il serait obligé de proposer en priorité la conclusion du contrat au bénéficiaire⁷¹. Il s'agit donc d'une obligation de faire dont les contours sont faciles à saisir⁷².

La présence de l'obligation de faire dans l'offre pour la conclusion du contrat. En droit civil mauricien, l'offre peut être définie comme une déclaration unilatérale de volonté, c'est-à-dire une proposition de conclure le contrat⁷³. Il s'agit, tout d'abord, d'une proposition précise de contracter, la précision⁷⁴ désignant la nécessité que l'offre contienne au moins *les éléments essentiels du contrat*⁷⁵ ou plus précisément *les éléments essentiels à la formation du contrat*⁷⁶. Ainsi, l'article 1583 du Code civil mauricien dispose que les éléments essentiels

⁷⁰ M. STORCK, « Contrats et obligations. – Promesse unilatérale de contrat », Fasc. 20, *Jurisclasseur Code civil*, 1er app. art. 1134 et 1135, avril 2015, n° 11.

⁷¹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 291, n° 260 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 32.

⁷² S. TISSEYRE, « Plus d'efficacité pour les pactes de préférence », *Recueil Dalloz*, 2019, pp. 294 s. Partie I, sous-partie A.

⁷³ PETIT B., ROUXEL S., *Fasc. précit.*, n° 17 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, p. 197, par. n° 164.

⁷⁴ Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^{ème} éd. 2018, p. 340 ; n° 1046 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 198-199, n° 166.

⁷⁵ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 18.

⁷⁶ Consciente de ce fait, la Cour de cassation « *censure une décision qui avait exigé d'une offre de bail, pour qu'elle conduise au contrat par son acceptation, qu'elle comporte l'ensemble des éléments essentiels à la convention et, à ce titre, les précisions nécessaires en ce qui concerne la chose en faisant l'objet, le prix et sa date d'effet. Pour les juges de cassation, la cour d'appel avait, en exigeant ainsi l'indication de la date de la prise d'effet du bail, ajouté une condition à la loi. L'arrêt est rigoureux : le bail consistant dans la mise à disposition d'un bien en contrepartie d'un loyer, il n'a structurellement besoin, pour sa constitution en vue de son exécution, que de la détermination de la chose et du prix. S'il comprend certes un élément de durée – la jouissance devant s'exercer 'pendant un certain temps' selon les termes de l'article 1709 du Code civil – cet élément n'implique pas, pour la perfection de l'acte lors de sa formation, que soit fixée la date de la prise de jouissance du bien loué. Aussi, à moins que les parties n'en aient fait un élément déterminant de leur accord, le contrat doit être réputé formé dès l'instant où l'acceptation rejoint l'offre sur les seuls éléments essentiels à la réalisation de son objet* » (Cass. 3^{ème}, 28 oct. 2009, n° 08-20.224, note G. LOISEAU, « Droit des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 51, 14 Décembre 2009, 574). Un autre exemple, il peut arriver que l'offre pour la conclusion d'un contrat d'entreprise n'indique pas le prix. Le prix est, sans doute, un élément essentiel du contrat d'entreprise, mais l'offre mentionnée plus haut sera valable. « *La jurisprudence décide en effet qu'un 'accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage, n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature' et qu' 'il appartient donc aux juges de fixer le prix en tenant compte des éléments de la cause et notamment de la qualité du travail fourni' . La solution vaut pour tous les contrats d'entreprise* » (F. COLLART DUTILLEUL – P. DELEBECQUE, *op. cit.*, pp. 656-657, n° 734).

du contrat de vente sont la chose et le prix. Toute proposition prétendant être qualifiée d'offre pour la conclusion d'un contrat de vente, en droit mauricien, doit contenir la précision de la chose vendue ainsi que l'indication du prix. De plus, une offre pour la conclusion du contrat de bail doit préciser la chose louée et indiquer le loyer. A ce propos l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Société internationale de transactions vs Société internationale d'exportation agro-alimentaire Ltée* de 2003 est un arrêt phare⁷⁷. L'offre pour la conclusion du contrat doit être ferme. La fermeté de l'offre désigne l'intention de contracter, c'est à dire *l'animus contrahendi*, que toute offre doit exprimer⁷⁸. En principe, une proposition contenant tous les éléments essentiels du contrat proposé – la chose et le prix dans un contrat de vente, par exemple - est qualifiée d'offre. Cependant, il se peut que même une telle proposition ne soit pas considérée comme une offre, faute d'intention de contracter chez son auteur⁷⁹. Finalement, pour ce qui est de la forme de l'offre pour la conclusion du contrat, elle n'obéit à aucune règle particulière. En d'autres termes, « *l'extériorisation de l'offre [...] n'est en principe soumise, quant à la forme, à aucune exigence particulière* »⁸⁰. En droit civil mauricien, on distingue traditionnellement les offres *expresses* et les offres *tacites*⁸¹.

⁷⁷ SCJ 105. Dans un fax du 23 novembre 1993, le défendeur au procès a manifesté son intérêt pour l'achat d'un certain nombre de pots de verre vides. Il s'est adressé au demandeur au procès et lui a demandé le prix de ces pots. Par la suite, le demandeur a envoyé au défendeur le 23 décembre 1993 une lettre dans laquelle il lui a proposé le prix de 140 000 francs pour les pots de verre en question. Le défendeur n'a jamais répondu à cette proposition. Selon la Cour suprême de Maurice le contrat de vente n'a pas été conclu. Le fax du 23 novembre 1993 n'est pas une offre d'achat (Obs. de l'auteur - Un élément essentiel, à savoir le prix, n'y figurait pas). De plus, le silence du destinataire de l'offre formulée par le fax du 23 décembre 1993 (Obs. de l'auteur – C'est le fax qui indiquait le prix proposé pour les pots de verre vides) ne vaut pas acceptation.

“After considering the submissions of Counsel on both sides, I find that the plaintiff has failed to establish on a balance of probabilities the alleged sale, my conclusion being based on the following considerations:

(1) The contents of the defendant's fax dated 23 November 1993 cannot be considered to amount to an unconditional “offre d'achat” as contended by Counsel for the plaintiff: the wording of that fax conveyed the defendant's interest in purchasing the jars but in no way indicated that it would be buying them at whatever price the plaintiff might quote.

(2) The defendant's failure to respond to the quotation of the plaintiff despite the reminders, however discourteous it might have been, could not lead to a reasonable inference that the defendant had agreed to the price quoted, especially as there has been unrebutted evidence by the defendant's representative that there was a deliberate decision to discard the plaintiff's quotation because the price quoted was too high and a better quotation had been received from an Austrian company.”

⁷⁸ « *Une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* » (Cass. com. 6 mars 1990 in B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 17).

⁷⁹ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 199, n° 167.

⁸⁰ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 26.

⁸¹ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 26.

En droit positif mauricien l'offre est, en principe, librement révocable. Toutefois, il y a des exceptions à cette règle. La révocabilité de l'offre signifie que l'offrant est libre de la révoquer, c'est à dire de l'annuler à tout moment, tant qu'elle n'a pas été acceptée⁸², sans subir une éventuelle responsabilité délictuelle. La révocation peut être expresse (paroles ou écrits) ou tacite (une deuxième offre de même contenu, faite à un tiers, et acceptée par ce tiers). Il est important de souligner à nouveau le fait qu'en révoquant une offre révocable, *l'offrant ne risque pas de voir sa responsabilité civile engagée*. La libre révocabilité de l'offre est d'une inspiration libérale. Selon un courant de pensées, chacun doit rester libre⁸³ de saisir une meilleure affaire, d'annuler une offre qui ne lui convient plus et d'en formuler une autre. Le problème principal qui en résulte consiste dans des frais, souvent importants, engagés par le destinataire de l'offre, à la suite de l'offre qui lui avait été préalablement adressée (frais de déplacement, d'étude, etc.)⁸⁴. Par conséquent, en cas de révocation de l'offre, le destinataire sera exposé à une perte financière conséquente. C'est pourquoi il est impératif que l'offre soit parfois irrévocable en droit mauricien.

Une offre irrévocable doit être maintenue en vigueur par l'offrant pendant un laps de temps. Il existe donc une véritable obligation de faire qu'assume l'offrant face au destinataire de l'offre. Si l'offrant ne satisfait pas à cette obligation et ne maintient pas l'offre en vigueur pendant ce laps de temps, il risque d'être condamné au versement de dommages et intérêts au destinataire de l'offre⁸⁵, dans le cas où celui-ci prouverait l'existence d'un préjudice. Le maintien de l'offre pendant une période devient alors une véritable *obligation juridique*, une obligation de faire. La jurisprudence française, dont s'inspirent souvent nos juridictions à titre de *persuasive authority*, considère qu'une offre devient fixe, c'est à dire irrévocable, dans le cas où le pollicitant l'assortirait d'un délai. Ainsi, ce délai, visant surtout à préciser le temps de validité de l'offre (le temps pendant lequel elle peut être acceptée)⁸⁶, rend l'offre irrévocable⁸⁷. De plus, la Haute juridiction civile française considère que l'irrévocabilité de l'offre peut résulter

⁸² Pour un bel exemple jurisprudentiel : Cass. 3^{ème}, 17 sept. 2014, n° 13-21.824, comm. L. LEVENEUR, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12/2014, comm. 265 – B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 29 – Comp. avec : F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 210, par. n° 178.

⁸³ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 205, par. n° 174.

⁸⁴ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 206, par. n° 174.

⁸⁵ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 207, par. n° 174.

⁸⁶ En revanche, si le délai de validité de l'offre n'y est pas précisé, l'offre est valable et peut être acceptée *dans un délai raisonnable*. La Cour de cassation a émis des doutes sur le caractère raisonnable d'un délai de 5 ans (Cass. 3^{ème}, 20 mai 2009, n° 08-13.230, comm. L. LEVENEUR, *Contrats Concurrence Consommation* n° 8-09/2009, comm. 214).

⁸⁷ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 24.

d'un usage ou des circonstances de l'espèce, ce qui était arrivé dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation française du 17 décembre 1958⁸⁸.

Après avoir constaté l'existence, soit apparente, soit avérée de l'obligation de faire dans la phase qui précède la conclusion du contrat, il est possible d'observer que celle-ci ne se solde pas toujours pas une exécution forcée. Tout dépendra de l'existence, dès la phase précontractuelle, du consentement à la conclusion du contrat définitif, notamment du contrat de vente.

II. Lien indissoluble entre la sanction de l'obligation de faire et le consentement au contrat définitif

On considère que l'exécution en nature de l'obligation de faire doit occuper la place de la règle⁸⁹, en raison des articles 1184 alinéa 2⁹⁰ et 1134 du Code civil mauricien, et que l'application littérale de l'article 1142 du Code qui consiste à allouer les dommages et intérêts à la victime de l'inexécution d'une obligation de faire reste exceptionnelle⁹¹. L'exécution forcée de l'obligation de faire aura lieu à chaque fois qu'elle est possible. Cette affirmation se confirme à propos de l'obligation de faire dans la phase précontractuelle. La sanction appliquée à l'inexécution de l'obligation de faire dépendra directement de l'existence (B) ou de l'inexistence (A), pendant la phase précontractuelle, du consentement au contrat définitif projeté, et notamment au contrat de vente.

A. Les dommages et intérêts dictés par l'absence du consentement au contrat définitif

Les dommages et intérêts en cas de négociation menée de mauvaise foi.
La sanction de la rupture abusive des pourparlers consiste en la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle de son auteur⁹². Le préjudice causé à la victime de la rupture abusive des pourparlers représente l'intérêt négatif visant à replacer la victime de la rupture dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait

⁸⁸ Cass. 1^{ère}, 17 déc. 1958, D. 1959, p. 33 ; Comp. avec F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 206-207, n° 174

⁸⁹ Cass. 3^{ème} 11 mai 2005, obs. D. MAZEAUD, *Revue des contrats*, n° 2/2006, p. 323.

⁹⁰ « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

⁹¹ « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

⁹² L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.* p. 31 ; M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 20 ; B. B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 56 ; J. GHESTIN, *art. précit.*, n° 3 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. 3^{ème}, 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. L. LEVENEUR.

pas été négocié avec la partie à l'origine de celle-ci⁹³. Sont ainsi qualifiés de préjudice réparable les frais engagés pour la négociation (frais d'étude, frais de voyage), les frais d'avocat et les frais de transport, les sommes payés à des sous-traitants engagés en raison de la négociation, le préjudice moral (atteinte à la réputation commerciale) etc.⁹⁴.

La perte de la chance de conclure le contrat faisant l'objet de la négociation n'est pas le préjudice réparable⁹⁵. « *En effet, si la rupture n'est jamais fautive par elle-même, il est illogique de réparer ses conséquences parmi lesquelles figure au premier rang la perte des gains du contrat* » ; seules les conséquences dommageables d'une faute commise à l'occasion de la négociation contractuelle méritent d'être réparées⁹⁶. En revanche, la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers est un préjudice réparable. Il en va ainsi, par exemple, de la perte de la chance d'obtenir le financement recherché auprès d'une autre banque⁹⁷.

La violation de l'obligation de faire, celle de mener la négociation de bonne foi, est sanctionnée, nous l'avons vu dans les développements qui précèdent, par une allocation de dommages et intérêts à la victime de cette rupture. Cette sanction paraît tout à fait appropriée pour le droit civil mauricien, pour deux raisons. D'une part, aucun participant à la négociation n'a exprimé son consentement définitif à la conclusion du contrat faisant l'objet de la négociation. Personne ne peut être forcé de consentir au contrat, car ça serait contraire à sa liberté individuelle ainsi qu'à la définition du contrat. Toutefois, la rupture abusive des pourparlers constitue une faute délictuelle qui doit être sanctionnée. D'autre part, les éléments essentiels du contrat, qui sont une *condicio sine qua non* de son existence, ne sont toujours pas élaborés par les parties.

Les dommages et intérêts en cas d'inexécution d'une promesse de vente autonome. Dans certaines situations, la promesse synallagmatique de vente ne vaut pas vente définitive, et on peut parler des promesses synallagmatiques de

⁹³ M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 21.

⁹⁴ M. MIGNOT M., *Fasc. précit.*, n° 21 ; Cass. 3^{ème} 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. LEVENEUR.

⁹⁵ Cass. com. 26 nov. 2003, *J.C.P., Entreprise et affaires*, n° 20/2004, 738, comm. P. STOFFEL-MUNCK ; Cass. com. 26 nov. 2003, in M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 21 ; B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.* n° 56 ; Cass. 3^{ème}, 7 janv. 2009, *Loyers et Copropriété*, n° 4/2009, comm. 91 – E. CHAVANCE ; Cass. com. 20 nov. 2007, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 1/2008, comm. 6 – MATHEY ; Cass. 3^{ème}, 28 juin 2006, *J.C.P., Entreprises et Affaires*, n° 51/2006, 2829, comm. L. LEVENEUR.

⁹⁶ G. VINEY, « Responsabilité civile », *J.C.P. G.*, n° 39/2004, I, 163, n° 30 – Comp. avec G. LOISEAU in J. GHESTIN et autres, « Droit des contrats », *J.C.P. G.*, n° 43/2012, doct. 1151 n° 6 pour lequel « *les gains espérés de l'acte constituent un préjudice hypothétique ou du moins éventuel* ».

⁹⁷ Cass. com. 8 nov. 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1/2006, 7, comm. T. SAMIN.

vente autonome⁹⁸. Une telle promesse synallagmatique de vente est un contrat où deux personnes s'engagent l'une envers l'autre à passer plus tard la vente définitive, et fixent d'ores et déjà les éléments objectivement essentiels de la vente. Néanmoins, les parties à la promesse s'engagent à passer plus tard la vente définitive, *sans donner au jour de la conclusion de la promesse leur consentement définitif au contrat projeté*⁹⁹. Ainsi, les promesses synallagmatiques de vente permettent aux parties de s'obliger contractuellement, avant que la forme *ad solemnitatem* (la forme notariale notamment) ne soit accomplie. En cas de non-conclusion de la vente définitive dans la forme prescrite par la loi¹⁰⁰ ou stipulée dans la promesse, le contractant fautif, celui qui refuse de se rendre devant le notaire, engagera sa responsabilité civile. Dans cette hypothèse-là, le jugement ne saurait tenir lieu de la vente définitive¹⁰¹, parce qu'il n'est pas possible d'exécuter de façon forcée l'obligation de faire du promettant, qui consiste à consentir à la vente définitive.

En général, l'exécution forcée d'une obligation de faire est concevable¹⁰² et cela en dépit de la lettre de l'article 1142 du Code civil mauricien¹⁰³. Les articles

⁹⁸ Sur les arguments hostiles à cette autonomie : BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, *RTD civ.* 1949, p. 11 – Sur les arguments favorables à l'autonomie des promesses synallagmatiques de contracter : F. COLLART-DUTILLEUL, *op. cit.*, pp. 62-65; 73-74; 80-81; BOYER, *art. précit.*, pp. 14 et s.

⁹⁹ Cette finesse des promesses synallagmatiques de contrat fut magnifiquement mise en avant par BOYER : « [L]es promesses de vente ont une double fonction : d'une part, *différer la formation du contrat définitif* ; donner, d'autre part, *aux parties la certitude de sa réalisation*. » (BOYER, *art. précit.*, p. 21). Voir aussi M. MIGNOT, *Fasc. précit.*, n° 13.

¹⁰⁰ On considère généralement qu'un accord de volonté sur la chose à prêter est une promesse synallagmatique précédant le contrat de prêt, qui, lui, est un contrat réel en droit mauricien. Dans cette promesse, les parties s'obligent à conclure plus tard le contrat de prêt sans donner au jour de la promesse leur consentement au contrat définitif. Ce consentement sera donné le jour de la conclusion du contrat de prêt, c'est-à-dire lors de la remise de la chose prêtée ou des choses prêtées. Ainsi, un auteur a pu écrire : « C'est inévitablement encore la question de la nature et de l'objet de l'obligation née de la promesse de contrat réel qui revient : obligation de faire (remettre la chose), ou de donner (transférer la propriété), ou bien encore selon nos suggestions, obligation de donner son consentement au contrat définitif, l'exécution de cette obligation se réalisant intégralement à travers la remise » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, p. 39).

¹⁰¹ Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation française du 2 avril 1979 les juges énoncent : « [...] *Mais attendu que l'arrêt relève que l'acte sous seing privé du 15 janvier 1975 a réservé le transfert de propriété à l'acquéreur, au jour de la signature de l'acte authentique; que cet acte, n'ayant pas été dressé, le transfert de propriété n'a pas eu lieu [...]; que la Cour d'appel retient, justement, que les frères M... n'étaient tenus jusqu'à la signature de l'acte notarié que d'une obligation de faire qui ne pouvait engendrer au profit des époux B... qu'une créance mobilière sous forme de dommages-intérêts* » (Cass. 3^{ème}, 2. avril 1979, Bull. civ. III, n° 84, pp. 63-64).

¹⁰² BOYER, *op. cit.*, pp. 18-19; 32-34.

¹⁰³ R.-N. SCHUTZ, « L'exécution des promesses de vente » *Defrénois*, 1999, pp. 847-848.

1184 alinéa 2 et 1134 du Code civil mauricien permettent de justifier l'exécution forcée des obligations de faire. Néanmoins, l'exécution forcée d'une obligation de faire, issue de la promesse synallagmatique de vente, qui consisterait à consentir au contrat définitif, n'est pas envisageable, parce qu'elle porterait une atteinte intolérable à la liberté individuelle du promettant. On ne peut forcer personne à consentir au statut de la partie au contrat.

Lorsqu'au moins l'une des parties a consenti au contrat définitif, l'exécution forcée de l'obligation de faire devient envisageable, car aucune atteinte à la liberté contractuelle n'est portée.

B. Les sanctions rendues possibles par l'existence du consentement au contrat définitif

Le jugement tenant lieu du contrat en la forme authentique : le cas de promesse synallagmatique du contrat au sens de l'article 1589 du Code civil mauricien. En pratique, il arrive souvent que les contractants stipulent eux-mêmes, dans la promesse synallagmatique de vente conclue sous seing privé, la réalisation ultérieure d'une forme notariale¹⁰⁴. En droit mauricien, les parties à une promesse synallagmatique de vente doivent prévoir de façon expresse que la forme dont elles sont convenues est une forme *ad solemnitatem*, c'est-à-dire une condition de validité de la vente, qui retarde sa conclusion. Dans le cas contraire, la forme stipulée sera considérée comme une simple modalité et le contrat définitif de vente sera considéré comme conclu au jour de la promesse synallagmatique¹⁰⁵. Autrement dit, en cas de doute, lorsque les parties à une promesse synallagmatique de vente ont prévu la réalisation d'une forme notariale, mais n'ont pas précisé sa portée, la Cour suprême de Maurice considère que la promesse de vente vaut vente définitive et que la forme stipulée n'est qu'une

¹⁰⁴ M.STORCK, *Fasc. précit.*, n° 3 et 6 ; BOYER, *art. précit.*, pp. 17-18 – Comp. avec M. MIGNOT, « Vente. – Nature et forme. – Promesse synallagmatique de vente », *Fasc. 10, Jurisclasseur, Code civil*, art. 1589, juin 2011, n° 12 et 17.

¹⁰⁵ C'est ce qui résulte d'ailleurs d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1994 : «*Attendu que, pour rejeter la demande de M. L... en réalisation forcée de la vente d'un immeuble que lui avait consenti M. J... par acte sous seing privé du 20 mai 1986, l'arrêt attaqué...retient que le "compromis" stipule que l'acquéreur sera propriétaire des biens vendus à compter seulement de la réitération par acte authentique, de sorte que le vendeur n'est tenu, envers l'acquéreur que d'une obligation de faire pouvant se résoudre en dommages-intérêts; qu'en statuant ainsi, après avoir constaté, par motifs adoptés, l'accord des parties sur la chose et sur le prix et sans relever d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » (Cass., 3^{ème}, 20 déc. 1994). Dans une décision récente, la Cour de cassation a considéré la réalisation d'un acte authentique comme une condition suspensive. V. Cass., 3^{ème}, 15 mai 1994, DP, 22/1994, p. 68.

modalité retardant le transfert de propriété¹⁰⁶. Cet enseignement peut être tiré de l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Soobramanien N. vs Jogoo K. ORS*¹⁰⁷, rendu en 2007¹⁰⁸ où il est énoncé qu'une promesse synallagmatique de vente est autonome et ne vaut pas contrat définitif (vente), si l'intention des parties était de retarder la conclusion du contrat de vente par l'accomplissement d'une forme authentique. En l'occurrence, un couple d'époux, futurs vendeurs, et une dame, futur acheteur, ont passé un contrat sous seing privé. Ce contrat portait sur la vente d'un terrain situé à Quatre Cocos et le prix stipulé était de 300 000 roupies. La dame, futur acheteur, a versé un dépôt de 75 000 (25 % du prix). Les époux, futurs vendeurs, ont par la suite refusé d'encaisser le paiement du reste du prix et ne voulaient pas paraître devant un notaire afin de réitérer le contrat dans la forme authentique. La Cour suprême a qualifié le contrat conclu sous seing privé de promesse synallagmatique de vente. La question s'est posée par la suite de savoir si la forme authentique à laquelle il fallait recourir était un élément subjectif de validité du contrat (rem. auteur - auquel cas la promesse de vente ne vaut pas vente) ou une simple modalité du contrat (rem. auteur - auquel cas la promesse de vente vaut vente). Pour répondre à cette question, la Cour suprême rappelle l'état actuel de la jurisprudence française : depuis 1936, la jurisprudence française considère qu'en cas de doute la forme authentique n'est pas une condition additionnelle de validité du contrat, mais une simple modalité. D'après les circonstances de la présente affaire, la Cour suprême pense que la forme authentique n'a été qu'une modalité du contrat retardant le transfert de propriété et le paiement du prix.

La sanction applicable à une partie à la promesse refusant de se rendre devant le notaire consiste dans l'exécution forcée de l'obligation de faire ; le jugement de la Cour suprême pourra remplacer la signature de la vente devant le notaire ce dont témoignent les arrêts *Dookhurrin C. and Ors vs Kodai R.*¹⁰⁹, *Gajjal A. C. R. S. vs Sunnasse D. & Ors.*¹¹⁰ et *Bholah F. L. vs Beenessreesingh*

¹⁰⁶ D.MAZEAUD, *art. précit.*, p. 651.

¹⁰⁷ En même sens : *Bholah F. L. vs Beenessreesingh D. & Anor* 2013 SCJ 199 ; *Narayadu C. & Anor vs Ramkhelawon S.* 2013 SCJ 462.

¹⁰⁸ SCJ 36.

¹⁰⁹ 2004 SCJ 181. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige en justice l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire dans le délai de trois mois, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

¹¹⁰ 2014 SCJ 27. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire dans le délai de deux mois, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

*D. & Anor*¹¹¹. Cela est possible, grâce au fait mentionné dans les développements précédents, que les parties ont déjà donné leur consentement à la vente au jour de la conclusion de la promesse. Par conséquent, l'exécution forcée de l'obligation de faire est possible, car il n'y a pas de pression intolérable sur la personne ou la liberté de la partie à la promesse.

La substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence au tiers acquéreur. L'intérêt principal des pactes de préférence consiste à connaître la sanction applicable au promettant qui ne respecterait pas son obligation principale issue du pacte de préférence, et proposerait la conclusion du contrat à un tiers, avant de la proposer au bénéficiaire du pacte. La Cour suprême de Maurice ne s'est pas prononcée, à notre connaissance, sur cette question. Pendant longtemps, la jurisprudence française, cette *persuasive authority* à Maurice, se contentait d'attribuer les dommages et intérêts au bénéficiaire du pacte¹¹², ainsi que d'annuler le contrat passé avec un tiers en violation du pacte de préférence. En revanche, la jurisprudence refusait de substituer le bénéficiaire du pacte dans les droits du tiers¹¹³. L'allocation de dommages et intérêts était fondée sur une application littérale de l'article 1142 du Code civil, aux termes duquel l'inexécution d'une obligation de faire, ou de ne pas faire ne se solde que par une allocation de dommages et intérêts. Un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 30 avril 1997 va nettement dans ce sens¹¹⁴.

La solution classique présentait des défauts sérieux. En ce qui concerne les dommages et intérêts, cette sanction n'apporte jamais au créancier, c'est à dire au bénéficiaire du pacte, la même satisfaction que l'exécution en nature, qui consisterait ici dans la conclusion du contrat souhaité et dans son exécution. De plus, l'annulation du contrat n'empêche pas le promettant de passer avec un tiers un autre contrat de même nature et portant sur le même bien, en violant ainsi de nouveau le pacte de préférence. C'est pourquoi la question de savoir si les juges pouvaient déclarer le contrat passé entre le promettant et le tiers inopposable au bénéficiaire et substituer ce dernier dans les droits du tiers, continuait à planer sur l'institution de pacte de préférence. La Cour de cassation a fini par répondre positivement à cette question en 2006 : elle a énoncé que l'exécution de l'obligation de faire, c'est à dire de l'obligation de proposer en priorité la

¹¹¹ 2013 SCJ 199. En l'occurrence, la vente avait été conclue dans un acte sous seing privé. Le demandeur exige l'exécution forcée, si nécessaire, de l'obligation de faire du défendeur, celle de passer le contrat de vente en la forme authentique. La Cour suprême accueille favorablement sa demande : si le vendeur (défendeur au procès) ayant vendu le bien par un contrat sous seing privé n'apparaît pas devant un notaire, le jugement tiendra lieu de l'acte authentique et sera transcrit à la conservation des hypothèques.

¹¹² En l'absence de préjudice, la violation d'un pacte de préemption n'entraîne pas de sanction (Cass. com. 9 avr. 2002, comm. J.-M. TENGANG, *J.C.P. G.*, n° 17/2003, II 10067).

¹¹³ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 292-293, n° 260.

¹¹⁴ Cass. 1^{ère}, 30 avril 1997, Bull. civ. I, n° 96.

conclusion du contrat au bénéficiaire du pacte, était susceptible d'exécution forcée, à condition que le tiers acquéreur soit de mauvaise foi, et n'ignorait pas l'existence du pacte¹¹⁵. En l'occurrence, l'exécution forcée de l'obligation du promettant fut possible, sa liberté personnelle ne subissant pas de restrictions. En effet, le promettant a déjà donné son consentement au contrat concerné par le pacte de préférence. Il s'agissait désormais de dévier ce consentement, et de remplacer le tiers par le bénéficiaire du pacte, ce qui ne pose pas de difficultés dans la mesure où il ne s'agit pas d'un contrat *intuitu personae*. En effet, dans un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006 les juges ont considéré que le bénéficiaire d'un pacte de préférence avait le droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers, en méconnaissance du droit de préférence, *ainsi que la substitution dans les droits de l'acquéreur*. Cette solution fut confirmée un an plus tard, dans un arrêt de la troisième chambre civile du 14 février 2007¹¹⁶. La solution retenue par la jurisprudence française paraît recommandable pour notre droit positif, étant conforme à l'esprit de l'article 1142 du Code civil mauricien.

La conclusion du contrat malgré la révocation d'une offre irrévocable.

La sanction de l'inexécution de l'obligation de maintenir en vigueur une offre est une question intéressante qui divise. La première possibilité consiste dans la conclusion du contrat, en dépit de la violation de l'obligation mentionnée plus haut, car « la prétendue révocation doit logiquement être tenue pour inefficace et le contrat doit être considéré comme formé par l'acceptation, même postérieure, survenant avant l'expiration du délai »¹¹⁷. La seconde solution envisageable consiste dans une allocation de dommages-intérêts au destinataire de l'offre déçu¹¹⁸. La jurisprudence française opte pour cette dernière solution¹¹⁹. Il nous semble, toutefois, que les principes fondamentaux du droit mauricien du contrat commandent la solution inverse. L'auteur d'une offre irrévocable a donné à titre définitif son consentement au contrat proposé¹²⁰ et ne devrait pas pouvoir être

¹¹⁵ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.* p. 32. En revanche, lorsque le tiers acquéreur était de bonne foi, et ignorait l'existence du pacte, le bénéficiaire devra se contenter d'une allocation de dommages et intérêts. Voir S. TISSEYRE, *art. précit.* pp. 294 s. Partie II, sous-partie B ; I. NAJJAR, « La sanction de la promesse de contrat », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 848 s. n° 2.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère}, 14 fév. 2007, note G. VINEY, *Revue des contrats*, n° 3/2007, p. 741.

¹¹⁷ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 31.

¹¹⁸ B. PETIT – S. ROUXEL, *Fasc. précit.*, n° 31.

¹¹⁹ Cass. 3^{ème}, 10 mai 1968, 2 arrêts, Bull. civ. III, n° 209 ; Cass. 1^{ère}, 8 oct. 1958, Bull. civ. I, n° 413 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.* pp. 342-343, n° 1042.

¹²⁰ Un raisonnement similaire peut s'appliquer à la solution jurisprudentielle aux termes de laquelle il peut y avoir le maintien forcé du contrat rompu en violation du délai de préavis (Com. 27 sept. 2017, note H. BARBIER, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2017, pp. 859 s). Si la Cour de cassation est parvenue à cette solution, c'est parce qu'il y avait une obligation de faire (l'obligation de respecter un préavis) susceptible d'exécution forcée. Cette exécution forcée a été possible grâce au fait que l'auteur de la violation du préavis avait déjà consenti au contrat

autorisé à y revenir par une déclaration unilatérale de volonté. En effet, ce qui a été créé par une déclaration unilatérale de volonté (le consentement au contrat projeté) ne peut pas forcément être détruit par une autre déclaration unilatérale de volonté¹²¹. Il n'est pas inutile de rappeler qu'en dépit d'une jurisprudence extravagante de la Cour de cassation française établie depuis le 15 décembre 1993, on écrit très souvent que le promettant donne, au jour du contrat de promesse unilatérale de contrat, son consentement définitif et irrévocable. Par conséquent, la révocation de ce consentement, pendant le délai d'option, est impossible et le bénéficiaire complétera la conclusion du contrat proposé par une déclaration unilatérale de volonté, même si celle-ci intervient après la révocation de la promesse par le promettant mais pendant le délai d'option. Il n'est pas inutile de mentionner que dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 mars 2008 il a été jugé que la rétractation de l'offre précédant l'acceptation du bénéficiaire dans le délai qui lui avait été expressément octroyé pour s'exprimer reste inefficace : le contrat est conclu¹²².

en question, et l'exécution forcée de l'obligation de préavis ne portait pas atteinte à sa liberté individuelle.

¹²¹ En même sens : note G. LOISEAU sous Cass. 1^{ère}, 25 juin 2014, n°13-16.529, « Droit des contrats, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 46-47/2014, doct. 1195, n° 3.

¹²² Cass. 3^{ème}, 7 mai 2008, n° 07-11.690, note Y.-M. SERINET, « Droit des obligations, sous la direction de Jacques Ghestin », *J.C.P. G.* n° 31/2008, I 179, n° 1 à 6.

Chroniques

Chronique de la jurisprudence judiciaire de la région Océan Indien

*Sous la direction de ROMAIN LOIR,
Professeur de droit privé à l'Université de la Réunion*

1. DROIT DES PERSONNES ET DE LA NATIONALITE

1.4. Nationalité

Le contentieux de la nationalité est un contentieux courant dans la Zone de l'Océan Indien, découlant notamment d'un héritage historique riche et d'une variété de population marquée par la colonisation et la décolonisation. On comprend ainsi aisément que les questions d'acquisition et de perte de la nationalité française puissent nourrir, encore à l'heure actuelle, un important contentieux devant les juridictions. Les décisions rendues par la Chambre civile de la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion les 26 juin 2020 et le 25 septembre 2020 illustrent notamment les difficultés fréquemment rencontrées lors de procédures de déclarations de nationalité à raison du mariage ou de la qualité d'ascendant de Français.

Nationalité française – Communauté de vie – Interruption.

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, Chambre civile, 26 juin 2020, n° 18/01733

Amina Ali Saïd, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

L'acquisition de la nationalité au titre du mariage avec un conjoint français tout d'abord, est subordonnée à une procédure spécifique dont les conditions doivent être observées de manière certaine au moment de la demande. La disparition d'une des exigences requises est susceptible de faire obstacle à la procédure de déclaration de nationalité, voire même de conduire à son annulation.

En l'espèce un homme né à Madagascar a précisément contracté un mariage le 5 octobre 2007 avec une femme de nationalité française à l'Île de la Réunion. Plus de 7 ans après leur union civile l'homme a sollicité l'attribution de la nationalité française par une déclaration effectuée auprès de la Préfecture de La

Réunion le 23 avril 2015 et enregistrée le 6 janvier 2016. La demande semblait alors somme toute classique : la communauté de vie était a priori caractérisée, et le couple avait par ailleurs donné naissance à un enfant quelques temps avant leur mariage.

Mais c'était sans compter la constatation d'une communauté de vie interrompue quelques années auparavant, puisque le 3 décembre 2013 l'épouse avait été chassée du domicile familial, donnant par la suite lieu à la formalisation d'un accord amiable le 16 avril 2014 s'agissant de la prise en charge de l'enfant mineur. De surcroît, il a été établi que l'épouse avait également déposé une requête en divorce le 2 octobre 2017 ayant abouti à une ordonnance de non conciliation le 1^{er} mars 2018.

L'homme arguant d'une séparation uniquement temporaire, devait ainsi apporter la preuve d'une reprise de la vie commune entre le 16 avril 2014, et la date de la déclaration de nationalité, soit le 23 avril 2015, afin de satisfaire aux exigences légales. L'article 21-2 du Code Civil impose en effet, non seulement l'existence d'une communauté de vie d'au moins 4 années après le mariage avec le conjoint français, mais également que cette communauté de vie tant affective que matérielle n'ait pas été interrompue au moment de la déclaration.

En la matière rappelons qu'une interruption de la vie commune, si elle est suivie par une reprise, ne fait pas perdre à l'étranger le droit d'acquérir la nationalité française de son conjoint (Civ., 1^{ère}, 18 sept. 2002). L'apport d'éléments en ce sens pouvait donc laisser envisager des perspectives favorables à la requête.

La Cour d'appel de Saint-Denis à néanmoins relevé que la production par l'époux du seul document évoquant l'échéance d'un crédit commun au 7 avril 2016, sans autre indication concernant la date de souscription, ne pouvait constituer un élément prouvant l'existence d'une communauté de vie matérielle, morale et affective au sens de l'article 215 du Code Civil.

La Cour d'Appel établit donc que l'interruption de la communauté de vie constatée au moment de la déclaration de nationalité, même après plus de 4 années de mariage, fait obstacle à l'acquisition de la nationalité française en raison du mariage.



Nationalité française – filiation – conflit de lois

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, Chambre civile, 25 septembre 2020, n° 18/00835

Amina Ali Saïd, Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

La proclamation de l'Indépendance de l'Union des Comores en 1975 a assurément complexifié les questions de nationalité des membres de la population comorienne et notamment de leurs descendants. Ainsi en atteste cette seconde espèce illustrant cette fois-ci le contentieux de l'acquisition de la nationalité française reconnue par filiation.

Un homme né aux Comores le 18 décembre 1978 de deux parents comoriens a sollicité que lui soit attribué la nationalité française. Pour cause, sa mère possédait elle-même la nationalité française, qu'elle a conservé après l'Indépendance de l'Union des Comores en 1975 par déclaration souscrite le 8 juillet 1977. Et bien qu'elle ait par la suite opté pour la nationalité comorienne, il résulte de cette déclaration enregistrée le 21 décembre 1977 qu'au moment de la naissance du requérant, cette dernière était bel et bien française.

Après avoir assigné le Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Saint-Denis par acte d'huissier du 4 janvier 2016, ce dernier a toutefois été débouté de ses prétentions, et la nationalité lui a été refusée.

Le demandeur a par conséquent relevé appel de cette décision, et plusieurs éléments ont été portés à l'attention des juges. Il incombait en effet à l'appelant d'apporter la preuve de la nationalité française de sa présumée mère au moment de sa naissance, ainsi que du lien de filiation établi à son égard durant sa minorité. Il fallait notamment pouvoir déterminer la loi applicable à cette filiation, entre la loi française et la loi comorienne.

Si la question de la nationalité française de la mère présumée n'a posé que peu de difficultés, les juges ne remettant pas en cause la déclaration de nationalité produite au débat, la question de la filiation a elle été davantage discutée.

Il a été ainsi rappelé qu'en application de l'article 311-14 du Code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, et qu'en cas de double nationalité de la mère, la loi française n'est pas écartée au profit de la loi étrangère.

Par conséquent, la loi française du for est applicable dès lors qu'aucune des parties n'a invoqué devant la juridiction française la convention internationale applicable, en l'occurrence entre la France et l'Union des Comores, et que le défendeur a soutenu le débat sur le fondement du droit français. Ainsi dans notre

cas, le fait que la mère présumée ait été de nationalité comorienne au jour de la naissance de l'enfant n'est pas de nature à permettre l'application de la loi comorienne pour apprécier le lien de filiation de l'intéressé dès lors que celle-ci était également de nationalité française.

S'agissant ensuite de l'établissement de lien de filiation en lui-même, l'enjeu reposait essentiellement sur la validité de l'acte de naissance produit par l'appelant, document qui était en l'espèce un acte d'état civil étranger présentant *a priori* certaines incohérences liées à l'endroit d'apposition de la paraphe du magistrat désigné par l'article 9 de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961, ainsi qu'à l'inadéquation de la signature de la mère sur les différentes pièces d'état civil produites au débat.

En effet si d'une part, pour établir la filiation à l'égard de la mère, l'article 311-25 du Code civil dispose que cette dernière doit être désignée dans l'acte de naissance, d'autre part, la coutume internationale impose que les actes d'état civils produits par une autorité étrangères doivent être légalisés afin de pouvoir prendre effet en France.

En l'espèce l'acte de naissance ayant été authentifié par le conseiller chargé des affaires consulaires de l'Union des Comores, par délégation de l'ambassadeur des Comores en France, il a donc été valablement légalisé. Les juges ont en outre estimé que la présence de prétendues incohérences sur lesdits actes, susceptibles aux termes de l'article 47 du Code civil de faire entrave à leurs force probante, n'étaient que superflues et insuffisantes à établir l'irrégularité de l'acte ou son caractère erroné.

La Cour d'appel a par conséquent conclu au bienfondé de la revendication du requérant à la nationalité française par filiation, l'établissement de la filiation à l'égard d'un parent français ayant été caractérisé par un acte d'état civil valablement légalisé.



3. DROIT DES CONTRATS ET DES SURETES

3.4 La vente

Protection de l'acquéreur immobilier – droit de rétractation – nullité du compromis de vente – remise d'un chèque par l'acquéreur antérieurement à la signature du compromis – illicéité de la remise des fonds – non-respect des dispositions de l'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation.

CA Saint-Denis de La Réunion, 11 décembre 2020, RG n° 19/03112

Roberto Thiancourt, Doctorant en droit privé à l'université de la Réunion

Sanction de l'illicéité de la remise des fonds par l'acquéreur non professionnel sur le fondement de l'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation. Dans le but de protéger l'acquéreur immobilier, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation lui reconnaît, dès lors qu'il n'a pas la qualité de professionnel, une faculté discrétionnaire de rétractation en cas de conclusion de l'un des actes visés par le texte. Prolongeant la protection instaurée par cette disposition, l'article L. 271-2 du même code proscrit, sauf exceptions, les versements de sommes d'argent par l'acquéreur non professionnel avant l'expiration du délai de rétractation de dix jours. Il peut toutefois en aller autrement lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente. En effet, en pareille hypothèse, l'acquéreur est autorisé à remettre des fonds à un professionnel disposant d'une garantie financière de remboursement (V. égal. en jurisprudence, Cass. 3^e civ., 15 juin 2017, n° 16-13.530, NP). Les décisions traitant de la licéité du versement d'une somme d'argent par l'acquéreur au regard de l'article L. 271-2 demeurent relativement rares (V. cependant, CA Montpellier, 7 oct. 2003, RG n° 02/05090 : *Constr.-Urb.* févr. 2004, 33, obs. P. Cornille). En ce qu'il en fournit un exemple récent, l'arrêt rendu le 11 décembre 2020 par la Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion (RG n° 19/03112) suscite l'intérêt. En l'occurrence, antérieurement à la signature par les parties d'un compromis de vente ayant pour objet l'acquisition de deux immeubles à usage d'habitation avec terrain, un chèque de 10000 euros a été remis par l'acquéreur non professionnel au vendeur. La Cour d'appel de Saint-Denis a eu à répondre à la question de savoir si la seule remise de ce chèque par l'acquéreur avant la signature du contrat suffisait à caractériser l'existence d'un versement prohibé au sens textes susvisés du Code de la construction et de l'habitation. La juridiction d'appel répond par la positive en retenant que « *quelles que soient la date de son encaissement et la qualification attribuée au rapport fondamental causant ce titre, ce chèque constitue, en tout état de cause, un moyen de paiement et non une garantie comme il est soutenu puisque le débiteur doit en assurer la provision* » (CA Saint-Denis de La Réunion, 11 déc. 2020, préc.). La remise des fonds revêtait par conséquent un caractère

illicite dans la mesure où le vendeur n'avait pas la qualité de professionnel et qu'il ne bénéficiait d'aucune garantie financière assurant à l'acquéreur la restitution des sommes versées en cas de rétractation. La cour d'appel approuve par conséquent les premiers juges d'avoir prononcé la nullité du contrat. La solution adoptée n'est pas sans rappeler une décision de la Cour d'appel de Montpellier du 7 octobre 2003 dans laquelle un contrat de réservation avait été annulé en raison de la remise par le réservataire d'un chèque portant une date antérieure à celle de la signature du contrat (CA Montpellier, 7 oct. 2003, préc.). En définitive, le présent arrêt mérite approbation en ce qu'il garantit l'effectivité du droit de rétractation dont bénéficie l'acquéreur immobilier en s'assurant de sa gratuité.



3.5 Le bail

Abus de jouissance du preneur – résiliation du bail – injures, nuisances sonores et menaces.

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 30 octobre 2020, n°19/011961.

Isabelle privé à Boismery, doctorante en droit l'Université de la Réunion

Si le trouble à l'obligation de jouissance paisible est souvent invoqué à l'encontre du bailleur, le preneur est également tenu, en vertu des articles 1728 du Code civil et 7b de la loi du 6 juillet 1989, d'user de la chose raisonnablement et suivant la destination des lieux.

Dans cette affaire, un contrat de location à usage d'habitation reprenait ces dispositions et stipulait, de plus, que le preneur était tenu d'une obligation « *d'user paisiblement de la chose louée suivant la destination qui lui a été donnée par le contrat de location, ne pas troubler le repos de ses voisins notamment par des activités ou distractions bruyantes* ». Or, la SIDR, bailleur en l'espèce, estimait qu'un de ses locataires avait manqué de façon répétée à son obligation de jouissance paisible du logement au regard de son comportement agressif et bruyant à l'égard des autres locataires (bruits intempestifs de jour comme de nuit, soirées festives et particulièrement bruyantes de manière prolongée et répétée, échanges virulents marqués de vulgarités avec les nombreuses personnes qu'il recevait tous les jours, odeurs de zamal, causant aux plaignants des désagréments mentaux et physiques, menaces de mort à l'encontre d'un voisin lui ayant demandé de faire cesser le bruit).

Ces troubles, constitutifs d'un abus de jouissance, sont généralement sanctionnés par la jurisprudence (v. notamment, pour le tapage nocturne Cass.soc., 8 juin 1956, *Bull.civ.* 1956, IV, n°352 et les violences envers des personnes, Cass.civ.3ème., 9 juillet 2014, n°13-14.802, *RDC* 2015, p.56, obs. J-B. Seube ; *D.* 2015, p. 1178, obs. N. Damas). De plus, le bailleur a tout intérêt à faire respecter ces obligations dans la mesure où il pourrait voir sa responsabilité appelée par des tiers du fait des agissements du locataire (art. 6-b de la loi du 6 juillet 1989 ; Archer F. « La responsabilité civile du propriétaire bailleur pour trouble du voisinage causé par son locataire », *Defrénois* 2001, p.607 ; *D.* 2008, p.1300, obs. N. Damas.) Il faut également noter que la jurisprudence ne cesse de restreindre la notion de tiers. Ainsi, ne sont pas considérés comme tiers les locataires d'un même bailleur (Cass.civ., 3ème., 16 novembre 1994, n°93-11.184, *RDI* 1995, p.386, obs. F. Collart-Dutilleul ; Cass.civ.3ème, 20 avril 2005, n°03-18.390, *AJDI* 2005, obs. Y. Rouquet ; *JCP. N.* 2005, p.1400, note A. Djigo) voire les clients de ces locataires (Cass. civ.3ème., 22 octobre 2003, *D.* 2004, Somm. p. 837, obs. N. Damas et *Jur.* p. 2078, note C. Boulogne-Yang-Ting ; *AJDI* 2004, p. 195, obs. L. Ascensi).

En l'espèce et compte tenu de la persistance et de la gravité des nuisances, la Cour d'appel de Saint-Denis a logiquement ordonné la résiliation du bail sur le fondement de l'article 1729 du Code civil (v. également sur le pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier si la faute reprochée au preneur est suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire du bail, Cass.civ.3ème., 10 novembre 2006, n°08-21.874).



4. RESPONSABILITE CIVILE ET ASSURANCES

4.4 La responsabilité du fait des choses

Glissade – magasin – obligation de sécurité – responsabilité du fait des choses

Cour d’appel de Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2020, n°19/03157

Marie Leveneur-Azémar, Agrégée des facultés de droit, Professeur de droit privé à l’Université de la Réunion

Glissade dans un magasin par temps humide : la responsabilité de l’exploitant peut-elle être engagée ?

La cliente d’un supermarché qui soutient avoir glissé sur une flaque d’eau à l’entrée du magasin décide d’agir en responsabilité contre l’enseigne. Faute de preuve de la présence d’une flaque, son action sera vouée à l’échec. Cet arrêt permet de rappeler les règles relatives à la responsabilité du fait des choses, ainsi que la charge de la preuve.

En milieu d’après-midi, une cliente se rend au magasin Leclerc de Saint Denis et, selon ses dires, glisse sur une flaque d’eau en sortant de l’ascenseur. Sa chute lui cause une fracture du poignet.

Elle agit alors en responsabilité contre le magasin sur deux fondements : la responsabilité du fait des choses régie par l’article 1242 al. 1er du code civil, et le manquement à l’obligation de sécurité imposée par l’ancien article L. 221-1 du code de la consommation.

Déboutée en première instance, elle interjette appel devant la Cour d’appel de Saint Denis. Elle invoque ainsi l’obligation de sécurité dont le magasin serait débiteur ; l’anormalité de la flaque d’eau, qui permettrait d’engager la responsabilité du gardien, et enfin argumente, au sujet de ladite flaque d’eau, qu’elle aurait été formée en raison des fortes précipitations de ce jour, qui auraient eu pour effet de rendre le sol glissant, par les allées et venues de nombreux clients porteurs de parapluies et chaussures mouillées.

La Cour d’appel devait donc se poser deux questions : sur quel fondement une cliente ayant chu peut-elle agir ? Comment mettre en œuvre cette responsabilité ?

Les juges d’appel confirment le jugement de première instance et déboute la victime. Pour ce faire, ils commencent par déterminer le fondement applicable, avant de mettre en œuvre le texte choisi.

I. Identification du fondement applicable

La victime avait invoqué deux dispositions distinctes. La première porte sur l'obligation de sécurité à la charge des professionnels, issue de l'article L. 221-1 du code de la consommation, devenu l'article L. 421-3. Cette disposition prévoit que « *les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* ».

Or, dans un arrêt de 2017 (Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-19.109), rendu à l'occasion d'une espèce très similaire (chute d'un client dans un supermarché), la Cour de cassation avait affirmé, sur le fondement de ce texte, « *qu'une entreprise de distribution est débitrice à l'égard de la clientèle d'une obligation générale de sécurité de résultat* ». Concrètement, cette solution signifiait que la simple preuve du dommage corporel subi dans l'enceinte du magasin permettait d'engager la responsabilité de l'exploitant.

Critiquée par certains commentateurs (V. not. P. Stoffel-Munck, C. Bloch et M. Bacache, *JCP G* 2018, doctr. 262, n° 8), cette décision a été abandonnée dans un arrêt du mois de septembre dernier (1^{re} civ., 19 sept. 2020, n° 19-11.882). La Cour de cassation y affirme que ce texte « *ne soumet pas l'exploitant d'un tel magasin à une obligation de sécurité de résultat à l'égard de la clientèle, contrairement à ce qui a été jugé (1^{re} Civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-19.109)* ».

Reprenant la solution à son compte, la CA de Saint Denis écarte l'application de ce texte consumériste dans l'affaire commentée.

Reste alors le second fondement, l'article 1242 al. 1^{er} du code civil. Pour savoir si le client doit invoquer la responsabilité délictuelle ou contractuelle, la Cour de cassation distingue selon que le lieu est librement accessible ou au contraire l'entrée est réservée à sa clientèle (restaurant, parking, etc. cf. p. Stoffel-Munck, C. Bloch, M. Bacache, *JCP G* 2020, 46, doctr. 1268, n° 5).

En l'espèce, les juges relèvent que dans ce magasin, l'entrée était libre. La responsabilité en cause est donc bien la responsabilité extracontractuelle, et plus particulièrement la responsabilité du fait des choses. La Cour d'appel affirme ainsi clairement que « *la responsabilité de l'exploitant d'un magasin dont l'entrée est libre ne peut être engagée, à l'égard de la victime d'une chute survenue dans ce magasin, que sur le fondement de [l'article 1242 al. 1^{er} du Code civil]* ». Une fois cette première question éclaircie, la Cour d'appel met en œuvre le régime de la responsabilité du fait des choses.

II. Mise en œuvre de la responsabilité du fait des choses

La Cour d'appel reprend les conditions qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'entreprise soit engagée. Dans la mesure où la chute semble avoir été causée par une chose inerte – le sol mouillé –, la victime doit prouver que cette chose était « *placée dans une position anormale* », ou « *en mauvais état* ». Très classique, cette condition alternative permettra d'établir que la chose a eu un rôle actif, qu'elle a été l'instrument du dommage.

En outre, comme le précisent les juges du second degré, c'est sur la victime que repose la charge de la preuve du caractère anormal ou en mauvais état de la chose inerte. Or, dans cette affaire, les preuves apportées par la cliente pour établir la présence d'une flaque d'eau sont bien maigres : un bulletin météorologique, faisant état d'averses modérées près de 2h avant la prise en charge de la victime, établie par une attestation des secours. A défaut de preuve de la présence d'une flaque d'eau, aucune responsabilité ne peut être retenue contre l'entreprise.

Si, en revanche, la victime avait pu établir, par tous moyens, que le sol était effectivement mouillé au moment de la chute, elle aurait très probablement eu gain de cause. En effet, les arrêts de glissade en magasin sont légions (sur une feuille de salade, un tapis anti-dérapant, un panneau publicitaire,...) et les juges admettent volontiers l'engagement de la responsabilité de l'exploitant dès lors que la preuve du rôle actif de la chose inerte est apportée. La présence d'une flaque d'eau à l'entrée d'un magasin constituerait assurément la preuve du mauvais état du sol (v. par ex., pour un carrelage mouillé : 2e civ., 7 avr. 2005, n° 04-12.218).

À défaut d'obligation de sécurité de résultat à la charge du magasin, la seule preuve du dommage corporel est insuffisante à engager la responsabilité de l'entreprise en cas de chute dans un supermarché. La victime doit également apporter la preuve du rôle actif de la chose inerte à l'origine du dérapage incontrôlé. Sans quoi, c'est une seconde chute qui l'attend, dans les prétoires.



4.7 Les accidents de la circulation

Responsabilité civile - Accidents de la circulation - Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 - Faute de la victime - Preuve - Lien de causalité

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 25 septembre 2020, n° 19/00494.

Sacha Rizzo, Doctorant en droit privé à l'université de la Réunion

Un accident de la circulation impliquant une voiture conduite par Madame A. et une moto conduite par Monsieur G. se produit. Celui-ci est blessé aux membres inférieurs. L'assureur de Madame A., considérant que Monsieur G. a commis des fautes ayant contribué à la survenance de l'accident et de son propre préjudice, entend limiter son droit à indemnisation à hauteur de 50%, en application de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985. Monsieur G. saisit le tribunal de grande instance de Saint-Denis pour contester cette décision. Dans un jugement en date du 27 février 2019, il est débouté de l'ensemble de ses demandes. Il interjette appel et avance, d'une part, que « *l'excès de vitesse retenu par le premier juge n'est pas établi et ne ressort que des déclarations de Madame A.* », d'autre part, que s'il ne portait effectivement pas de casque au moment de l'accident, cela « *n'a joué aucun rôle dans la survenue de l'accident et dans le dommage dont il sollicite réparation* ». Il réfute ainsi l'idée selon laquelle il aurait « *commis [une] faute ayant eu un rôle causal dans la survenue de l'accident ou ayant contribué à la réalisation du dommage* ». Dans un arrêt du 25 septembre 2020, la cour d'appel de Saint-Denis, infirmant le jugement de première instance, considère qu'il ne peut être retenu aucune faute en lien causal avec le préjudice subi par la victime et que, par conséquent, son indemnisation doit être intégrale. Elle nous donne par là-même l'occasion de faire de précieux rappels sur la mise en œuvre de l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, dite loi Badinter.

D'abord, sur la faute du conducteur victime. La première faute soulevée à l'encontre de Monsieur G. serait une vitesse excessive ayant conduit à l'accident. S'il a déjà été considéré qu'un tel comportement de la victime pouvait être susceptible d'influer sur son droit à indemnisation (Cass. civ. 2, 6 nov. 1994, n° 93-10.156), encore faut-il être en mesure de le prouver (Cass. civ. 2, 9 déc. 1992, n° 91-11.409). Or comme le constate la cour d'appel de Saint-Denis, les éléments sont ici « *insuffisants à établir la vitesse excessive du véhicule conduit par Monsieur G.* ».

Ensuite, sur le lien de causalité. La seconde faute reprochée à Monsieur G. est son défaut de port du casque au moment de l'accident. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que cet « oubli » du conducteur victime peut constituer une faute susceptible d'avoir des conséquences sur son droit à

indemnisation (Cass. civ. 2, 16 oct. 1991, n° 89-14.865 ; Cass. civ. 2, 4 juin 1997, n° 95-18.863 ; Cass. crim., 24 févr. 2015, n° 14-82.350). Mais la question s'était surtout concentrée sur le fait de savoir si la faute de la victime doit être en lien causal avec la survenance de l'accident ou avec le dommage subi pour que puisse être mis en œuvre l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985. La réponse a été apportée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 16 octobre 1991 précité. Dans cette affaire, la cour d'appel avait refusé de limiter l'indemnisation du conducteur victime, souffrant de séquelles d'un traumatisme crânien, en considérant que « *la loi du 5 juillet 1985 s'attache à la cause de l'accident et non à celle du dommage* » et que l'absence de port de casque n'avait eu « *aucune incidence sur sa chute* ». Les juges de cassation avaient sèchement cassé l'arrêt de la cour d'appel en considérant qu'elle avait « *violé le texte susvisé* ». Il semblait falloir en déduire la nécessité de caractériser un lien de causalité entre la faute du conducteur victime et son dommage pour réduire ou exclure son droit à indemnisation. Cette position a depuis été confirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 6 avr. 2007, n° 05-15.950 et n° 05-81.350) et est souvent rappelée (Cass. civ. 2, 25 févr. 2010, n° 09-65.829 ; Cass. civ. 2, 22 nov. 2012, n° 11-25.489). Il nous semble donc superflu que la cour d'appel de Saint-Denis ait cru bon de préciser que « *l'absence du port du casque ne permet pas d'établir un lien de causalité avec la survenance de la collision* ». En revanche, en constatant que Monsieur G. ne souffre pas « *des conséquences du traumatisme crânien sans perte de connaissance subi mais d'une fracture diaphysaire des deux fémurs* » pour conclure à l'absence de lien de causalité et à son indemnisation intégrale, elle a fait une correcte application de la jurisprudence de la Cour de cassation. La présence du casque n'aurait en effet pu empêcher les dommages subis aux membres inférieurs.

Ce choix d'axer le lien de causalité sur le préjudice subi lui-même et non sur l'accident à l'origine du préjudice pose néanmoins question. Il n'est pas imposé par l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 qui se contente de parler d'une « *faute commise* » par la victime sans faire référence à un quelconque lien de causalité et peut s'avérer lourd de conséquences pour celle-ci. Il donne en effet la possibilité au défendeur de faire valoir une faute du conducteur victime totalement étrangère à la survenance de l'accident pour limiter ou exclure son droit à indemnisation. L'exemple en présence aurait pu être topique : si Monsieur G. avait été blessé à la tête, son indemnisation aurait été réduite. N'aurait-il pas dès lors été excessivement sévère de lui faire subir les conséquences d'une faute sans lien avec l'accident ? La loi du 5 juillet 1985 ne s'intitule-t-elle pas « *loi [...] tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation [...]* » ?



4.10 Indemnisation des victimes d'infractions

Indemnisation des victimes d'infractions – Commission d'indemnisation des victimes d'infractions – Faute de la victime – Réduction du droit à indemnisation

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 11 décembre 2020, n° 15/01441.

Sacha Rizzo, Doctorant en droit privé à l'université de la Réunion

Il ne faut pas « se faire justice soi-même » ; Monsieur C. s'en souviendra à ses dépens. Les faits de cette affaire s'inscrivent sur fond de différends récurrents entre deux familles. Cette fois-là, Monsieur M. jette le contenu d'un seau d'eau sur Monsieur C., assis dans sa voiture. Une fois son méfait accompli, il tente de se réfugier chez lui mais se voit rattrapé par l'arrosé qui veut « en découdre ». Empêché de rentrer chez lui, l'arroseur lui assène des coups de seau. Il s'ensuit une bagarre au cours de laquelle, même « *si les violences [sont] manifestement réciproques* », Monsieur M. a « *finalement [...] le dessus* ». Arguant avoir été victime d'une agression et faisant état de nombreux préjudices, Monsieur C. saisit la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) de Saint-Denis sur le fondement de l'article 706-3 du code de procédure pénale. La CIVI rejette sa demande, considérant que « *les faits allégués ne permettaient pas de caractériser l'existence d'une infraction* ». Monsieur C. interjette appel. Après avoir considéré, dans un arrêt avant-dire-droit, que les faits litigieux sont bien constitutifs d'une infraction, la cour d'appel de Saint-Denis, dans un arrêt du 11 décembre 2020, estime néanmoins que Monsieur C. a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son dommage et décide de réduire son droit à indemnisation de 50%.

D'abord, sur la question de savoir s'il existe une infraction pouvant justifier la saisie de la CIVI, nous ne pouvons que souscrire à l'arrêt avant-dire-droit de la cour d'appel. En effet, il semble difficilement contestable que les violences (notamment les coups de seau) perpétrées lors de la bagarre et à l'origine du dommage doivent être considérées comme présentant le « *caractère matériel d'une infraction* » (sur les infractions relatives aux violences, v. articles 222-7 et suivants du code pénal), condition posée par l'article 706-3 du code de procédure pénale. S'agissant de la faute de la victime, ensuite, tant l'article précité (en son dernier alinéa) que la Cour de cassation (v. entre autres : Cass. civ. 2, 18 juin 1997, n° 95-19.618 ; Cass. civ. 2, 4 juill. 2002, n° 01-03.420) reconnaissent la possibilité pour le juge d'en apprécier souverainement l'existence et l'influence sur le dommage pour fixer son droit à indemnisation (pour approfondir la question v. A. SCHNEIDER, « La faute de la victime devant la CIVI », *D.* 2003, 1185). Ici, la cour d'appel de Saint-Denis considère que Monsieur C., même s'il a été « *provoqué* » par Monsieur M., n'aurait pas dû « *se faire justice lui-même* » et

demeure « à l'origine de la bagarre ayant permis la réalisation de son dommage ». Sa solution est donc simple : bagarre déclenchée, indemnisation à moitié.



6. DROIT DES BIENS

6.5 L'indivision

Indivision – partage provoqué par le créancier personnel d'un coïndivisaire – nature – régime

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 29 décembre 2020, n° 19/01846

Laura Varaine, Docteur en droit, qualifiée aux fonctions de maître de conférences en droit privé

Aux termes d'un contrat en date du 22 septembre 2011, une maison d'habitation est donnée en location. Quelque temps plus tard, le preneur abandonne les lieux en laissant derrière lui une dette de près de 15 000 euros. Après lui avoir vainement adressé un commandement de payer, la propriétaire assigne celui-ci devant le Tribunal d'instance de Saint-Pierre aux fins de faire constater la résiliation du bail, autoriser la reprise des lieux et faire condamner le défendeur au paiement de la somme susvisée. Celui-ci ne comparait pas. Qu'à cela ne tienne : une ordonnance rendue par défaut, le 26 avril 2019, fait droit aux demandes de la bailleresse. Un huissier est chargé de signifier la décision au succombant, qui reste introuvable. Il dresse alors un procès-verbal de recherches infructueuses.

La bailleresse reste insatisfaite. Sachant néanmoins que son ancien locataire est titulaire d'une quote-part de la propriété d'une parcelle de terrain bâti, elle décide d'assigner les coïndivisaires devant le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre, sur le fondement de l'article 815-17 alinéa 3 du Code civil. Elle ambitionne après avoir provoqué le partage et la licitation du bien indivis, de recouvrer sa dette sur la portion du prix de vente devant revenir à son débiteur. Les juges de première instance lui donnant gain de cause, les coïndivisaires interjettent appel de la décision.

Ces derniers font valoir, pour leur défense, que l'action visée à l'article 815-17 alinéa 3 du Code civil est conditionnée par un titre exécutoire. Or, l'intimée

n'en a pas. Il est vrai que le procès intenté à son locataire a porté ses fruits. Une ordonnance a été rendue en sa faveur. Néanmoins, pour produire ses effets, elle aurait dû être signifiée à son adversaire. Cela n'avait pas été le cas. Après s'être rendu au dernier domicile connu de ce dernier et constaté qu'il n'y était pas, l'huissier chargé d'y procéder aurait dû se rendre sur son lieu de travail. En outre, il aurait dû lui adresser, dans les prévus à l'article 659 du Code de procédure civile, une lettre recommandée et une lettre simple. Or, la preuve de l'accomplissement de la dernière formalité n'a pas été rapportée. Faute d'avoir vraiment mené des recherches, l'huissier ne pouvait dresser un procès-verbal de recherches infructueuses. Il a, en agissant ainsi, privé le signifié de la possibilité de former opposition de l'ordonnance rendue en son absence, et lui a causé grief. Par suite, l'acte d'huissier doit être frappé de nullité, et l'ordonnance considérée comme non avenue.

Insensible à ces arguments, la Cour d'appel de Saint-Denis confirme l'ordonnance de première instance et déboute les appelants de leurs demandes. Elle relève, pour ce faire, que le procès-verbal de recherche infructueuses soumis à son analyse relatait un certain nombre de diligences opérées pour retrouver le domicile du signifié (enquête auprès du voisinage, auprès de la mairie du domicile, de la gendarmerie et de la poste, interrogation d'un annuaire électronique). En outre, la bailleresse et l'huissier auraient difficilement pu faire usage des coordonnées professionnelles du débiteur : les seules qu'ils avaient obtenues avaient trait à une entreprise qui n'était plus en activité. À l'inverse, l'ancien preneur ne démontrait pas qu'il avait porté des indications à jour à la connaissance de la bailleresse, alors qu'elles étaient difficilement accessibles.

Cette décision appelle d'importantes d'observations sur les conditions d'exercice de l'action en partage d'indivision prévue à l'article 815-17 du Code civil. Ladite disposition identifie trois types de créanciers : ceux dont la créance est antérieure à la naissance de l'indivision, ceux dont la créance est née pour les besoins de sa conservation ou de sa gestion et ceux qui détiennent une créance non pas sur la masse indivise, mais sur un indivisaire. Les deux premières catégories peuvent solliciter le paiement de ce qui leur est dû, voire procéder à des saisies sans qu'il soit nécessaire de procéder au partage de l'indivision. La dernière ne peut en dire autant. Le législateur la prive même de faire valoir des droits sur la quote-part indivise. Elle doit donc patienter jusqu'à un éventuel partage pour se faire payer sur le lot attribué à son débiteur. La loi lui offre la possibilité d'intervenir à la procédure, voire de la provoquer pour le compte d'un contractant négligent.

Cette faculté offerte à une personne de pallier une carence de son débiteur, d'exercer pour le compte de celui-ci des droits et actions à caractère patrimonial, de recouvrer ce qui lui est dû et donc faciliter, par la suite, son propre paiement n'est autre qu'une action oblique (Civ. 1re, 4 juin 2009, n° 08-13009 : Juris-Data

n° 2009-048588. – CA Paris, 16 octobre 1987 : *D.* 1988, p. 302, note A. Breton). Or, l'action oblique n'est pas une mesure d'exécution (W. Dross, *J.-Cl. Code Civil*, « Régime général des obligations – Actions overtes au créancier – Action oblique, Art. 1341-1 », Fasc. unique, 2020, n° 9.). Or, l'action oblique n'est pas une mesure d'exécution. La distinction est manifeste en ce qui concerne les créanciers personnels d'un coïndivisaire. Par-delà la lettre de l'article 815-17 du Code civil, le juge s'attache à son esprit pour prohiber non seulement les saisies, mais encore toute mesure conservatoire sur un bien ou une somme égale à la part d'un indivisaire (Civ. 1re, 15 juillet 1999, no 97-14361 : Bull. civ. I, no 243 ; *JCP G* 2000, I, 278, no 6, obs. R. Le Guidec). La distinction est manifeste en ce qui concerne les créanciers personnels d'un coïndivisaire. Par-delà la lettre de l'article 815-17 du Code civil, le juge s'attache à son esprit pour prohiber non seulement les saisies, mais encore toute mesure conservatoire sur un bien ou une somme égale à la part d'un indivisaire (Civ. 1re, 15 juillet 1999, no 97-14361 : Bull. civ. I, no 243 ; *JCP G* 2000, I, 278, no 6, obs. R. Le Guidec. – Civ. 3e, 23 octobre 2002, no 01-02137 : Bull. civ. III, no 210). Il n'admet rien qui permette de rendre un bien déterminé ou une quote-part indivise indisponible ou de conférer sur celle-ci un droit de préférence. A fortiori, il paralyserait toute initiative d'un créancier pour la réalisation de ses droits. Et pour cause : outre la crainte de faire cohabiter les indivisaires avec un étranger, il se peut que l'indivisaire soit débiteur envers l'indivision d'une somme supérieure à la valeur de sa part indivise et qu'en définitive, au terme du partage, aucun lot ne lui soit attribué. Il faut donc attendre que les comptes de l'indivision soient faits pour savoir, au terme de l'opération, si une mesure d'exécution forcée se justifie.

L'action oblique fait moins de difficultés car elle produit ses effets dans le patrimoine du débiteur intermédiaire. Elle tend simplement à la liquidation de l'indivision, de sorte que chaque partageant dispose de droits privatifs et individuels(v. cependant, Civ. 1re, 14 décembre 1983 : *Juris-Data* n° 1983-702725 ; Bull. civ. I, n° 300 ; *JCP N* 1984, prat. 9147 ; *Defrénois* 1986, art. 33652, p. 120, obs. A. Breton ; *D.* 1984, inf. rap. p. 478, obs. D. Martin ; *D.* 1984, p. 310, obs. A. Breton ; *RTD civ.* 1985, p. 191, note J. Patarin). Tels sont les seuls effets. À elle seule, elle n'a pas de conséquence particulière pour le créancier (P. Delnoy, « Pour une vision nouvelle de l'action oblique », *Ann. Fac. dr. Liège* 1969, 437, p. 447. – V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002-4, p. 1835, no 8. – I. Ta, *Le renouveau de l'action oblique*, thèse Paris I, 2018, n° 88 et s.), qui ne demande pas à être satisfait. Peu importe donc qu'il ait un titre exécutoire, que ledit titre soit contesté ou qu'il n'en ait tout simplement pas encore fait la demande, pourvu que sa créance soit certaine, liquide et exigible (Civ., 1er juin 1858 : *DP* 1858, 1, p. 236. – Req., 8 juillet 1901 : *DP* 1901, 1, p. 498 ; *S.* 1902, 1, p. 113, note Ch. Lyon-Caen. – CA Lyon, 2 décembre 1957 : *RTD civ.* 1958, p. 262, obs. H. et L. Mazeaud).

Au demeurant, par suite d'une action oblique, le créancier peut encore espérer que le débiteur se résolve amiablement à le payer. Ce n'est qu'en cas de refus qu'il lui faut un titre exécutoire pour recourir à des mesures d'exécution forcée. En l'espèce, quand bien même le sien n'aurait pas été valide, la bailleresse aurait eu tout le loisir de faire une nouvelle demande. En effet, lorsqu'un jugement par défaut « est non avenu pour n'avoir pas été signifié dans les six mois de sa date, la procédure peut être reprise après réitération de la citation primitive devant la juridiction compétente à la date de la réitération » (CPC, art. 478). Dans l'attente d'une décision, elle aurait pu prendre une mesure conservatoire sur le lot du débiteur.

En définitive, il paraissait difficile pour les coïndivisaires de faire obstacle à l'action en partage et licitation sauf en acquittant l'obligation du débiteur et à se faire rembourser par prélèvement sur les biens indivis (C. civ., art. 815-17 al. 3).



6.6 La mitoyenneté

Mitoyenneté – Preuve

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 20 novembre 2020, n° 17/01174

Laura Varaine, Docteur en droit, qualifiée aux fonctions de maître de conférences en droit privé

Selon un proverbe français, « une haie entre voisins préserve l'amitié » ... La présente affaire permet d'en douter.

Monsieur et Madame P. reprochent aux époux O.-L. d'avoir réalisé des travaux qui ont porté atteinte à la solidité du mur chevauchant leurs deux parcelles. Pour obtenir des preuves, ils les assignent devant le juge des référés du Tribunal de grande instance de Saint-Denis, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, aux fins de voir diligenter une expertise. Il est fait droit à leur demande.

Avant qu'ils ne puissent aller plus loin dans leurs démarches, leurs voisins les assignent au fond en réalisation des travaux de reprise du mur et en enlèvement d'une canalisation d'eau qui empiète sur leur terrain. Les époux P. réclament une contre-expertise puis demandent, à titre reconventionnel, la destruction d'une extension édifiée sans autorisation d'urbanisme ainsi que des dommages et

intérêts pour les troubles en résultant. Enfin, le couple sollicite la suppression des vues directes sur son terrain.

L'expertise lui est accordée par jugement avant dire droit. Elle donne lieu au dépôt d'un second rapport constatant divers dégâts et préconisant plusieurs travaux en vue d'y remédier.

Après avoir fait échec à une dernière demande d'expertise, le tribunal condamne les défendeurs, sous astreinte, à réparer le mur litigieux. Considérant qu'il a une fonction de soutènement, qu'il n'est donc pas mitoyen mais privatif, il les contraint, en tant que propriétaires exclusifs, à supporter seuls les frais y afférents. Enfin la juridiction les condamne au retrait de la canalisation d'eau et les déboute de leurs demandes reconventionnelles.

Ils contestent cette décision devant la Cour d'appel de Saint-Denis qui, le 12 juin 2015, confirme le jugement querellé, sauf en ce qu'il a mis à la charge des appelants les travaux de réfection du mur de soutènement, dès lors que celui-ci ne génère aucun trouble anormal de voisinage.

Un pourvoi est formé. Par un arrêt du 15 décembre 2016, la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en ce qu'il a constaté que le mur situé entre les fonds n'était pas mitoyen, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si, à l'origine, le mur n'avait pas été construit pour servir de clôture. L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel de Saint-Denis, autrement composée.

Les époux P. font valoir devant celle-ci que le mur litigieux a été construit avec l'accord avec leur ancien voisin, avant qu'il ne cède sa propriété aux époux O.-L. pour faire office de clôture. Ils admettent, par la suite, l'avoir rehaussé. Toutefois, la portion exhauscée a une fonction de soutènement sur une faible hauteur. Au-delà, elle empêche surtout les vues entre les deux fonds. En conséquence, l'ouvrage n'a pas changé de vocation. Il reste un mur de séparation, soumis en tant que tel à la présomption de mitoyenneté de l'article 653 du Code civil. Pour ces raisons, les juges du fond doivent imposer à chaque copropriétaire de prendre part à sa réparation. À l'inverse, les époux O.-L. font valoir que le mur a été construit et surélevé aux seuls frais des époux P. et que divers documents font état de son caractère privatif (relevé cadastral, plan de bornage).

La Cour d'appel décide quant à elle que la fonction du mur doit être appréciée au jour de sa construction. Au vu des rapports d'expertise et de plusieurs témoignages, son rôle premier était de séparer deux fonds. Il doit donc être présumé mitoyen jusqu'à preuve du contraire. Or, aucun des éléments avancés par les intimés ne permet de renverser la présomption de mitoyenneté. En effet, les relevés cadastraux ne sont pas des titres de propriété. En outre, le plan de bornage a été réalisé de manière non contradictoire. De surcroît, malgré son rehaussement

l'ouvrage demeure « à la lumière des constatations des experts judiciaires, un simple mur de clôture compte tenu de sa conception ». Enfin, l'origine du financement des travaux initiaux et de l'exhaussement n'affecte pas le caractère mitoyen de l'ouvrage. Fort de ces motifs, la juridiction de renvoi infirme le jugement de première instance.

La question se pose de savoir si la décision aurait mérité un second pourvoi. De prime abord, la réponse est négative car la Cour d'appel a tenu compte des critiques formulées par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation à l'encontre de son premier arrêt. Pourtant, le raisonnement des juges dionysiens paraît biaisé. Il s'appuie tout entier sur l'article 653 du Code civil qui présume mitoyen tout mur contigu à deux fonds bâtis. Or, le texte précité détermine le régime de la construction d'origine. En revanche, des textes spécifiques s'appliquent à l'exhaussement. En conséquence, les juges auraient dû se livrer à une application différenciée des deux corps de règles et conclure que les titulaires de la portion inférieure du mur n'étaient pas nécessairement propriétaires mitoyens de la partie supérieure. Corrélativement, la charge de l'entretien ou de la réparation du mur ne pouvait leur incomber.

Suivant cette analyse, la solution aurait dû être radicalement différente. C'est pourquoi il paraît important d'exposer les lacunes de la décision étudiée. D'abord, il convient de s'attarder, les règles qui fondent la mitoyenneté du mur d'origine (I). Ensuite, il faut s'intéresser à celles qui justifient la propriété exclusive de son exhaussement (II).

I. La propriété exclusive du mur d'origine

Selon l'article 653 du Code civil, sont présumés mitoyens les murs séparant deux immeubles. Selon une jurisprudence constante (Civ. 3e, 19 novembre 2015, n° 14-25528. – 25 septembre 2002, n° 01-10629. – CA Limoges, 8 avril 1992 : *JCP N* 1993, prat., p. 527), il faut de se placer à la date d'érection du mur situé en bordure apparente de propriétés adjacentes pour apprécier son caractère privatif ou mitoyen. Cela paraît judicieux. En effet, si l'ouvrage fait l'objet d'une propriété collective, sa destination ne peut être modifiée que d'un commun accord entre les voisins, à moins que l'un d'eux n'en ait acquis l'exclusivité par suite prescription (C. civ., art. 666) ou que l'autre ait volontairement abandonné son droit (C. civ., art. 656).

Ceci étant précisé, se pose la question de la preuve de la mitoyenneté du mur au jour de sa construction. L'article 656 du Code civil établit à cet égard une présomption simple. Dans l'absolu, le Code civil admet que celle-ci soit renversée au moyen d'indices factuels. Une tentative a été faite en ce sens dans le cas d'espèce. Les époux O.-L. ont fait valoir que le mur avait été érigé sur un seul des

deux fonds. Ils en voulaient pour preuve un procès-verbal de délimitation ainsi que des relevés cadastraux.

Les magistrats de la rue Juliette-Dodu relèvent toutefois que « *le caractère privatif du mur ne peut [...] se déduire de simples annotations figurant sur le relevé cadastral* », adoptant alors un point de vue similaire à celui de plusieurs cours d'appel (CA Poitiers, 7 août 1997 : Juris-Data n° 1997-056126. – 20 mars 2001, n° 9703085 : Juris-Data n° 2001-169985. – CA Metz, 30 juillet 2013, n° 11/01696 : Juris-Data n° 2013-019119). L'argument invoqué au soutien de cette position tient au fait qu'il s'agit d'un document fiscal établi par l'administration de manière unilatérale, sans que ne soit vérifiée l'existence d'un titre de propriété, l'essentiel étant d'identifier un redevable pour l'impôt foncier (rapp., dans le cadre d'une action en bornage, CA Reims, 13 décembre 2001, n° 00/01545 : Juris-Data n° 2001-182189). Cette explication, aussi pertinente qu'elle soit, ne doit pas empêcher les documents cadastraux d'être jugés probants lorsqu'ils font partie d'un faisceau d'indices concordants (v. par ex., Req. 14 avril 1904 : *DP* 1904, 1, p. 247. – 25 octobre 1911 : *DP* 1913, 1, p. 119. – Civ. 1re, 10 mars 1953 : *JCP G* 1953, II, 7842, note A. Weill. – C.E., 25 juillet 1975, Dame Bastid, Rec. Lebon 1975, p. 444). Toutefois, dans le cas d'espèce, il avait été invoqué en complément un bornage réalisé de manière non contradictoire. Nul ne pouvant se préconstituer une preuve à soi-même, la jurisprudence refuse à juste titre d'attacher à ce type de procès-verbal une valeur probatoire (Civ., 22 janvier 1900 : *S.* 1900, 1, p. 212. – 30 octobre 1945 : *S.* 1941-1945, Tables quinquennales, p. 101). La Cour d'appel de Saint-Denis a donc logiquement considéré que celui-ci devait être écarté. Il est compréhensible que les juges aient fait prévaloir la présomption de mitoyenneté sur les éléments factuels qui lui avaient été présentés.

Il reste alors à résoudre une dernière difficulté. En général, le fait que le coût de l'édifice ait été mis à la charge d'un seul voisin ne devrait pouvoir justifier, derechef, de sa propriété exclusive car il n'est pas exclu qu'il ait débordé sur les terres d'autrui. À ce sujet, il convient de rappeler certaines règles. L'empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté (Civ. 3e, 19 septembre 2007, no 06-16384 : *D.* 2007, AJ p. 2467 ; *Defrénois* 2008, p. 882, obs. C. Atias ; *JCP G* 2008, I, 127, no 6, obs. N. Périnet-Marquet ; *RDI* 2008, p. 204, obs. L. Tranchant ; *AJDI* 2008, p. 791, obs. S. Prigent ; *RLDC* 2008/50, n° 3041, obs. B. Parance). La construction litigieuse ne peut donc avoir qu'un propriétaire. Il serait tentant d'affirmer qu'il s'agit du titulaire du sol puisque « *la propriété du sol emporte [celle] du dessus et du dessous* » (C. civ., art. 552 al. 1). Ce dernier pourrait opérer un choix : exiger la destruction des constructions, plantations et ouvrages ou indemniser le tiers (C. civ., art. 555). Néanmoins, la Cour de cassation juge que ces dispositions sont inapplicables au mur de séparation chevauchant deux fonds (Civ. 3e, 8 mars 1972 : Bull. civ. III, n° 169). Au contraire, elle consacre un droit de superficie au bénéfice du voisin empiéteur (Civ. 3e, 9 juillet 1984 : Bull. civ. III, n° 136. – *D.* 1985, jurispr. p. 409, note H. Souleau ; *D.* 1985, IR p. 398,

obs. A. Robert ; *RTD civ.* 1985, p. 740, obs. C. Giverdon et P. Salvage-Gerest). Le maître du sol ne peut l'exproprier (C. civ., art. 545). Pour la défense de ses propres intérêts, ce dernier peut seulement exiger la destruction de l'ouvrage. Il se peut qu'il ait renoncé à cette action, mais il faut parvenir à le démontrer.

Or, dans le cas d'espèce, la Cour a jugé que la preuve de la construction de l'édifice litigieux sur un seul fonds n'était pas rapportée. Elle admet donc qu'il a été construit sur deux parcelles et partant de ce seul constat, elle conclut qu'il est en copropriété. Alors même qu'il a été érigé avec des matériaux appartenant aux époux P., elle ne s'interroge pas sur le fait de savoir s'il a obtenu l'accord du voisin. Pourtant, le cas échéant, le mur n'est pas mitoyen. Il appartient en totalité au constructeur. Il incombe à ce dernier de le réparer à ses frais exclusifs. Rien ne l'oblige à procéder à de telles réparations, sauf à caractériser un trouble de voisinage. En l'occurrence, la question avait été soulevée dans la décision déférée à la Cour de cassation. Il est fort dommage qu'elle ne l'ait plus été dans l'arrêt de renvoi. Il est fort à parier que la réponse aurait été négative (en ce sens, v. l'arrêt déféré à la Cour de cassation : CA Saint-Denis (Réunion), 12 Juin 2015, n° 13/02434).

En définitive, les époux P. sont propriétaires, sont libres de le réparer ou de le laisser tomber en ruine tant que cela n'importune pas les époux O.-L. Qu'en est-il de l'exhaussement ?

II. La propriété privative de l'exhaussement

Il n'y a pas lieu d'être plus sévère avec celui qui est seul titulaire d'un édifice qu'à l'égard de celui qui n'en possède qu'une portion. Or, aux termes de l'article 658 du Code civil, « [t]out copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement et les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune ; il doit en outre payer seul les frais d'entretien de la partie commune du mur dus à l'exhaussement et rembourser au propriétaire voisin toutes les dépenses rendues nécessaires à ce dernier par l'exhaussement ». L'article 660 dispose quant à lui que « le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a ». Une analyse d'ensemble amène à la conclusion que la mitoyenneté de l'exhaussement d'un mur mitoyen n'est pas présumée. Le voisin qui finance les travaux en devient l'unique propriétaire et assume seul les charges d'entretien et de réparation (M. Boudot, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Mitoyenneté – Régime juridique de la mitoyenneté » – E. Meiller, *J.-Cl. Construction – Urbanisme*, « Mitoyenneté – Droit d'exhausser le mur mitoyen », Fasc. 256-32, 2017, n° 33). Le mur n'est en copropriété que si sa construction est cofinancée, ce qui doit être rapporté.

La Cour d'appel de Saint-Denis juge pourtant que « *le financement des travaux du mur initial et de son exhaussement n'affecte pas le caractère mitoyen de l'ouvrage* ». Elle préfère s'intéresser à la fonction du bien. Or, elle constate que l'exhaussement a pour effet d'empêcher les vues entre deux parcelles attenantes, et qu'il présente, par sa conception, les caractéristiques d'un mur séparatif. Puisqu'il fait, selon elle, office de clôture et reste utile aux deux fonds elle juge qu'il fait l'objet d'une propriété collective et qu'il doit être repris à frais communs. Bien que la motivation paraisse louable, l'argument est, pour les raisons ci-avant exposées, inopérant.

Une fois précisées les règles permettant d'identifier le propriétaire de l'exhaussement, il faut les mettre en application. Dans la présente affaire, les époux O.-L. n'ont pas pris part aux dépenses afférentes à son élévation. Cela n'est discuté ni par les parties, ni par la Cour d'appel. Le bien appartient donc aux époux P. qui sont libres d'en jouir à leur guise, sauf à troubler le voisinage. Cela n'ayant pas été établi, ils n'auraient donc dû être condamnés à aucune réparation.

En définitive, il n'est pas certain que Monsieur et Madame P., dépossédés de la moitié de leur bien, trouvent quelque chose à redire de la décision qui, au fond, leur donne raison. Quoiqu'il en soit, l'arrêt n'est juridiquement pas plus convaincant que celui qui a donné lieu à cassation.



6.7 Droit d'usage et d'habitation

Droit d'usage et habitation – Usufruit – Abus de jouissance

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 30 octobre 2020, n° 18/01873

Laura VARAINE, docteur en droit, qualifiée aux fonctions de maître de conférences en droit privé

« Familles, je vous hais ! » (A. Gide, *Les nourritures terrestres*, 1897). La formule, empruntée à un célèbre auteur, témoigne que la famille n'est pas toujours le havre de paix que l'on croit. Il n'est pas rare notamment, par suite du décès d'un ascendant, que des querelles éclatent entre ses héritiers. Certains tentent de prévenir le mal en préparant leur succession. Cependant, l'opération n'a pas toujours le succès escompté. La présente affaire en est un bon exemple.

En 2000, la titulaire d'une parcelle de terrain construite décide de donner l'usufruit de celui-ci à ses enfants et d'en attribuer la nue-propriété à deux de ses

petits-fils. Néanmoins, elle se réserve le droit d'en user et de l'habiter jusqu'à sa mort et, en 2011, elle autorise un troisième petit-enfant à s'y installer pour exploiter une entreprise de carrosserie. Ce dernier réalise alors des travaux pour adapter l'habitation qui se trouve sur le terrain à son activité. Au décès de la donatrice, l'un des nus-proprétaires saisit le juge des référés du Tribunal de grande instance de Saint-Pierre pour lui demander de nommer un expert, avec pour mission de déterminer les conditions d'occupation et d'usage des lieux, d'examiner les transformations effectuées et de donner un avis sur l'état d'entretien et de conservation des lieux. Il est fait droit à cette demande. Connaissance prise du rapport d'expertise, le même nu-proprétaire décide d'assigner son cousin entrepreneur, les usufruitiers ainsi que son coïndivisaire devant le tribunal de grande instance précité à diverses fins. D'abord, il sollicite l'annulation du titre d'occupation consenti à son cousin pour l'exercice de sa profession. Ensuite, sur le fondement de l'article 618 alinéa 3 du Code civil, il demande à la juridiction de sanctionner les usufruitiers, qui ont permis à un tiers d'opérer des travaux, de transformer un immeuble à usage d'habitation en local professionnel et d'altérer la substance du bien grevé, par l'extinction de leur droit. Corrélativement à cette déchéance, il réclame leur expulsion.

Par jugement en date du 5 octobre 2018, il obtient gain de cause. Les succombants relèvent tous appel de cette décision. Premièrement, ils soutiennent que le cousin entrepreneur a occupé le bien en vertu d'un commodat, ledit titre de jouissance ayant été accordé par sa grand-mère, laquelle était titulaire d'un droit d'usage et d'habitation. Deuxièmement, ils font valoir que les travaux réalisés constituent moins des dégradations que des améliorations. Troisièmement, ils soulignent que l'intimé partage la nue-proprété du bien avec l'un d'eux. Ce dernier, peut, en cette qualité, autoriser les usufruitiers à rester dans les lieux.

La Cour d'appel de Saint-Denis juge que la donatrice, ayant simplement conservé un droit d'usage à caractère strictement personnel, ne pouvait consentir sur le terrain un prêt à usage. L'acte doit donc être annulé. En revanche, elle décide que les faits ne sont pas suffisamment graves pour caractériser un abus des usufruitiers dans la jouissance de leur droit et justifier son extinction puisque le commodataire a quitté les lieux, à leur demande, en 2017 et qu'à la suite de son départ, des travaux ont été entrepris pour restituer au bien sa destination initiale. Certes, tout n'a pas été remis en état. Cependant, pour les magistrats, les équipements conservés ont facilité l'accès à la parcelle et augmenté sa surface habitable. Il ne s'agit donc pas de transformations, mais d'améliorations. Il s'en suit qu'elles peuvent être faites et maintenues sans l'accord du nu-proprétaire.

La solution donne l'occasion de revenir sur la délicate question de l'articulation des prérogatives des titulaires de droits réels démembreés ayant un même bien pour assiette, chacun d'eux ne détenant qu'un attribut de la propriété. Dans un cas de figure relativement simple, l'un détient l'usufruit ; l'autre ne reçoit

que la nue-propiété, ce qui lui fait perdre l'emprise de la chose. À cela s'ajoute parfois un droit d'usage et d'habitation. À l'instar de l'usufruit, il confère à son titulaire l'usus et le fructus, soit le droit de profiter des utilités de la chose. Bien qu'en théorie leur étendue diffère, les règles de répartition sont loin d'être évidentes. Des conflits entre eux sont donc à craindre, à moins que l'un d'eux ne tolère un empiétement sur ses droits. Cependant, cela peut difficilement être tolérée. Chacun doit garder à l'esprit qu'il doit veiller à satisfaire « un intérêt au moins partiellement distinct du sien » (E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. Droit civil, p. 21, n° 20), à savoir celui du nu-propiétaire.

Le cas d'espèce en est la parfaite illustration, les usufruitiers se voyant reprocher le fait d'avoir implicitement autorisé l'usager-habituaire à mettre la chose à la disposition d'un tiers et d'avoir par conséquent commis un abus de jouissance. Encore fallait-il, pour fonder de tels griefs à leur égard, s'assurer que leur accord était bien nécessaire.

La Cour d'appel n'a pas manqué de le faire. Néanmoins les motifs retenus au terme du raisonnement semblent quelque peu surannés et/ou incomplets. D'abord, il convient de relever que l'usager-habituaire a autorisé un descendant à exploiter l'immeuble objet de son droit à des fins professionnelles. Or, les juges donnent peu de précisions concernant les effets de ce lien de parenté sur la qualification et la validité de l'opération. Ensuite, en appréciant l'existence et la gravité de la faute de l'usufruitier, la décision occulte les conséquences de la réaction tardive du nu-propiétaire.

Malgré ces difficultés, le dispositif de la décision mérite l'approbation. Il paraît intéressant de mettre en évidence ce décalage. Dans cette optique des développements spécifiques seront consacrés, d'abord, à l'abus du d'usage et d'habitation (I), puis à l'abus d'usufruit (II).

I. L'abus du droit d'usage et d'habitation

Le droit d'usage est un diminutif de l'usufruit. Il s'agit d'un droit réel démembrement qui confère à son titulaire le droit de jouir de la chose ou, autrement dit, d'en user et d'en percevoir les fruits. Il a cependant la particularité d'être strictement personnel. Il ne peut être cédé (C. civ., art. 631 et 634), ni même être transféré temporairement à autrui. Il se restreint à ce qui est nécessaire pour couvrir ses besoins et ceux de sa famille (C. civ., art. 630 et 633).

Se pose alors la question de savoir ce que recouvre la notion de famille. Or, sur ce point, la jurisprudence paraît relativement souple. Initialement, le critère déterminant semblait être celui de l'autorité [D. Dalloz et A. Dalloz (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de*

jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public : jurisprudence générale. Tome 42, Partie 2, 1845-1870, v° « Usage – Usage Forestier »]. Ainsi, la famille au sens des articles 625 et suivants du Code civil englobait « *les domestiques et précepteurs* » [G. Griolet et C. Vergé (dir.), *Petit dictionnaire de droit*, Dalloz, 1909, v° « Usage-Habitation »], les enfants adoptifs ou biologiques, issus du mariage ou naturels (contra, J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, T. 5, V. Lagier, 1836, p. 231, n° 2776), si tant est qu'un lien de filiation juridique fût établi (G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité de droit civil, Les biens*, Sirey, 1905, n° 782) et pourvu qu'ils ne fussent pas mariés (CA Douai, 8e ch., 24 février 1983 : Juris-Data n° 1983-042029). À défaut, c'était au conjoint qu'il incombait de leur porter secours. En outre, l'usager-habituaire ne pouvait héberger ses ascendants. Une justification fut avancée selon laquelle il « *ne pourrait pas dire : ils sont ma famille, parce qu'il n'en est pas le chef* » (J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, *op. cit.*, p. 231, n° 2776). Il faut, pour comprendre cela, garder à l'esprit qu'en réaction aux idéaux révolutionnaires, le Code civil de 1804 a fait la part belle à la puissance paternelle et que l'employeur était, à la même époque, une figure paternaliste.

Par la suite, des auteurs ont néanmoins relevé que l'usager-habituaire devait venir en aide à ses ascendants et descendants en ligne directe lorsque, du fait de leur handicap, ou de leur âge, ils ne pouvaient subvenir seuls à leurs besoins [D. Dalloz et A. Dalloz (dir.), *op. cit.*, v° « Usage – Usage Forestier »]. L'idée ne paraissait pas saugrenue. Elle est corroborée par la consécration légale, en 1972, d'une obligation d'aliments entre ascendants (L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 – C. civ., art 205 et 207). Peut-être mériterait-elle d'être étendue, pour cette même raison, aux collatéraux (L. 9 août 1919. – C. civ., art. 205 et 207). Certains ont pu rétorquer que l'obligation alimentaire était personnelle à l'usager-habituaire et que, ce faisant, il « [devait] *la remplir avec ses propres moyens* » et qu'elle n'avait « *rien de commun avec celle qui pèse sur le propriétaire du fonds grevé du droit d'usage* » (G. Baudry-Lacantinerie et E. Chauveau, *Traité de droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 782). Les jurisconsultes romains l'avaient pourtant admis en leur temps [N.-M. Lesenne, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitude), suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Cosse et Marchal, 1858, p. 195, n° 388]. En outre, le fait pour l'usager-habituaire d'héberger ces personnes n'est qu'un moyen parmi d'autres, pour lui, de s'acquitter de ses devoirs à l'égard de ses créanciers d'aliments. À cet effet, il n'a guère besoin de céder son droit réel [rapp. Genty, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le droit romain*, A. Durand, 1854, p. 415) : « *la jouissance de la famille est seulement un accessoire du droit conféré à la personne [...] si la famille sort de l'habitation, le droit n'en continue pas moins, tandis qu'elle ne peut en user sans le concours simultané de*

l'habitaire ». – Les notaires et juristes rédacteurs du Journal des notaires et des avocats, Dictionnaire du notariat, T. 6, 4e éd., Administration du journal des notaires et des avocats, 1856-1857, v° « Habitation (droit d') »] et n'excède donc pas ses prérogatives pour empiéter sur celle du propriétaire ou de l'usufruitier même si, pour satisfaire aux besoins de sa famille, il use de l'intégralité de la chose et de ses fruits (C. civ., art. 635). C'est d'ailleurs en ce sens que semble aller la jurisprudence moderne (Civ. 3e, 7 décembre 2005, n° 04-15218 : Juris-Data n° 2005-031169 ; JCP N 2006, act. 150).

Plus généralement, il convient de prendre acte de l'évolution vers une conception plus égalitariste de la famille et de la diversification croissante des structures familiales (concernant cette diversification, v. J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Famille », n° 3). Pour produire un effet utile, le droit d'usage et d'habitation doit tenir compte des spécificités de chacune d'elles et tenir compte non seulement la communauté entre personnes présentant un lien de parenté ou d'alliance, mais aussi celle résultant d'une union de fait ou d'un pacte civil de solidarité ou, pour le dire autrement, d'une conjugalité (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31 ; *JT* 1979. 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, p. 317, obs. R. Pelloux ; *JDI* 1982, p. 183, obs. P. Rolland). L'essentiel n'est-il pas de caractériser l'*affectio familiae* ?

Enfin, le droit d'usage et d'habitation ne peut échapper au mouvement de fondamentalisation du droit des biens. Cette conception paraît, au demeurant, être la seule propice à garantir le droit au respect de la vie privée et familiale (CEDH, art. 8§1. – Rapp., concernant l'inconventionnalité des clauses d'occupation personnelle dans les baux d'habitation, lesdites clauses ne pouvant avoir pour effet d'empêcher le preneur d'héberger ses proches, v. Civ. 3e, 6 mars 1996 : *AJPI* 1996, p. 704, obs. J.-P. Blatte ; *JCP G* 1996, IV, 973). Bien que celui-ci ne soit pas absolu, encore faut-il, pour pouvoir le restreindre, satisfaire à un but légitime, telle la sauvegarde du droit de propriété, et lui apporter des limitations proportionnées à l'objectif poursuivi. Or, il est permis de se demander si une acception trop restrictive de la notion de famille n'aboutirait pas, dans certains cas, à priver le droit à la vie privée et familiale de l'usager ou de l'habitaire de sa substance.

L'application de ces principes au cas d'espèce aurait au moins dû conduire à rechercher si la donatrice était débitrice d'aliments à l'égard de son petit-fils entrepreneur ou encore à se demander s'il s'agissait d'un membre de sa famille au sens de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme. La réponse aurait sans doute été affirmative. Elle pouvait, motif pris de cette qualité, l'héberger. Il convient, sur ce point, d'apporter une précision : héberger n'est pas prêter ! En effet, contrairement, à l'hébergement, le prêt suppose la mise à disposition d'un bien à titre exclusif. Le prêteur transfère l'entière jouissance du bien à l'emprunteur. Aussi, contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel de

Saint-Denis de la Réunion, cette qualification ne pouvait être retenue dans le cas d'espèce. Ce n'est pas sous l'angle de la nullité que le litige devait être appréhendé.

Toujours est-il que le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation doit respecter la destination du bien grevé. Or, en l'occurrence, il s'agissait d'une maison sous tôle à usage d'habitation. L'usager-habituaire aurait donc dû se limiter à offrir aux membres de sa famille un cadre de vie, et ne pouvait permettre à l'un d'eux d'y exercer une activité professionnelle (CA Besançon, 30 octobre 1956 : *Gaz. Pal.* 1956, 2, p. 425 ; *RTD civ.* 1957, p. 510, chron. H. Solus). Son manquement est caractérisé.

II. L'abus d'usufruit

Quid de celui des usufruitiers ? Théoriquement, il est établi que le droit d'usage, réduit aux besoins de la famille, ne fait pas disparaître les prérogatives de l'usufruitier (Civ. 3e, 7 avril 2004, n° 02-18.979 : *Juris-Data* n° 2004-023259 ; *JCP G* 2004, n° 24, 2193 ; *JCP G* 2004, n° 43, I, 171, chron. H. Perinet-Marquet ; *Defrénois* 2005, art. 38199-41, note Ch. Atias ; *RTD civ.* 2004, p. 368, note M. Buschi. – CA Pau, 21 mai 2013, n° 11/04565, 13/ 2064 : *Juris-Data* n° 2013-017801). En pratique, l'affirmation doit être tempérée lorsque, pour subvenir aux besoins de sa famille, l'usager s'accapare la chose en son entier. Dans ces conditions, il paraît difficile de reprocher à l'usufruitier un abus dans la jouissance d'un droit dont il n'a pas l'émolument. C'est cependant méconnaître que l'abus de droit puisse résulter d'une abstention (v. par ex., Civ. 3e, 17 janvier 1978, n° 76-12896). En l'espèce, les usufruitiers, de par leur titre, avaient intérêt à agir en justice pour faire cesser l'utilisation professionnelle du bien grevé et veiller à ce que sa substance soit préservée.

Cela étant dit, il convient de relever que le nu-propiétaire aurait pu agir personnellement. Il lui aurait suffi de faire valoir son droit réel auprès de sa défunte grand-mère et de l'occupant irrégulier pour exiger son départ. Ce faisant, eu égard à son immobilisme est-il bienvenu à reprocher aux usufruitiers leur propre passivité ? Cela serait encore plus inopportun lorsque le nu-propiétaire aurait volontairement ou par négligence, laissé prescrire toutes les actions dont il disposait à l'encontre de l'usager-habituaire.

En tout état de cause, en l'espèce, ainsi que l'indiquent les magistrats de la rue Juliette Dodu, au lendemain du décès de l'usager-habituaire, les usufruitiers ont pris les mesures propices à faire cesser l'activité de leur cousin entrepreneur et veillé à la remise en état des lieux, voire à leur amélioration. Le critère de gravité visé à l'article 618 alinéa 3 du Code civil, justificatif de l'extinction de l'usufruit, n'était pas satisfait. De ce fait, l'action du nu-propiétaire n'a pas prospéré.

Cette affaire, au moins, paraît réglée. Il y a fort à parier néanmoins que d'autres conflits surviennent relativement au bien concerné. Par-delà la question du démembrement de la propriété, l'indivision risque aussi d'être source de difficultés.



7. DROIT DES AFFAIRES

7.5 Droit de la consommation

Domaine et régime de la garantie de conformité – délais – non-conformité au contrat.

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 30 octobre 2020, n°18/01933.

Isabelle Boismery, Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

La garantie de conformité, disposée dans le code de la consommation aux articles L.217-1 et suivants, ouvre au consommateur insatisfait un régime de recours complémentaire à celui organisé par le Code civil. En l'espèce, la Cour d'appel de Saint-Denis nous livre un véritable cours sur cette garantie en reprenant les points essentiels à la fois de son domaine et de son régime. En mars 2016, des époux acquièrent une couverture de protection pour pergola. Quelques temps plus tard, ces derniers constatent un défaut d'étanchéité de la bâche acquise. Après avoir vainement saisi un conciliateur de justice, les époux assignent leur vendeur devant le tribunal d'instance aux fins d'obtenir la résolution du contrat conclu entre les parties pour violation, par le professionnel, de son obligation légale de délivrance conforme prévue par le code de la consommation. Le tribunal d'instance déboute les époux en estimant, d'une part, qu'il lui était impossible de vérifier l'identité du professionnel en l'absence de production du contrat et, d'autre part, d'apprécier la réalité du défaut de conformité.

En premier lieu, la Cour d'appel de Saint-Denis rappelle rapidement qu'en vertu de l'article L.217-3 (anciennement L.211-3 et suiv.) du code de la consommation, la garantie de conformité a vocation à s'appliquer aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et l'acheteur agissant en qualité de consommateur.

En second lieu, elle revient sur les conditions tenant au délai de l'action en expliquant qu'aux termes de l'article L.217-12 du code de la consommation, l'action en garantie de conformité se prescrit dans un délai de deux ans à compter

de la délivrance du bien. Qu'en l'espèce les époux ont produit le bon de livraison de la bâche, daté du 29 mars 2016, point de départ de la prescription de deux ans. Toutefois, qu'ayant tenté une conciliation, un délai supplémentaire de six mois devait être ajouté au délai de prescription initial. Par conséquent, l'action en garantie de conformité, ayant été introduite par assignation du 4 juillet 2018, était recevable. Précisions, par ailleurs, que le délai de la garantie de conformité étant plus court que le délai de deux ans à compter de la découverte du vice caché prévu par l'article 1648 du Code civil, la prescription de l'action en garantie de conformité ne peut avoir pour effet de priver l'acheteur du droit d'exercer une quelconque action prévue par ailleurs (garantie des vices cachés, délivrance conforme, vices du consentement, ...).

En troisième lieu, la Cour d'appel de Saint-Denis revient sur la notion de conformité du bien au contrat. La garantie de conformité consacre, en effet, à la différence du Code civil une notion moniste qui regroupe les actuelles garanties des vices cachés et de délivrance non conforme. Dans les contrats d'adhésion, plus précisément, la conformité au contrat s'apprécie au regard de l'usage habituellement attendu d'un bien semblable, mais également s'il est conforme aux stipulations contractuelles et aux attentes légitimes du consommateur (art. L.217-5 C. conso). En cas de défaut de conformité, la Cour rappelle également que la garantie de conformité met en œuvre une hiérarchie des remèdes. En l'espèce, les parties avaient sollicité la résolution du contrat. Or, la garantie de conformité privilégie d'abord l'exécution normale du contrat et prévoit que ce n'est qu'en cas d'impossibilité de réparer ou de remplacer le bien litigieux, que l'acheteur aura la possibilité d'obtenir la restitution d'une partie du prix ou la résolution du contrat (art. L.217-9 et L.217-10 C. conso), sauf si le défaut est mineur. Si le défaut est mineur, la résolution ne saurait être prononcée (art. L.217-10).

En l'espèce, le contrat prévoyait que la bâche commandée portait sur la fabrication sur mesure d'une couverture de protection pour pergola dans une matière PVC décrite comme étanche et anti-UV. Le constat d'huissier, produit en août 2017 soit près d'un an et demi après l'achat, avait toutefois fait état de fuites apparues en plusieurs endroits. D'une part, le défaut d'étanchéité du bien était bien démontré, d'autre part, ce défaut devait s'analyser en un défaut affectant une caractéristique essentielle du bien et non comme étant un défaut mineur. Enfin, la Cour d'appel rappelle également que l'article L.217-7 du code de la consommation institue, pour les biens neufs, une présomption d'antériorité du défaut de conformité qui apparaît dans les 24 mois à compter de la délivrance, ce qui était le cas en l'espèce. La réalité du défaut de conformité était ainsi suffisamment démontrée et la résolution pouvait être prononcée.



Chroniques

Chronique de la jurisprudence administrative française de l'Océan Indien

Sous la direction d'ANISSA HACHEMI,

Professeure de droit public à l'Université Paris VIII (Vincennes-Saint-Denis)

À l'occasion de cette nouvelle chronique de jurisprudence administrative, Carole GALLO nous fait l'amitié de commenter une décision récente du Tribunal administratif de La Réunion en matière de subvention. Professeure de droit public à l'Université de Lille, elle est l'auteur d'une thèse publiée chez Dalloz sur *La décision conditionnelle en droit administratif français*.

10.1. DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

Acte administratif unilatéral et contrat – décision conditionnelle – décision créatrice de droits – subvention – aides européennes – caducité – retrait – condition implicite

Tribunal administratif de La Réunion, 11 juin 2020, *Société Arcelor Mittal construction Réunion*, req. n° 1800752

Carole GALLO, Professeure de droit public, Université de Lille

Réflexions sur la nature juridique de la subvention

Il est peu de dire que le régime juridique du retrait et de l'abrogation des décisions créatrices de droit constitue, chaque année, un moment particulièrement redouté des étudiants qui abordent cette question avec leur enseignant. Lorsque, au demeurant, cette question se pose, comme c'est le cas ici, en partant de la configuration la plus complexe qui soit – celle des subventions conditionnelles – l'entreprise suppose, sinon du courage, du moins de ne pas ménager ses efforts.

Qu'il nous soit permis de penser que ceux-ci seront récompensés, car derrière l'austérité apparente du sujet, c'est toute la question des nouveaux modes d'intervention des personnes publiques en économie qui se dessine : choix entre le contrat et l'acte unilatéral, préférence pour les modes d'action plus souples, qui

favorisent la collaboration avec les personnes privées, gestion du temps et anticipation sur l'avenir, politique incitative, etc. Reste que ces mutations s'accompagnent de nouveaux instruments juridiques, qui cadrent parfois mal avec les catégories traditionnelles, et souvent binaires, du droit administratif. C'est déjà le cas du droit souple, c'est particulièrement vrai de l'acte de subvention.

Le principal mérite du jugement commenté – et qui explique sans doute son code de publication C+¹ - tient au fait que, faisant un véritable tour d'horizon du contentieux du retrait des subventions, il donne à en voir les principaux enjeux.

Ces enjeux ne sont pas minces : si la subvention est un instrument juridique ancien et important de l'action administrative, le doute a longtemps persisté quant à sa nature juridique. Ni le juge, ni la doctrine, ne parvenait à lui donner un habit juridique tel qu'elle puisse s'intégrer parfaitement dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux ou des contrats. La distinction est pourtant nécessaire en raison des différences dans les règles de fond et de contentieux propres à chaque espèce d'acte administratif, notamment en matière de restitution de la subvention.

C'est donc cette question, d'importance, de **la nature juridique de la subvention**, qui est au cœur du jugement du Tribunal administratif de la Réunion rendu le 11 juin 2020.

Pour en rendre compte, la meilleure manière reste, sans doute, de commencer par en exposer les faits. Par une délibération du 17 octobre 2017, la région Réunion a accordé une subvention d'un montant de 475 000 euros à la société Arcelor Mittal Construction Région (ACR), au titre de la fiche action 8.02 « *Compensation des surcoûts de transports* » du programme opérationnel européen (POE) du fonds européen pour le développement régional (FEDER)². Se croyant l'heureux titulaire d'une subvention, la société ACR a, par courriers des 30 avril et 14 mai 2018, adressé son dossier de demande de paiement à la

¹ Les décisions rendues par les juridictions administratives sont classées en fonction de leur degré d'apport à la jurisprudence sur la base d'un code de publication. Tandis que le Conseil d'État et le Tribunal des conflits utilisent les codes de publication A, B ou C pour informer rapidement de l'importance d'une décision (le fichage « A » étant réservé aux décisions dont la portée jurisprudentielle est majeure, le fichage « B » aux solutions jurisprudentielles présentant un intérêt jurisprudentiel moindre, le fichage « C », aux décisions sans intérêt jurisprudentiel particulier), les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel utilisent un système similaire, bien que leurs décisions ne soient pas publiées au Recueil Lebon. Les codes de publication sont alors R, C+ et C. Par un fichage en R, la juridiction considère que l'arrêt présente un intérêt jurisprudentiel majeur ; le fichage C+ correspond à un intérêt jurisprudentiel signalé ; le fichage C, à un arrêt sans intérêt jurisprudentiel particulier mais pouvant présenter un autre intérêt, historique, sociologique, médiatique...

² Ce concours financier, institué par un dispositif d'aides européen, avait fait l'objet d'une convention préalable, qui n'a pas été signée.

région. Mais elle apprend bien plus tard, par lettre du 9 juillet 2018, que la région Réunion avait suspendu la mise en œuvre de la subvention, par délibération du 12 décembre 2017, au motif qu'un important plan de licenciement étant en cours, la société ACR n'avait pas rempli la condition mise au versement de l'aide.

Saisi d'un recours en annulation contre la délibération du 12 décembre 2017, le Tribunal administratif de la Réunion, statuant en qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne, n'y trouvera rien à redire. Tirant les conséquences des récentes prises de positions du Conseil d'État en la matière, il estime que le retrait de la subvention est fondé. En conséquence, il rejette la demande de la société ACR.

On se convaincra aisément, à la lecture du jugement, que le Tribunal administratif de la Réunion n'a pas entendu révolutionner la matière. Bien au contraire, il conserve précieusement les acquis de la jurisprudence récente du Conseil d'État relative à la nature juridique de la subvention et aux conditions de son retrait. Il en offre, par conséquent, une illustration topique.

L'occasion nous est ainsi donnée de dresser un bref état des lieux du droit des subventions, en prenant pour angle d'analyse le régime juridique de son retrait, et de formuler deux remarques, qui constitueront les deux axes de ce commentaire.

D'abord, et en premier lieu, le jugement s'inscrit dans la veine de l'avis *SAS Royal Cinéma*³, rendu en 2019, par lequel le Conseil d'État a entendu résoudre la question, des plus délicates, de la nature juridique de l'acte de subvention (I).

Ensuite, et en second lieu, il invite à réexaminer le régime de sortie de vigueur des subventions, dont la traduction, dans les termes du contentieux, n'est pas exempt de critiques (II).

I. La nature juridique de la subvention

Dans la droite ligne de l'avis contentieux *SAS Royal Cinéma*⁴, le Tribunal administratif de la Réunion confirme, en creux, que la subvention n'est ni un contrat, ni un don en droit public, mais bien une décision unilatérale assortie de contreparties qui crée des droits au profit de son bénéficiaire. Voyons pourquoi.

En premier lieu, **la subvention n'est pas un contrat**. Si jusqu'à récemment, le droit français ne connaissait pas de forme spécifique pour l'octroi de la subvention – celle-ci pouvant être consentie par le biais d'un contrat ou d'un acte administratif unilatéral, son caractère d'acte unilatéral s'est imposé, à partir

³ CE, avis, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, Rec., p. 172.

⁴ CE, avis, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, Rec., p. 172.

de la jurisprudence *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* de 2010⁵, comme le droit commun des subventions. Le souci de simplifier les règles de contentieux et de fond applicables aux subventions a en effet conduit le Conseil d'État à en unifier le régime juridique. La complication était introduite par le fait que l'aide accordée en contrepartie de certaines prestations de nature sociale ou économique et auxquelles le bénéficiaire s'engage n'est pas nécessairement porteuse d'un procédé contractuel. L'exemple bien connu des « contrats fiscaux »⁶ montre combien les qualifications contractuelles habillent parfois des procédés, certes négociés, mais qui demeurent unilatéraux⁷. Par son avis contentieux du 29 mai 2019, *SAS Royal Cinéma*, le Conseil d'État est venu lever les derniers obstacles qui s'opposaient encore à l'assimilation des subventions à des décisions unilatérales⁸. En considérant que les conventions et engagements pris par le bénéficiaire s'analysent comme des éléments de la demande, et non comme des contrats à proprement parler, il leur dénie toute existence autonome ou indépendante de l'acte de subvention, dont ils sont en quelque sorte un accessoire. Peu importe donc que l'octroi de la subvention soit précédé d'un mode d'élaboration concerté, qu'une convention ait été signée ou non : « la décision qui a pour objet l'attribution d'une subvention constitue un acte unilatéral », susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Par cette opération de (dis)qualification, le juge administratif peut désormais appliquer à l'ensemble des subventions un régime juridique unique, celui des décisions unilatérales.

En second lieu, **la subvention n'est pas un don**. Elle ne constitue pas une libéralité de la nature de celles interdites aux personnes publiques. Pour en rendre compte, il faut prendre la juste mesure de ce qui distingue, en droit public, ces deux actes à titre gratuit. Si les libéralités se définissent par l'intention du donateur de faire œuvre de bienfaisance, les subventions, en revanche, sont marquées par des considérations d'intérêt général. La subvention n'exclut pas les arrière-pensées, pas plus qu'elle n'élimine toute recherche de gratitude. Conformément à la jurisprudence *Commune de Fougerolles*, les personnes publiques ne sont fondées à octroyer certains avantages financiers, fiscaux ou matériels, aux personnes privées, que si elles ont pris le soin d'assortir leur décision de « *contreparties suffisantes* » dans « *l'intérêt général* »⁹. Cette obligation d'assortir les aides publiques d'une condition, serait-elle implicite, connaît une importante évolution sous l'influence du droit de l'Union européenne. Les pratiques discrétionnaires par lesquelles les autorités publiques allouent un

⁵ CE 5 juill. 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, *Rec.*, p. 238.

⁶ G. TIMSIT, « Les contrats fiscaux », *Dalloz* 1964, chron. 18 ; P. ÉBRARD, « Les avantages fiscaux sur agrément administratif », *Revue de Science financière* 1967, p. 41-93 ; P. ÉBRARD, « Les agréments fiscaux », *Bull. de la direction Générale des Impôts*, n° 2, avril-juin 1967 ; M. R. SIMONNET, « Le contrôle juridictionnel des incitations fiscales », *AJDA* 1968, p. 275.

⁷ J.-Ph. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, 2014, 7^e éd., n° 624, p. 313.

⁸ CE, avis, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, préc.

⁹ CE, sect., 3 nov. 1997, *Commune de Fougerolles*, *Rec.*, p. 391.

avantage en vue de soutenir un secteur d'activité – soutien financier, subventions, allègements fiscaux, garanties d'emprunts, etc. – présentent un haut potentiel d'incompatibilité avec le Traité. Aussi les institutions européennes ont-elles envisagé la mise en place de mesures correctives destinées à éliminer les risques de pratiques anticoncurrentielles qu'elles suscitent. Le procédé des conditions et des charges, bien connu du droit de l'Union européenne, joue alors le rôle de mesure correctrice. Les textes et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne présentent la relation de dépendance qui unit une subvention à la condition, comme une garantie de compatibilité de l'aide – nationale comme européenne – avec le Traité. L'obligation, ainsi faite aux autorités publiques, d'assortir les aides de contreparties dans l'intérêt général ou d'une mesure correctrice des atteintes à la concurrence, concourt à transformer la catégorie des subventions en autant de décisions assorties de conditions ou de charges, ce qui interdit, par conséquent, de les regarder comme des dons en droit public. Le droit positif confirme tout à fait cette conclusion¹⁰.

En troisième lieu, **la subvention est une décision conditionnelle**. Cette qualification fait désormais figure de présomption quasi-irréfragable pour le juge administratif. D'une part, l'inscription de la subvention dans la catégorie des décisions conditionnelles présente l'intérêt de conférer un régime juridique et contentieux à des actes dont, *a priori*, rien ne prouve qu'ils soient vraiment des actes administratifs unilatéraux. D'autre part, ce caractère conditionnel est conforme à la logique même de la subvention. Conçue comme une aide financière grevée d'une affectation, la subvention se distingue de la libéralité par le fait qu'elle suppose une certaine contrepartie d'intérêt général que le bénéficiaire a la charge d'assumer. Ces contreparties, prévues par la décision elle-même, dans des engagements et conventions préalables, ou déduites de la réglementation applicable, s'incorporent à l'acte unilatéral sous forme de disposition complémentaire, qui peut être soit une condition – suspensive, résolutoire ou extinctive – soit une charge¹¹. À la différence de la charge toutefois, la condition ne prend pas la forme d'une obligation de faire pour l'administré. Le bénéficiaire de la subvention conditionnelle reste libre de ne pas observer la condition et, par conséquent, peut toujours renoncer au bénéfice de son accomplissement. Pour ainsi dire, il dispose d'un choix discrétionnaire entre observer la condition ou demeurer passif, par exemple en ne créant pas les emplois prévus par la condition

¹⁰ S'agissant du droit interne, *cf. not. Code des Relations entre le public et l'administration*, art. L. 242-2 ; CE 5 juill. 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, *Rec.*, p. 238, *JCP A*, 20 septembre 2010, n° 38, p. 2285, note J.-P. MARKUS ; *CMP* octobre 2010, n° 353, note P. DEVILLIERS. S'agissant du droit de l'Union européenne, *cf. CE*, 28 octobre 2009, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes, des vins et de l'horticulture (VINIFHLOR)*, *Rec.*, p. 400, *AJDA* 2009, p. 2437, note S. NICINSKI, *JCP A* 2010, n° 2087, note J. MARTIN.

¹¹ Sur la distinction entre charge et condition, *cf. C. GALLO, La décision conditionnelle en droit administratif français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des Thèses », 2019, spéc. n° 211 et s., p. 161 et s.

ou en procédant – comme c’est le cas en l’espèce – à un important plan de licenciement, alors que l’objectif du dispositif européen d’aides au fret était au contraire, grâce à l’allègement des coûts, le maintien des effectifs locaux. Cette absence d’obligation d’exécuter la condition ne signifie pas que l’inaction du bénéficiaire de l’acte soit sans conséquence. La décision administrative ayant été subordonnée à l’observation d’une condition, il est nécessaire d’en organiser la disparition lorsque son bénéficiaire ne l’a pas exécutée. Par principe, la subvention est donc toujours une décision unilatérale assortie de conditions ou de charges – en l’occurrence ici, une décision assortie d’une condition suspensive.

Enfin, et en dernier lieu, **la subvention est bien un acte créateur de droit**¹². Cette affirmation est loin d’être évidente, car la question reste dominée par la conception que la doctrine, loin d’être unanime, se fait de la notion de décision créatrice de droit et du rapport qu’elle entretient avec la condition. Quant à la jurisprudence, elle cultive sur ce point l’ambiguïté, comme en témoigne le jugement ici commenté du Tribunal administratif de la Réunion. Reprenant la formule consacrée par le Conseil d’État en 2010¹³, il considère qu’« *une décision qui a pour objet l’attribution d’une subvention constitue un acte unilatéral qui crée des droits au profit de son bénéficiaire. Cependant, de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu’elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d’octroi, qu’elles aient fait l’objet d’une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu’elles découlent implicitement mais nécessairement de l’objet même de la subvention* ».

En partant des données du droit positif, il nous paraît possible de maintenir la conclusion à laquelle nous sommes parvenus selon laquelle la subvention – bien que conditionnelle – constitue un acte créateur de droit¹⁴, et cela, pour deux raisons principales.

La première raison provient du fait que, pour qualifier une décision conditionnelle de créatrice de droit, le juge administratif procède à un examen de

¹² La notion d’acte créateur de droit renvoie, au sens technique du terme, au régime juridique du retrait et de l’abrogation de certaines décisions individuelles. Par conséquent, l’acte créateur de droit est celui qui crée *un droit à son maintien* : il ne peut, en principe, être abrogé ou retiré, ni pour un motif d’opportunité, ni pour un motif de légalité, au-delà d’un certain délai, si ce n’est au moyen d’un acte contraire. Dès lors, l’emploi du singulier pour désigner le « droit » créé résulte bien d’un choix de notre part ou, plus précisément, de la conception que l’on entend donner de l’acte créateur de droit. Dans ce sens, cf. également : J. PETIT, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, n° 1074, p. 528.

¹³ CE, 5 juill. 2010, *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre*, préc.

¹⁴ Ainsi que nous avons pu le montrer en d’autres occasions, cf. C. GALLO, *op. cit.*, spéc. n° 471 et s., pp. 341 et s.

son objet principal avant de s'interroger sur l'incidence de la condition sur le régime du retrait et de l'abrogation. Il reconnaît ainsi, depuis la décision *Soulier*¹⁵, que les décisions à objet pécuniaire – comme ici la subvention – sont créatrices de droit.

La seconde raison est à rechercher dans la définition, complexe et évolutive, de l'acte créateur de droit et du rapport qu'il entretient avec la condition. Certains auteurs se sont élevés contre l'idée que la décision assortie d'une condition puisse être qualifiée de décision créatrice de droit, à partir du moment où sa réalisation autorise, à toute époque, la remise en cause de la situation juridique établie au cours de la période intermédiaire. D'autres reconnaissent toutefois que, *pendente conditione*, la décision ne peut être abrogée ou retirée au-delà du délai de quatre mois suivant son édicton pour un motif autre que la réalisation de la condition. De là leurs diverses tentatives pour trouver un fondement au régime protecteur dont bénéficie la décision lorsque la condition est encore pendante. Faisant écho aux formules équivoques du Conseil d'État, la doctrine considère, dans sa grande majorité, que certaines décisions conditionnelles, notamment les décisions accordant un avantage pécuniaire, sont créatrices de droit mais seulement dans la mesure où la condition n'a pas joué. Apparemment du moins, la décision conditionnelle crée un droit à l'acquisition d'une situation future. Mais ce droit n'est que provisoirement acquis. Ce n'est qu'à l'arrivée de l'événement conditionnel que les droits seront consolidés ou, à l'inverse, remis en cause pour le passé ou pour l'avenir – selon la nature suspensive, résolutoire ou extinctive de la condition. L'incertitude relative à l'acquisition définitive du droit conduit la plupart des auteurs à ranger la décision conditionnelle dans la catégorie intermédiaire des *actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis*¹⁶. Cette opinion se heurte, à notre sens, à deux objections principales. Tout d'abord, dire que la décision conditionnelle est un acte créateur de droits susceptibles d'être acquis revient à opérer une disjonction entre deux instants créateurs : le premier situe le moment de la création de droits susceptibles d'être acquis au jour de l'édition de l'acte ; le second situe le moment de l'acquisition ou de l'extinction définitive du droit au jour de la réalisation de la condition. Or, partant de cette logique, on ne voit pas bien ce que le terme « acquis » vient ajouter à celui de « droit créé ». Ensuite, si la doctrine cherche à expliquer, au moyen de cette catégorie intermédiaire, le régime dérogatoire de retrait et d'abrogation de la décision conditionnelle une fois la condition réalisée, elle ne parvient pas à

¹⁵ CE, Sect., 6 novembre 2002, *Soulier*, *Rec.*, p. 369, *AJDA* 2002, p. 1434, chron. CASAS et DONNAT ; *RFDA* 2003, p. 225, concl. AUSTRY.

¹⁶ Cf. not., J. MOREAU, note sous CE, 8 février 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, *AJDA* 1985, p. 293 ; G. ÉVEILLARD, note sous CE, Sect., 6 mars 2009, *Coulibaly*, *RFDA* 2009, p. 439 ; B. SEILLER, V° « Acte administratif (II-Régime) », *Répertoire du contentieux administratif*, n° 474 ; B. SEILLER, « Droit mal acquis ne devrait pas toujours profiter... », *RFDA* 2008, p. 931 ; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, p. 90.

justifier, à l'inverse, le régime protecteur dont bénéficie la décision lorsque la condition est encore pendante¹⁷. Le problème reste donc intégralement posé.

Puisqu'il s'agit d'éclairer le droit positif, c'est donc par les procédés mêmes qui ont servi à identifier la décision créatrice de droit que peut être étudié le rapport entre condition et droits acquis. Outre la considération de l'objet de la décision conditionnelle, que l'on sait décisif pour l'identification d'un acte créateur de droit, c'est surtout l'existence d'un droit au maintien de la décision contre sa remise en cause pour un motif de légalité ou d'opportunité, passé le délai de quatre mois suivant son édicition, qui fournit la base de la distinction entre la décision créatrice et non créatrice de droit. En cela, la reconnaissance de son caractère créateur de droit garantit une protection de la situation juridique, avant la survenance de l'événement conditionnel, mais il ne peut remédier aux conséquences défavorables qu'implique sa survenance, une fois la condition réalisée. Le Code des relations entre le public et l'administration entérine en partie cet acquis. Il résout l'ambiguïté qui résulte d'une assimilation, trompeuse, entre le régime dérogatoire du retrait et de l'abrogation de la décision conditionnelle et son caractère non créateur de droit. Aux termes de l'article L. 242-2 du CRPA, l'inobservation de la condition permet à l'administration d'« abroger » ou de « retirer » à toute époque la décision, sans que cette spécificité ne compromette son caractère créateur de droit. Ainsi, bien qu'elle soit étrangère à la *qualité* de décision créatrice de droit, la condition n'en demeure pas moins un *motif* de disparition, à toute époque, de la décision dont elle relève. Elle intègre en cela les exceptions prévues par le CRPA, comme la demande du bénéficiaire ou l'acte contraire, et rejoint le terme extinctif ou le délai dans sa capacité à mettre fin, de plein droit, aux effets dans le temps d'une décision, qu'elle soit ou non créatrice de droit, à l'arrivée de l'événement conditionnel.

La solution donnée au cas d'espèce, par le Tribunal administratif de la Réunion, appuie cette conclusion. Le retrait de la décision de subvention trouve ici sa cause exclusive dans le non-respect des conditions mises à son octroi – en l'occurrence, la condition suspensive tenant au maintien des effectifs. Cette solution est, au demeurant, conforme à la logique du dispositif européen d'aide publique, ainsi qu'en a jugé le Conseil d'État dans sa décision *VINIFLHOR* de 2009. Après avoir rappelé qu'en l'absence de procédure spécifique prévue par le droit de l'Union européenne, les règles nationales du retrait étaient applicables aux aides européennes, le Conseil d'État y énonce qu'une « *décision individuelle peut, notamment lorsqu'elle correspond au versement d'une aide, être assortie de*

¹⁷ Hormis le cas d'une demande du bénéficiaire, de l'acte contraire, ou de l'arrivée à échéance d'un terme ou d'un délai, la décision conditionnelle ne peut être remise en cause, passé le délai de quatre mois suivant son édicition, pour un autre motif que la réalisation de la condition.

conditions [...], dont la réalisation permet le retrait de l'aide en cause sans condition de délai »¹⁸.

À mi-chemin entre l'acte unilatéral et le contrat, la décision créatrice et non créatrice de droit, la subvention illustre fort bien un système d'aides publiques, parfaitement adapté aux enjeux contemporains de l'action administrative, mais qui peine à s'intégrer parfaitement dans les catégories traditionnelles, et souvent binaires, du droit administratif. Sans doute le caractère exigü des classifications n'a-t-elle pas échappé au juge lui-même. Témoin du visage inhabituel que présente, aux yeux des juristes, la subvention, il ne renonce pas pour autant à ses catégories binaires. Pour des raisons d'opportunité évidente, il regroupe la subvention dans la catégorie des décisions unilatérales, et intègre désormais la condition – suspensive, résolutoire ou extinctive – parmi les exceptions au principe d'intangibilité des actes créateurs de droit, aux côtés notamment de l'acte contraire et de la demande du bénéficiaire.

À la lumière des observations qui précèdent, nous croyons être mieux armés pour saisir le régime juridique du retrait de la subvention, dont il est fait application dans le jugement commenté, et qu'il convient d'aborder à présent.

II. Un régime dérogatoire de « retrait »

La détermination de la nature juridique de la subvention s'est avérée être une étape incontournable pour comprendre, et tenter d'expliquer, le régime juridique auquel elle obéit. C'est donc à ce stade qu'il devient possible de formuler quelques observations relatives au régime dérogatoire de retrait de la subvention.

Précisions terminologiques – D'emblée, le Tribunal administratif de la Réunion prend soin de requalifier la « suspension de versement » de la subvention en décision de « retrait » (point 3). Il estime implicitement, mais nécessairement, que le retrait constitue la structure d'accueil de la défaillance de la condition suspensive.

Pourtant, bien que cette qualification trouve des appuis en jurisprudence, ainsi que dans le CRPA¹⁹, le « retrait » cadre mal avec le principe – admis par le Conseil d'État – selon lequel la condition se réalise de plein droit²⁰. En effet, le retrait, tout comme l'abrogation, possède une dimension sanctionnatrice que ne recouvre par le jeu de la condition réalisée. Lorsque l'administration constate la réalisation de la condition – en l'espèce, par délibération du 12 décembre 2017 –

¹⁸ CE, 28 octobre 2009, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes, des vins et de l'horticulture*, Rec., p. 400, AJDA 2009, note S. NICINSKI, p. 2437 ; JCP A 2010, n° 2087, note J. MARTIN.

¹⁹ *Code des Relations entre le public et l'administration*, art. L. 242-2.

²⁰ CE, 7 août 2008, *Crédit coopératif*, Rec., p. 316.

elle ne décrète rien, ne prononce rien. Elle se borne à enregistrer la défaillance de la condition – en l’espèce, le non-maintien des effectifs en raison d’un plan de licenciement en cours –, c’est-à-dire à prendre acte d’une situation qui préexiste à son intervention. Tout au plus la réalisation de la condition peut-elle trouver une traduction formelle dans un acte déclaratif, dont l’émission reste facultative. La situation est alors fort éloignée de celle des décisions portant abrogation ou retrait de la décision créatrice de droit. La distinction tient au fait que, dans le premier cas, l’autorité compétente se contente de *constater* la caducité ou la rétroactivité résultant de la survenance de l’événement conditionnel au-delà d’un certain délai, alors que dans le second, elle intervient, dans le délai fixé, pour *prononcer* l’abrogation ou le retrait de la décision créatrice de droit, entachée d’illégalité.

Cette conclusion devrait dissuader d’employer les termes d’« abrogation » et de « retrait » là où l’administration ne fait que constater la disparition de plein droit de la décision conditionnelle. Plutôt donc de parler de retrait de la décision de subvention, il aurait été plus juste théoriquement, et plus sage en pratique, pour le Tribunal administratif de la Réunion, de considérer la survenance de l’événement conditionnel comme un fait juridique qui se constate, se qualifie, qualification à laquelle sont ensuite attachées des conséquences juridiques. La jurisprudence récente ne s’oppose pas à cette conclusion²¹. Mais il faut s’y résoudre, ces expressions sont malheureusement usitées en droit administratif pour désigner le mode de sortie de vigueur de la décision au moment où la condition joue. Ils reviennent avec régularité sous la plume du juge administratif et se trouvent employés par la doctrine et, désormais, par le codificateur. Or, ce qui semble être une commodité de langage compromet la perception et, à plus forte raison, la compréhension du mécanisme conditionnel, notamment en matière de remise en cause d’une décision créatrice de droit.

Une dérogation justifiée par la défaillance de la condition suspensive –
Acte unilatéral, la subvention reste marquée par son origine : elle constitue invariablement une décision soumise et dominée par des conditions, dont le non-respect entraîne le refus de paiement – condition suspensive – ou le reversement de l’aide – condition résolutoire. Acte conditionnel, elle n’en constitue pas moins une décision créatrice de droit. Deux conséquences principales s’attachent à ces caractéristiques. D’une part, le régime protecteur de l’article L. 242-1 du CRPA est applicable à la décision administrative tant que la condition est encore

²¹ Dans sa décision *Crédit coopératif* précitée, le Conseil d’État énonce clairement le principe de l’automaticité du jeu de la condition réalisée. Après avoir rappelé la règle selon laquelle le caractère créateur de droit de l’acte de subvention ne fait pas obstacle « à ce que l’autorité chargée de son exécution, constatant que ces conditions ne sont plus remplies, mette fin à cette exécution en ne versant pas le solde de la subvention », il ajoute que l’inobservation de ces conditions autorise l’administration « à refuser de verser la somme demandée, sans qu’il fût nécessaire pour elle d’abroger expressément la délibération décidant de l’attribution de la subvention ».

pendante. D'autre part, le régime dérogatoire de retrait prévu par l'article L. 242-2 du CRPA est applicable à la décision administrative une fois la condition réalisée.

« Par dérogation à l'article L. 242-1 », l'article L. 242-2 du CRPA dispose que l'administration peut, sans condition de délai, « abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie » ou « retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées ». Notons que l'article L. 242-2 alinéa 2 isole l'hypothèse de la subvention. L'explication à cela réside, à notre sens, dans le fait qu'à la différence des décisions administratives en général, les subventions sont présumées être assorties de conditions, de sorte que leur retrait répond à un régime juridique, certes dérogatoire, mais unifié. Cette dérogation est relative à l'exigence d'un délai limité de retrait de la subvention. Dit autrement, la condition proroge le délai légal à l'expiration duquel la décision créatrice de droit emporte l'intangibilité de la situation juridique. En revanche, lorsque les conditions ne sont plus ou pas remplies, la décision cesse de produire ses effets pour le passé – condition résolutoire – ou pour l'avenir – condition suspensive, sans que l'administration ne soit tenue de respecter le délai de quatre mois suivant la prise de décision prévu par l'article L. 242-1 du CRPA.

Le Code établit ainsi une distinction selon que la disparition de la décision créatrice de droit résulte d'un motif d'opportunité ou de légalité – article L. 242-1 – ou de la réalisation d'une condition – L. 242-2 alinéas 1 et 2. Dans le premier cas, la décision ne peut être remise en cause, passé le délai de quatre mois suivant son édicition²². Dans le second, la décision peut être remise en cause après ce délai, pour non-respect des conditions²³. À la lecture de l'article L. 242-2 du CRPA, il s'agit même là du *seul motif* permettant de déroger au régime du retrait et de l'abrogation des décisions créatrices de droit.

Cette remarque est d'importance : le jeu de la condition suspensive, résolutoire, ou extinctive, permet certes à l'administration de mettre fin à la décision créatrice de droit en cause ; mais elle ne peut y procéder si la condition n'a pas joué. Concrètement, et pour ce qui nous intéresse, cela signifie que, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, la subvention ne peut être retirée au-delà du délai de quatre mois suivant son édicition pour un motif autre que la réalisation de la condition. Le caractère créateur de droit de la subvention est donc conforté car il assure bien, au cours de la période intermédiaire, le droit au maintien de la situation juridique jusqu'à la réalisation de la condition. En revanche, et sans que cela soit contradictoire contrairement à ce qui est souvent

²² Code des Relations entre le public et l'administration, art. L. 242-1.

²³ Code des Relations entre le public et l'administration, art. L. 242-2.

affirmé, il ne peut remédier aux conséquences défavorables qu'implique sa survenance, une fois la condition réalisée.

En l'espèce, la défaillance de la condition suspensive fonde, tout autant qu'elle éclaire, la solution retenue par le Tribunal administratif de la Réunion. La circonstance qu'un important plan de licenciement ait été en cours d'élaboration par la société ACR a pu, de bon droit, être regardée par la région comme emportant la défaillance de la condition suspensive²⁴, ce qui justifie, par conséquent, le « retrait » de la décision en cause.

Le contenu de cette solution ne suscite guère de réserve. Une difficulté se présente néanmoins lorsque la condition est, comme c'est le cas en l'espèce, implicite.

La condition implicite – Lorsqu'elle est formellement inscrite dans la décision d'octroi, la condition est toujours connue du bénéficiaire de la subvention, qui ne peut prétexter de son ignorance pour s'opposer, une fois l'événement conditionnel réalisé, aux conséquences qu'implique sa survenance. Cette sécurité juridique fait en revanche cruellement défaut dans le cas où la condition n'est pas inscrite. En présence d'une condition implicite, la stabilité de la situation juridique se trouve sérieusement compromise par la divulgation *a posteriori* de l'événement conditionnel par le juge : sa découverte confère un fondement juridique au retrait de la décision, serait-elle créatrice de droit, et ce, passé le délai imparti par l'article L. 242-1 du CRPA.

À cet égard, le jugement du Tribunal administratif de la Réunion fournit un exemple topique des conséquences que peut avoir la reconnaissance d'une condition implicite sur la situation du bénéficiaire de la décision administrative, lorsque ses effets, voire son maintien, sont tributaires de sa réalisation. Au prix d'un effort d'interprétation discutable, le Tribunal administratif de la Réunion valide le raisonnement de la région selon lequel la subvention se trouvait implicitement mais nécessairement assortie d'une condition tenant au maintien des emplois par la société. Il estime que c'est à bon droit que « *pour retirer la subvention allouée à la société ACR, la région Réunion a considéré que, dans la mesure où l'objectif des 'aides au fret intrant' était de permettre l'allègement des coûts supportés par les entreprises locales, dans la perspective d'un accroissement du résultat et d'un développement des effectifs, ou au moins d'un maintien de ceux-ci, il lui incombait de prendre en compte, au titre d'une circonstance de nature à remettre en cause le droit à subvention, l'information portée à sa connaissance en novembre 2017 selon laquelle un important plan de licenciement était en cours d'élaboration par la société qui venait de se voir*

²⁴ Lorsque la condition suspensive vient à défaillir, le bénéficiaire de la décision devenue caduque n'a aucun droit à l'allocation des sommes prévues au titre de la décision d'octroi de la subvention.

attribuer la subvention, un tel plan ayant nécessairement un impact significatif sur la situation de l'emploi à La Réunion et le tissu économique local » (point 7). C'est sur le fondement de cette condition implicite que la société s'est vu retirer la subvention : le maintien des effectifs – événement de la condition suspensive – n'a pas été respecté en raison d'un important plan de licenciement en cours.

L'argumentation de la société défenderesse concernant l'étendue exacte de l'événement conditionnel est intéressante. Elle montre les possibles déviations auxquelles peut conduire la reconnaissance de conditions implicites. La société fait en effet valoir qu'aucun engagement ferme n'avait été souscrit par elle, au moment de l'octroi de la subvention, sur le maintien des emplois existants ou la création d'emplois nouveaux. Si la condition suspensive implicite pouvait se déduire de l'économie générale du dispositif européen – la société ne conteste pas l'existence d'une telle condition implicite – l'étendue de l'événement conditionnel n'était, quant à elle, nullement précisée. Pour justifier son attitude, la société avance qu'aucun élément tangible ne lui permettait de supposer qu'elle était tenue, sous peine de retrait de la subvention, de conserver les emplois existants ou d'en créer de nouveaux. Selon elle, la condition implicite consistait uniquement à diminuer le prix de revient des produits fabriqués à partir des intrants importés, condition à laquelle elle s'était engagée et qui a été respectée.

Dans cette espèce comme dans d'autres, l'opacité de l'événement conditionnel oblige en effet le titulaire des droits à un effort intellectuel de révélation de l'implicite qui grève son intérêt d'une insécurité – puisqu'il ne pouvait déduire, avec une évidence suffisante, l'étendue de la condition des paramètres existants – et le fragilise. La reconnaissance d'une condition implicite introduit alors chez le justiciable un sentiment d'arbitraire. Le juge lui oppose, en même temps qu'il la constate, l'inobservation d'un certain nombre de conditions et partant, le régime juridique de la décision conditionnelle, alors même que le respect de ces conditions n'avait rien d'une évidence à ses yeux.

Aussi, pour se prémunir contre des critiques d'un raisonnement arbitraire, le juge administratif manifeste-t-il le souci de ne révéler l'existence d'une condition implicite que dans le cas où la connaissance de l'événement conditionnel comporte une évidence suffisante pour l'administré. Dans sa décision *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, le Conseil d'État prend soin d'énumérer les différents paramètres sur lesquels il appuie son raisonnement pour reconstituer la volonté rationnelle de l'auteur de la décision. En dehors de toute disposition expresse, explique-t-il, la décision est considérée comme subordonnée à certaines conditions toutes les fois où elles « *découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de*

la subvention »²⁵. Déduite de la réglementation applicable, d'une convention préalable, de l'objet même de l'acte, ou plus généralement, du contexte structurant de son édicton, la condition implicite entretient un rapport indirect avec la volonté de l'auteur de l'acte. Elle n'en constitue qu'une conséquence nécessaire.

C'est bien cette méthode de l'implication nécessaire qui est mise en œuvre par le Tribunal administratif de la Réunion au point 8 de son jugement : « *si le dispositif FEDER en faveur de la compensation des surcoûts de transport a pour objectif spécifique la réduction du déficit d'accessibilité des régions ultrapériphériques en raison de leur éloignement et de leur géographie en contribuant à baisser le coût des intrants productifs pour réduire les coûts de production globaux des entreprises, il se caractérise aussi, à l'instar des autres dispositifs de subvention européenne, par un objectif général de préservation des emplois, posé par les conclusions du Conseil européen du 17 juin 2010 adoptant la stratégie "Europe 2020" pour l'emploi et une croissance intelligente, durable et inclusive, puis imposé notamment par le règlement (UE) n° 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. Cet objectif général est également affirmé par le règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives notamment au Fonds européen de développement régional* ».

Aux termes de ce copieux rappel du cadre juridique, le Tribunal administratif de la Réunion tire de l'objectif figurant dans la réglementation européenne applicable le fondement de l'existence d'une condition implicite. Il peut ainsi conclure de l'économie générale du dispositif d'aide au fret que la subvention versée à la société ACR se trouvait implicitement mais nécessairement subordonnée au respect d'une condition en termes de création et de maintien d'emplois. Dans cet ordre d'idées, la condition implicite n'est pas *ce pour quoi* la subvention a été allouée, mais *ce sans quoi* l'autorité administrative n'aurait jamais attribué l'avantage. En conséquence, « *la société ACR ne saurait utilement invoquer le fait que ni la délibération du 17 octobre 2017 portant octroi de la subvention, ni le projet de convention d'attribution, au demeurant dépourvu des signatures requises, n'avaient expressément mentionné que le maintien de l'emploi était au nombre des conditions d'attribution de la subvention, dans la mesure où, d'une part, cette condition découlait des normes européennes régissant la subvention et où, d'autre part, le plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant le licenciement de plus d'un tiers des effectifs a été présenté au comité d'entreprise en novembre 2017, moins d'un mois après la décision d'attribution* » (point 8).

²⁵ CE, 5 juill. 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, préc.

On pourra argumenter que, dans cette affaire, le lien entre le dispositif FEDER en faveur de la compensation des surcoûts de transports et l'objectif général de préservation des emplois était, si ce n'est évident, du moins pas insurmontable pour le bénéficiaire de la subvention – ce qui rend moins critiquable la découverte d'une condition implicite par le juge administratif. Le degré de compatibilité de la condition implicite avec les garanties de transparence et d'accessibilité offertes aux administrés dépend, ainsi, du caractère surmontable ou insurmontable de l'opacité constatée. Si le bénéficiaire est en mesure de déterminer l'événement conditionnel avant que le juge ne le constate et ne le lui oppose – ce qui peut être soutenu en l'espèce – la condition implicite ne pourra apparaître comme arbitraire ou opaque. Si au contraire l'administré se trouvait dans l'incapacité de deviner par avance l'existence de l'événement conditionnel, cette opacité porte une atteinte excessive et illégitime à la stabilité de la situation juridique. En pareille hypothèse, la condition devrait, en tout état de cause, être inopposable.



10. 2. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Hébergement d'urgence – référé-liberté – carence de l'administration – droit des étrangers – astreinte – Mayotte

Tribunal administratif de Mayotte, ord., 5 février 2020, *M. F.*, req. n° 2000158 et Tribunal administratif de Mayotte, ord., 13 février 2020, *M. F.*, req. n° 2000210.

Fleur DARGENT, Maître de conférences en droit public, C.U.F.R. de Mayotte

À Mayotte, certainement encore plus qu'ailleurs, il est difficile de concilier les réalités sociales et matérielles, notamment en matière de logement, et les exigences – qui s'imposent aux autorités étatiques – de garantie du droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi.

En l'espèce, *M. F.*, un ressortissant comorien s'adresse au juge administratif par la voie du référé liberté afin de faire valoir son droit à un hébergement d'urgence. Le requérant soutient qu'il est dans une situation particulièrement précaire dans la mesure où il a perdu ses deux jambes à la suite d'un accident survenu en mer avec le bateau de la gendarmerie. Amputé des deux jambes, il vit depuis sa sortie de l'hôpital, avec son père, âgé de 51 ans, venu le rejoindre en

kwassa¹ depuis les Comores, dans une case en taule située sur les hauteurs de Mamoudzou, cette case étant partagée avec un couple et leurs quatre enfants. Étant donné la nécessité pour lui de se rendre à des rendez-vous médicaux qui ont lieu deux fois par semaine, il doit être assisté par son père qui le transporte sur ses épaules sur une distance de 500 mètres avec dénivelés jusqu'au lieu où il a déposé au préalable le fauteuil roulant donné par le centre hospitalier de Mayotte (CHM). Sa demande d'hébergement d'urgence lui a pourtant été refusée par un courriel du 28 janvier 2020 du Service d'accueil intégré de l'accueil et de l'orientation de Mayotte (SIAO urgence) au double motif qu'il est en situation irrégulière et qu'il n'existe pas d'hébergement d'urgence adapté aux personnes à mobilité réduite.

Il a formé un référé-liberté sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, lequel dispose que : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public [...] aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

Le cas de M. F. donne au juge administratif une nouvelle occasion de se prononcer sur le droit à l'hébergement d'urgence en tant que liberté fondamentale, treize ans après que le législateur a décidé de reconnaître un droit au logement opposable par la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007. Toutefois, si le droit à l'hébergement d'urgence semble une composante du droit au logement, les procédures ouvertes aux justiciables ne sont pas les mêmes. Concernant le droit à l'hébergement, le recours est prévu par l'article R. 441-18 du code de la construction et de l'habitation, lequel mentionne l'accueil dans « *une structure d'hébergement, un logement de transition, un logement dans un logement-foyer ou une résidence hôtelière à vocation sociale* », ce qui induit une certaine pérennité que l'on ne trouve pas en matière d'hébergement d'urgence. En outre, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser « *que la reconnaissance du droit à un hébergement par une décision d'une commission de médiation doit constituer, pour les demandeurs qui en bénéficient, une étape vers l'accès à un logement autonome ; que, par suite, l'hébergement attribué à des demandeurs reconnus comme prioritaires par une commission de médiation doit présenter un caractère de stabilité, afin, notamment, de leur permettre de bénéficier d'un accompagnement adapté vers l'accès au logement* »². Par suite, la voie du référé-liberté est fermée, en cas de silence de l'autorité préfectorale, pour ordonner l'exécution d'une décision de la commission de médiation qui est compétente

¹ Embarcation de pêche.

² CE 22 avril 2013, req. n° 358427, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ Pambindoni* ; cf. O. LE BOT, « Le référé-liberté au secours du recours DALO ? », *AJDA* 2017, p. 1784.

dans le cadre de la demande de logement de même que pour permettre l'exécution d'un jugement DALO.

Il en va autrement en matière d'hébergement d'urgence pour lequel le requérant peut se tourner vers le recours de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Ce droit est régi par l'article L. 345-2 du code de l'action sociale et des familles qui dispose que « *Dans chaque département est mis en place, sous l'autorité du représentant de l'État, un dispositif de veille sociale chargé d'accueillir les personnes sans abri ou en détresse, de procéder à une première évaluation de leur situation médicale, psychique et sociale et de les orienter vers les structures ou services qu'appelle leur état. Cette orientation est assurée par un service intégré d'accueil et d'orientation, dans les conditions définies par la convention conclue avec le représentant de l'État dans le département prévue à l'article L. 345-2-4. / Ce dispositif fonctionne sans interruption et peut être saisi par toute personne, organisme ou collectivité.* ». Selon l'article L. 345-2-2 du même code : « *Toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique ou sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence. / Cet hébergement d'urgence doit lui permettre, dans des conditions d'accueil conformes à la dignité de la personne humaine, de bénéficier de prestations assurant le gîte, le couvert et l'hygiène, une première évaluation médicale, psychique et sociale, réalisée au sein de la structure d'hébergement ou, par convention, par des professionnels ou des organismes extérieurs et d'être orientée vers tout professionnel ou toute structure susceptibles de lui apporter l'aide justifiée par son état, notamment un centre d'hébergement et de réinsertion sociale, un hébergement de stabilisation, une pension de famille, un logement-foyer, un établissement pour personnes âgées dépendantes, un lit halte soins santé ou un service hospitalier.* ». L'article L. 345-2-3 de ce code précise en outre que : « *Toute personne accueillie dans une structure d'hébergement d'urgence doit pouvoir y bénéficier d'un accompagnement personnalisé et y demeurer, dès lors qu'elle le souhaite, jusqu'à ce qu'une orientation lui soit proposée. Cette orientation est effectuée vers une structure d'hébergement stable ou de soins, ou vers un logement, adaptés à sa situation.* ». Et en vertu de l'article L. 121-7 même code : « *Sont à la charge de l'Etat au titre de l'aide sociale : / [...] 8° Les mesures d'aide sociale en matière de logement, d'hébergement et de réinsertion, mentionnées aux articles L. 345-1 à L. 345-3 [...]* ».

C'est en se fondant sur ces articles que le requérant s'est adressé au SIAO afin d'obtenir un hébergement d'urgence nécessaire à la poursuite de ses soins médicaux post-opératoires, eu égard à la précarité de sa situation. Sa demande lui ayant été refusée au motif qu'il est en situation irrégulière d'une part, et qu'il n'existe pas, à Mayotte, de lieu adapté aux personnes à mobilité réduite, il a engagé un recours en référé-liberté estimant la condition d'urgence remplie au regard de son état de santé et de la circonstance que son père est en situation irrégulière et peut être reconduit à tout moment. En outre, selon lui, un tel refus

porte atteinte à son droit à un hébergement d'urgence, à sa dignité, à son droit à la vie et à celui de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants au sens des articles 2 et 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

C'est par un revirement de jurisprudence que le Conseil d'Etat a ouvert ce recours en matière d'hébergement d'urgence, estimant que la méconnaissance des obligations qui s'imposent à l'administration peut constituer une atteinte grave à une liberté fondamentale³. Confronté au cas d'un ressortissant ivoirien privé de foyer à la suite d'un incendie et qui s'est vu refuser par le préfet une solution de relogement, le Conseil d'Etat a déclaré dans une ordonnance du 10 février 2012 qu'« *il appartient aux autorités de l'Etat de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale ; qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut, contrairement à ce qu'a estimé le juge des référés de première instance, faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ; qu'il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée* »⁴.

Ce faisant, le juge administratif suprême s'est détaché de l'appréciation retenue par le Conseil constitutionnel qui considérait le droit au logement comme un simple objectif de valeur constitutionnelle et a ouvert la voie à une appréciation subjective de cette nouvelle liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Depuis cette date, le juge devra apprécier de manière concrète si l'abstention ou le refus de l'autorité compétente d'accorder un hébergement d'urgence a causé une atteinte grave et manifestement illégale au requérant. Il devra pour cela, mettre en balance d'un côté l'action (ou l'inaction) de l'administration et la situation du demandeur de l'autre, étant entendu que le juge tiendra compte, d'une part, des moyens (souvent limités) en matière d'hébergement d'urgence mais aussi des conséquences qu'une carence dans l'accès à un tel hébergement a entraîné au regard notamment de l'âge, de l'état de la santé et de la situation familiale du demandeur.

⁴ CE ord., 10 février 2012, *Fofana*, req. n°356456. Cette ordonnance constitue un revirement de jurisprudence dans la mesure où jusqu'alors, le juge administratif refusait d'accepter que la carence de l'Etat dans l'attribution d'un hébergement d'urgence était susceptible de fonder un référé-liberté. Cf. CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, req. n°245697.

Autrement dit, c'est une grille d'analyse pragmatique qui est proposée au juge administratif, prescrivant une certaine rigueur dans l'appréciation de la violation. Il ne suffit, en effet, pas que l'administration n'ait pas fourni un hébergement d'urgence à qui le lui demande ; il faut que cette carence soit caractérisée par une abstention délibérée et manifeste de la part de l'administration qui aurait pu agir et qui ne l'a pas fait. Le juge se montre donc conscient de la difficulté pour l'administration de fournir des places dans des hébergements d'urgence à tous les demandeurs, surtout dans des endroits où le parc locatif dédié est extrêmement restreint ou surchargé⁵. Il faut également que le requérant soit dans une situation telle que cette carence lui préjudicie gravement. C'est ainsi, par exemple, que le Conseil d'Etat a pu relever dans une ordonnance du 11 janvier 2017 que « *l'administration, qui ne dispose pas à Paris de places d'hébergement en nombre suffisant pour répondre à l'ensemble des demandes qui lui sont présentées, a dû définir un ordre de priorité tenant compte de la situation particulière des demandeurs et, d'autre part, que M.A., âgé de 24 ans, est célibataire, sans enfant et n'apporte aucune précision quant à son état de santé* ». Par suite, l'administration n'a pas porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'hébergement d'urgence⁶.

C'est bien à cette analyse concrète que va se livrer le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte. Pour estimer remplie la condition de l'urgence, le juge va noter que l'état de santé du requérant est considérablement dégradé et que son père, qui est le seul à lui porter assistance, est en situation irrégulière et est susceptible d'être reconduit à la frontière à tout moment.

Concernant la question de l'atteinte grave et manifestement illégale au droit à un hébergement d'urgence, le juge relève l'absence de diligences opérées par les services compétents de l'Etat. L'argument avancé en défense selon lequel il n'existerait pas à Mayotte d'hébergement adapté aux personnes à mobilité réduite ne peut être pertinent en l'espèce au regard de l'état de santé du requérant et de la nécessité pour lui de recevoir des soins médicaux réguliers pour une durée de six semaines à compter de sa sortie de l'hôpital et de pouvoir bénéficier, pendant cette période, d'un environnement salubre.

⁵ Selon Nicolas Démoulin, député et rapporteur du Groupe de travail sur l'hébergement d'urgence, « *Malgré une hausse continue des dépenses et du nombre de places d'hébergement disponibles, les capacités des centres d'hébergement semblent aujourd'hui saturées dans certains territoires. A Toulouse, seulement 6 % des appels au 115 sont décrochés tandis qu'à Montpellier, seules 15 % des demandes d'hébergement obtiennent une solution. Dans les territoires tendus, des critères informels de priorisation des publics ont donc été mis en place, si bien que certains profils de sans-abri, comme les hommes isolés, renoncent à faire une demande d'hébergement* ». Voir Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, Conclusions du groupe de travail sur l'hébergement d'urgence, 2019, disponible sur : [Conclusions+GT+Hébergement+-+M.+Démoulin.pdf \(assemblee-nationale.fr\)](#)

⁶ CE ord., 11 janvier 2017, *M. B. A*, req. n°406154

Il en va ainsi de la situation du requérant au regard du droit au séjour, le fait qu'il soit ressortissant comorien sans titre de séjour ne constituant pas un obstacle à son droit à un hébergement d'urgence. Auparavant, le Conseil d'Etat s'était montré assez strict sur l'accès des personnes en situation irrégulière à l'hébergement d'urgence, notamment à l'égard de ceux qui font l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou dont la demande d'asile a été définitivement rejetée et qui doivent ainsi quitter le territoire en vertu des dispositions de l'article L. 743-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Il avait décidé que *« n'ayant pas vocation à bénéficier du dispositif d'hébergement d'urgence, une carence constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne saurait être caractérisée, à l'issue de la période strictement nécessaire à la mise en œuvre de leur départ volontaire, qu'en cas de circonstances exceptionnelles »*, comme par exemple, la présence de très jeunes enfants. Si le requérant ici, n'a pas fait l'objet de telles décisions de l'administration, l'exposé de sa situation témoigne de l'extrême gravité de son état de santé.

Tenant compte de l'ensemble des éléments relatifs à la vie du requérant qui se trouve dans une situation de grande précarité du fait de son état de santé, d'un environnement insalubre et d'une assistance aléatoire apportée par son père, lui-même dans une condition incertaine, le juge estime que l'administration a violé le droit à l'hébergement d'urgence qui est octroyé à *« toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale »*. Faisant droit aux prétentions du requérant, le juge administratif a enjoint au préfet de Mayotte de lui procurer dans un délai de 48h, un lieu susceptible de l'héberger pendant la durée nécessaire à la poursuite de ses soins post-opératoires, décidant de ne pas assortir cette injonction d'une astreinte. Toutefois, le 7 février 2020, M. F. a de nouveau saisi le juge administratif, afin qu'il constate l'inexécution de l'ordonnance rendue le 5 février 2020 et qu'il enjoigne sous astreinte au préfet de Mayotte d'exécuter cette ordonnance.

Dans son ordonnance du 13 février 2020, le juge administratif rappelle classiquement l'article L. 911-4 du code de justice administrative qui dispose qu'*« en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution. / [...] Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte... »* et ceux de l'article R. 921-1-1 du même code relatif aux mesures nécessaires à l'exécution d'une décision de justice, qui énonce que dans le cas où le tribunal a ordonné une mesure d'urgence, cette demande peut être présentée sans délai ou, si le tribunal a déterminé un délai dans lequel l'administration doit prendre les mesures d'exécution qu'il a prescrites, à l'expiration de ce délai.

Constatant que le préfet de Mayotte « *n'a pas procuré de logement à M. F. ni même fait état de la moindre diligence à cette fin, alors qu'il a pu être constaté à l'audience que le requérant se trouve toujours dans une situation médicalement dégradée et dans un logement précaire et insalubre incompatible avec son état de santé* », il enjoint au préfet de Mayotte de prendre dans un délai de 72h les dispositions nécessaires afin de fournir un hébergement d'urgence au requérant susceptible de l'accueillir pendant la durée de ses soins, à peine, passé ce délai, d'une astreinte de 300 euros par jour de retard.

Cette ordonnance de référé témoigne, une fois encore, de la nécessité de tenir compte, dans l'appréciation de la violation d'une liberté fondamentale, des circonstances concrètes de la situation du requérant, mais aussi des contraintes auxquelles l'administration est soumise, surtout dans le contexte parfois tendu de l'Ile aux parfums. À l'égard du requérant, on peut affirmer que « *la modernité et la puissance du référé-liberté se trouvent, si cela était encore nécessaire, une fois de plus démontrées* »⁷.



10.6. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Nouvelle Route du Littoral – carrière de Bois blanc – autorisation d'exploiter – schéma départemental des carrières – régularisation – annulation

Tribunal administratif de La Réunion, 31 décembre 2020, *Association de défense de l'environnement et du patrimoine naturel et touristique de Saint-Leu, les Avirons et l'Étang-Salé et a.*, req. n° 1900282, 1900283, 1900579.

Rémi RADIGUET, Maître de conférences en droit public, Université de Perpignan Via Domitia, CDED (EA 4216, Chercheur associé à l'IMH (EA 4657) de l'université de Toulouse 1 Capitole et au CRJ (EA 14) de l'université de La Réunion

Chacun sa route, chacun son chemin ?

À propos du contentieux relatif à la Nouvelle Route du Littoral (NRL).

Que dirait le regretté artiste « Tonton David », enfant du Péï, en observant les diverses voies contentieuses et en constatant que nombreuses conduisent vers un destin juridique funeste pour la réalisation de la Nouvelle Route du littoral ? Probablement constaterait-il que les belles paroles de sa célèbre chanson – « *j'ai fait un rêve le peuple était au pouvoir* » – se sont en quelque sorte réalisées par la

⁷ A. DURANTHON, « Le droit à l'hébergement d'urgence constitue une liberté fondamentale », *AJDA* 2012, p. 716.

voie du prétoire. Parce qu'en matière de projets d'aménagement du territoire d'une certaine ampleur la mobilisation citoyenne d'opposition, si elle est essentielle politiquement¹, se poursuit inéluctablement sur le terrain contentieux conduisant ainsi à une certaine instrumentalisation du droit. La décision du tribunal administratif du 31 décembre 2020 n'est qu'une illustration succédant à de nombreuses autres décisions de contestation de la réalisation des carrières nécessaires pour la réalisation de la partie digue de la nouvelle route du littoral².

En l'espèce, l'association de défense de l'environnement et du patrimoine naturel et touristique de Saint-Leu, les Avirons et l'Etang-Salé, l'association « société réunionnaise pour l'étude et la protection de l'environnement » dite SREPEN, l'association « société d'étude ornithologique de La Réunion » dite SEOR, l'association Vie Océane, la commune de Saint-Leu ainsi que plusieurs requérants personnes physiques demandent l'annulation de l'arrêté préfectoral du 28 décembre 2018 autorisant la société de concassage et de préfabrication de La Réunion (SCPR) à exploiter une carrière de roches massives et ses installations connexes au lieu-dit Ravine du Trou-Bois Blanc sur le territoire de la commune de Saint-Leu. Plusieurs moyens sont soulevés tels que l'illégalité de la dérogation au statut d'espèces protégées, celle de la consultation de l'ARS, l'incomplétude de l'étude d'impact et du dossier d'enquête publique, la méconnaissance du schéma départemental des carrières, la mise en compatibilité du plan local d'urbanisme de Saint-Leu ne respectant pas la loi Littoral. En défense, l'État et la SCPR concluent à titre principal au rejet de la requête et la SCPR demande à titre subsidiaire au juge qu'il use des pouvoirs prévus à l'article L.181-18 du code de l'environnement pour sursoir à statuer dans l'attente de l'élaboration d'un nouveau schéma départemental des carrières.

Le juge administratif se prononce en premier lieu sur l'intérêt à agir des requérants en retenant une conception classique de cette notion lui permettant de considérer les requêtes recevables. Pour se prononcer sur la légalité au fond de l'arrêté, il focalise son analyse sur l'articulation juridique entre le schéma départemental des carrières et l'autorisation d'exploiter telle que prévue à l'article L.515-3 du code de l'environnement qui soumet ladite autorisation à un rapport de compatibilité. Pour statuer sur le respect du schéma par l'autorisation, le juge est amené au préalable à adopter une approche « archéologique » du droit afin de déterminer quel est le schéma applicable en l'espèce, celui-ci ayant connu plusieurs annulations contentieuses. Cette identification du schéma étant faite, il considère qu'au vu des règles applicables, l'autorisation délivrée n'est pas

¹ La mobilisation citoyenne est à l'origine de plusieurs décisions d'arrêt d'importants projets comme Europacity ou l'aéroport Notre-Dame des Landes.

² Cf. notamment commentés au sein de cette même revue : CE 3 avril 2020, *Ministre de l'agriculture et de l'alimentation c/ SREPEN*, req. n°430646, 430649, *RJOI* 2020, n°28, p. 417, note R. RADIGUET ; TA de La Réunion, 29 avril 2019, *SREPEN et Commune de Saint-Leu c/Préfet de La Réunion*, req. n°1900354, *RJOI* 2020, n°27, p. 240, note R. RADIGUET.

compatible avec le schéma et est donc illégale. Il en vient ensuite à se prononcer sur la possibilité de sursoir à statuer sollicitée par la SCPR dans l'attente de la régularisation de la décision et considère que ce pouvoir ne peut être utilisé en l'espèce à défaut d'informations sur la modification future de la réglementation actuelle.

En statuant ainsi le juge administratif se met « hors du temps » en maniant avec prudence la montre. Il effectue ainsi un retour assuré dans le passé (I) tout en se refusant d'effectuer un retour vers le futur (II).

I. Retour assuré dans le passé

Le juge administratif examine à titre principal la question de la légalité de l'autorisation d'exploiter par rapport au schéma départemental des carrières en vertu de l'article L.515-3 du code de l'environnement « à la date de l'arrêté attaqué » qui précise que « *II [...] les autorisations et enregistrements d'exploitations de carrière [...] doivent être compatibles avec [le] schéma* ». Pour ce faire, le juge administratif détermine en premier lieu quel est le schéma applicable. Il indique dans son §12 que l'arrêté du préfet de La Réunion du 26 août 2014 approuvant le schéma départemental des carrières de La Réunion a été annulé par une décision devenue définitive de la cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 29 mai 2014 et que par conséquent, il convient de se fonder sur le schéma départemental des carrières adopté par l'arrêté du préfet de La Réunion du 22 novembre 2010.

La règle de la survivance du document immédiatement antérieur au schéma départemental des carrières. L'application du document immédiatement antérieur à la décision litigieuse n'allait pas de soi. Par analogie, la jurisprudence a paru hésitante sur la question à propos de l'annulation des documents de planification en matière d'urbanisme avant que le législateur n'intervienne pour clarifier la question en affirmant que « *l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale a pour effet de remettre en vigueur le schéma de cohérence territoriale, le plan local d'urbanisme, le document d'urbanisme en tenant lieu ou la carte communale immédiatement antérieur* »³. La règle prévue avant l'intervention du législateur était de considérer que la commune n'était plus couverte par un plan d'occupation des sols (POS) et qu'elle était dès lors soumise au règlement national d'urbanisme (RNU)⁴ avant que le Conseil d'État n'affirme dans son avis du 9 mai 2005

³ Code de l'Urbanisme, L. 600-12.

⁴ CE, 13 mars 2002, *Heukeshaven*, req. n°228570, *Construction-Urbanisme* 2002, n°153, note CORNILLE ; *ibid*, n°252, note BENOIT-COTTIN.

Marangio que la règle est celle du retour au document immédiatement antérieur⁵. C'est cette règle de principe qui est mise en œuvre pour le schéma départemental des carrières.

L'incompatibilité du projet par rapport au schéma de 2010. Dès lors que le juge est fixé sur le schéma applicable, il lui fallait déterminer si celui-ci permettait ou non la réalisation de la carrière. Il reprend à son compte la notion de compatibilité telle que récemment dégagée dans le domaine de l'eau et qui se veut plutôt souple par rapport aux autorisations litigieuses⁶ en prévoyant une approche globale de la compatibilité de l'autorisation à l'échelle du territoire du document de planification. Il indique ainsi qu'il « *appartient au juge de rechercher si l'autorisation ne contrarie pas les objectifs du schéma départemental en se plaçant à l'échelle du département, qui est le territoire couvert par le schéma* ». Malgré cet assouplissement, le juge administratif considère que le projet est incompatible avec le schéma. Pour ce faire, il se fonde sur les documents graphiques figurant dans le schéma en indiquant qu'« *en tant qu'ils délimitent les zones dont la protection doit être privilégiée, [ils] sont opposables aux demandes d'autorisation d'exploitation de carrière* ». Or le projet de carrière est inclus dans les zones 1 qui prévoient l'interdiction de réaliser des carrières au motif de leur incompatibilité avec le milieu naturel. Le jugement précise en outre que « *si les dix espaces carrières limitativement énumérés et identifiés à l'annexe 3 du schéma dérogent à cette interdiction, il est constant que l'espace carrière 'La Ravine du Trou' n'en fait pas partie* ». Il poursuit enfin l'analyse de la compatibilité en précisant que « *l'évaluation des besoins en granulats à l'horizon 2020* » fait bien mention des « *besoins futurs des grands chantiers de travaux publics* » mais ne prévoit pas que l'exploitation de carrières pour « *les besoins de matériaux de remblai pour les digues de la nouvelle route du littoral* ». Ces considérations amènent alors le juge administratif à affirmer que l'autorisation est incompatible avec le schéma en vigueur qui « *ne prévoit pas l'exploitation d'une carrière à la Ravine du Trou mais au contraire, l'interdit* ». À contrariété manifeste, incompatibilité évidente nonobstant l'approche globale de l'analyse ! Pour faire échapper l'autorisation à cette incompatibilité, les défenseurs entendaient alors attaquer la légalité du schéma départemental de 2010.

La question de la légalité du schéma départemental des carrières antérieur. Pour contester l'application de ce schéma à l'autorisation d'exploiter,

⁵ CE, avis, 9 mai 2005, *Marangio*, n° 277280, *Rec.*, p. 95, *BJDU* 2005, p. 162, concl. E. GLASER ; *Construction-Urbanisme* 2005, n° 166, note P. BENOIT-CATTIN ; *Coll. terr.* 2005, n° 144, note G. PELLISSIER ; *RFDA* 2005, p. 1024, concl. E. GLASER ; *RDI* 2005, p. 346, chron. P. SOLER-COUTEAUX ; *Mon. TP* 21 oct. 2005, p. 106, obs. H. CHALMETON ; *AJDA* 2005, p. 1032, obs. Y. JÉGOUZO ; *JCP Adm.* 2005, p. 1253, note P. BILLET.

⁶ F. BALAGUER, « L'assouplissement du rapport de compatibilité dans le domaine de l'eau », *AJDA* 2020, p. 243.

il était invoqué l'illégalité de celui-ci en référence implicite à la jurisprudence de principe *Ponard*⁷ selon laquelle « *il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif* ». L'application de cette règle supposait de démontrer que l'application du schéma départemental des carrières du 22 novembre 2010 était impossible du fait de son illégalité, celle-ci pouvant résulter d'un changement de circonstances de fait ou de droit. Il semblerait que l'un des arguments employés par les défendeurs est d'affirmer l'illégalité du schéma pour erreur de fait au motif qu'il prévoit que « *l'exploitation de la Ravine du Trou est « inenvisageable » alors que, précisément, cette exploitation est envisagée aujourd'hui* ». Le juge administratif répond à la critique en affirmant que « *la seule circonstance qu'un document réglementaire contrarie la réalisation d'un projet d'aménagement postérieur à son adoption ne constitue pas une erreur de fait le rendant illégal et permettant à l'autorité administrative de s'en affranchir plutôt que de le modifier* ». La question de la légalité du document aurait pourtant pu se poser au vu de l'évolution des circonstances de droit applicables car le schéma a connu de nombreuses évolutions législatives.

En effet, le schéma a vu son contenu fortement évoluer par plusieurs réformes apportées successivement par la loi ALUR⁸, la loi Biodiversité⁹ ou encore la loi Elan et les ordonnances qui s'en sont suivies¹⁰. Cela étant le même article L.515-3 précise en son IV que les schémas départementaux sont régis selon ledit article dans sa version antérieure à la loi ALUR jusqu'à l'adoption du schéma régional qui doit intervenir au plus tard dans un délai de 5 ans à compter du 1^{er} janvier suivant la date de publication de la même loi soit avant le 1^{er} janvier 2020 et que ce délai est porté à 10 ans. Il s'ensuit qu'en organisant cette transition, le législateur annihile en quelque sorte le motif tiré de l'évolution des circonstances de droit applicables au schéma et partant de là, à l'autorisation. Annihile-t-il par la même occasion son office de plein contentieux qui lui impose de statuer sur la légalité d'une autorisation d'exploiter au regard des règles de fond applicables à la date à laquelle il se prononce¹¹ ? En citant la version de l'article L. 515-3 du code de l'environnement en vigueur à la date de l'arrêté préfectoral alors qu'en fonction de son office il aurait dû se prononcer soit sur la version applicable au schéma sur lequel il se prononce – 2010 – soit la version applicable à la date à laquelle il statue – fin 2020 –, le juge administratif mélange les genres et *de facto* empêche d'apporter une réponse claire à cette question pourtant importante.

⁷ CE, 14 novembre 1958, *Rec.*, p. 554.

⁸ L. n° 2014-366 du 24 mars 2014, art. 129-V-6°.

⁹ L. n° 2016-1087 du 8 août 2016, art. 16-III.

¹⁰ Ord. n° 2020-745 du 17 juin 2020, art. 3.

¹¹ CE 10 janv. 2011, *Association Oiseaux nature, Association de sauvegarde des vallées et de prévention des pollutions*, req. n° 317076, *AJDA* 2011, p. 69 ; *AJCT* 2011, p. 244, obs. M. MOLINER-DUBOST.

Aucun élément de compréhension n'est non plus à rechercher du côté des pouvoirs de régularisation.

II. Retour vers le futur impossible

L'autorisation d'exploiter une carrière relève du régime juridique des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) qui est aujourd'hui regroupé avec celles du régime juridique des installations, ouvrages, travaux et activités susceptibles d'avoir des incidences sur l'eau et les milieux aquatiques sous celui de l'autorisation environnementale prévue aux articles L.181-1 et suivants du code de l'environnement. Cette autorisation environnementale permet au porteur de projet de simplifier les démarches administratives en tant qu'elle regroupe en son sein de nombreux polices administratives de l'environnement¹².

Or ce regroupement s'est accompagné d'un office législatif nouveau accordé au juge administratif qui est d'application immédiate aux litiges en cours. Il s'agit de l'article L.181-18 du code de l'environnement qui prévoit que le juge administratif saisit de conclusions dirigées contre une autorisation environnementale peut, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés soit prononcer une annulation partielle de l'autorisation et demander à l'autorité administrative de reprendre l'instruction sur la partie entachée d'irrégularité soit si l'illégalité de l'acte est susceptible d'être régularisée par une autorisation modificative surseoir à statuer, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, et fixer un délai pour permettre à l'autorité administrative de régulariser la décision. Cet office du juge de l'autorisation environnementale se superpose à celui du juge des ICPE¹³ offrant au juge administratif des pouvoirs non négligeables.

Libre de son office, le juge de l'autorisation environnementale est toutefois contraint d'en faire usage s'il s'avère qu'il est saisi en ce sens et que les vices soulevés apparaissent régularisables¹⁴. Or il appert en l'espèce que les défendeurs ont sollicité à titre subsidiaire la mise en œuvre de l'article L.181-18 du code de l'environnement sous son volet régularisation afin qu'il surseoit à statuer « *pour une durée de six mois pour permettre la notification d'une autorisation modificative du préfet de La Réunion régularisation l'autorisation d'exploiter la carrière* ». La difficulté était alors de se projeter dans un avenir proche pour déterminer le caractère régularisable du vice identifié. Le juge administratif a une

¹² Pour une approche critique du dispositif : G. WERNERT, « L'autorisation environnementale, une simplification en trompe-l'œil du droit de l'environnement », *RJ envir.* 2018, p. 585.

¹³ R. RADIGUET, « Choix du moyen, choix d'office : le champ des possibles ? *AJDA* 2019, p. 1919.

¹⁴ CE, 11 mars 2020, req. n°423164.

interprétation volontariste des possibilités de régularisation¹⁵ qui couplait avec les pouvoirs de faire acte d'administrateur réduisent drastiquement les chances de succès des requérants.

La question de la régularisation de l'autorisation d'exploiter la carrière était délicate dans la mesure où le moyen d'illégalité n'est pas intrinsèque à la décision mais repose sur son incompatibilité par rapport à une autre décision. Or cette illégalité est impossible à régulariser en modifiant la décision attaquée dès lors que la carrière identifiée et litigieuse ne peut être déplacée et que par voie de conséquence, c'est le schéma lui-même qu'il convient de modifier pour régulariser l'autorisation d'exploiter. Or la modification des règles relatives à la procédure d'élaboration et au contenu de ce schéma par rapport à celui en vigueur va dans le sens d'un renforcement des consultations et des rapports de compatibilité entre plusieurs documents nécessite un temps long et incertain pour adopter un nouveau schéma outre le fait que ces modifications rendent plus complexe la possible régularisation de l'autorisation d'exploiter. Le caractère politiquement sensible de la réalisation de la carrière qui a conduit à l'annulation du schéma de 2014 en atteste. L'ensemble de ces éléments expliquent probablement que le juge administratif ne fasse pas droit à la demande des défendeurs et rejette ainsi le surseoir à statuer en considérant que les pouvoirs qu'il tient de l'article L.181-18 du code de l'environnement « *n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre à l'autorité administrative ou au pétitionnaire d'une autorisation d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement de se prévaloir d'une modification future de la réglementation sans que soient connus ni son contenu ni sa date d'entrée en vigueur et sans que soit garantie sa légalité* ». Préférant ainsi à l'obscurité du futur la réalité tangible du présent, le juge refuse de s'engager dans la voie de l'imprévisibilité en rejetant toute possibilité de régularisation de l'acte.



¹⁵ Y. FAURE, C. MALVERTI, « Environnement : quand le juge cultive son jardin », *AJDA* 2019, p. 513.

10.9. RESPONSABILITÉ

Responsabilité de la puissance publique – Responsabilité pour risque – Responsabilité médicale – Infections nosocomiales – Responsabilité de plein droit – Responsabilité pour faute – Lien de causalité – Action récursoire – Indemnisation des victimes par ricochet

Tribunal administratif de La Réunion, 28 novembre 2019, req. n° 1700598.

Vâni HOAREAU, Doctorante en droit, Université de La Réunion

« *Je ferai tout pour soulager les souffrances* ». Cet extrait du serment d'Hippocrate prononcé par les étudiants en médecine est l'un des piliers de la déontologie médicale. Pourtant, selon le réseau d'alerte d'investigation et de surveillance des infections nosocomiales (RAISIN), on ne recense pas moins de 750 000 cas d'infections nosocomiales dans les établissements de santé français, aggravant l'état des patients hospitalisés, jusqu'à entraîner – dans les pires cas – leurs décès (4000 par an)¹.

Le 28 novembre 2019, le Tribunal administratif de La Réunion a eu à juger d'une affaire concernant Mme T., qui suite à une chute de VTT, a été prise en charge par le Centre hospitalier Gabriel Martin. Trois jours après l'opération de son importante plaie, la patiente est de nouveau hospitalisée en urgence, en état de tachycardie et en hypothermie, avant de présenter un choc septique. À la suite de cela elle est admise en réanimation au Centre hospitalier universitaire Félix Guyon en raison d'une maladie rare « dévoreuse de la peau » appelée « fasciite nécrosante », due à un streptocoque du groupe A. Alors que cette maladie est connue pour être mortelle, la patiente survit, mais connaît une limitation de son membre inférieur gauche, qui lui vaut un taux d'incapacité permanente de 30%².

Les experts désignés par la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux de La Réunion (elle-même saisie par Mme T. et son compagnon) ont déclaré que la limitation du membre inférieur gauche de la patiente résultait d'une infection nosocomiale, soit d'une contamination lors de l'opération de sa plaie au Centre hospitalier Gabriel Martin³.

De ce fait, Mme T. et son compagnon saisissent le Tribunal administratif de La Réunion en vue d'engager la responsabilité du Centre hospitalier ainsi que celle de L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales (ONIAM), en vue d'une

¹ Cf. RESEAU D'ALERTE D'INVESTIGATION ET DE SURVEILLANCE DES INFECTIONS NOSOCOMIALES (RAISIN), « Enquête nationale de prévalence 2012 des infections nosocomiales et des traitements anti-infectieux en établissements de santé », Mai-juin 2012.

² Cf. Point 17 de la décision commentée.

³ Cf. Point 2 de la décision commentée.

indemnisation des dommages subies suite à son infection. Le couple souhaite d'une part que les deux établissements publics soient solidairement condamnés à réparer leur dommage et d'autre part que la responsabilité pour faute de l'administration soit engagée. Le Centre hospitalier de son côté, remet en cause l'existence de l'infection nosocomiale invoquée et soutient qu'aucune faute n'a été commise lors de la prise en charge de Mme T.

La question soumise au juge administratif est de savoir quel régime de responsabilité s'applique en l'espèce.

Pour ce faire, le juge administratif a vérifié que le dommage résulte bien d'une infection nosocomiale (I) afin de déterminer le régime d'indemnisation applicable (II).

I. La confirmation du caractère nosocomial de l'infection à l'origine du dommage

Pour confirmer le caractère nosocomial de l'infection litigieuse, le juge se livre au contrôle des critères posés par la jurisprudence (A). Il rappelle en ce sens que le couple n'est pas en mesure d'invoquer la responsabilité pour faute de l'administration hospitalière. Et pour cause, en matière d'infection nosocomiale, le régime applicable est la responsabilité sans faute de l'administration (B).

A. La réunion des critères jurisprudentiels caractérisant une infection nosocomiale

L'infection nosocomiale est reconnue par le Conseil d'État comme étant « *une infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge et qui n'était, ni présente, ni en incubation au début de cette prise en charge* »⁴. À la lecture de cette définition, on relève alors un critère spatio-temporel : « au cours ou décours de la prise en charge du patient », autrement dit, durant le séjour médical. Il a d'ailleurs déjà été précisé que si une infection n'a pas eu lieu durant le séjour au sein d'un établissement de santé, elle perd son caractère nosocomial⁵. En effet, le critère de lieu témoigne du lien entre l'infection et le soin⁶.

Mais, ledit lien entre l'infection et le soin n'est pas automatique. En témoigne l'affaire *Mme D.* rendue par le Conseil d'État le 23 mars 2018 qui a

⁴ CE, 21 juin 2013, req. n° 347450.

⁵ C. LANTERO, « La notion de cause étrangère dans les infections nosocomiales et le recours des tiers lorsque l'ONIAM indemnise », *ADJA* 2011, p. 2536.

⁶ CE, 9 juin 2017, req. n° 401497, concl. M. N. POLGE : « *Une infection est dite associée aux soins si elle survient au cours ou au décours d'une prise en charge* ».

conduit à un encadrement restrictif de la définition de l'infection nosocomiale⁷. Dans ladite affaire, le critère spatio-temporel était rempli. En effet, la contamination s'était bien déclarée au cours du séjour au sein de l'établissement. Néanmoins, l'infection ne demeurait pas moins sans lien avec les actes de soins pratiqués – dans le cadre de la prise en charge de la patiente –, ni de son séjour au sein de l'établissement. L'infection avait pour origine la pathologie ayant nécessité l'hospitalisation. C'est pourquoi le juge de la haute juridiction administrative a précisé que l'infection nosocomiale résultait d'une infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge et qui n'était, ni présente, ni en incubation au début de cette prise en charge, « *sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge* »⁸.

Dans l'espèce soumise au Tribunal administratif de La Réunion commentée ici, l'établissement de santé qui a pris en charge la requérante demande une contre-expertise s'agissant l'existence d'une infection nosocomiale et remet en cause l'existence d'une infection associée aux soins. Toutefois, conformément au rapport de la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux de La Réunion, le juge affirme l'existence de l'infection nosocomiale. Pour ce faire, ce dernier s'est référé à la définition jurisprudentielle de l'infection nosocomiale susmentionnée. Ainsi, pour reconnaître le caractère nosocomial de l'infection litigieuse le juge va rechercher si les conditions de lieu et de temps sont remplies.

Premièrement il recherche le lien entre l'infection litigieuse et l'acte de soin. Pour reconnaître l'existence d'un tel lien, il se réfère au rapport des experts de la CCI qui atteste que le dommage de la requérante résulte « *d'une infection par streptocoque du groupe A, survenue trois jours après les suites immédiates de la suture d'une importante plaie du creux inguinal gauche* »⁹. De plus, le juge précise que la bactérie étant d'origine humaine et non tellurique, la patiente n'a pas pu la contracter lors de sa chute de vélo. Enfin, il est précisé que « *il ne résulte pas de l'instruction que la contamination ait été en incubation avant les soins reçus [au sein de l'établissement santé]* ». Les conditions de temps et de lieu permettant de caractériser le caractère nosocomial de l'infection sont dès lors remplies.

⁷ CE, sect., 23 mars 2018, *M^{me} D.*, n° 402237, concl. L. MARION.

⁸ *Ibid.*, concl. L. MARION.

⁹ Cf. point 5 de la décision.

B. Une responsabilité sans faute de l'administration en matière d'infection nosocomiale

Comme l'a si bien souligné le Conseil d'État lui-même : « *Le droit de la responsabilité hospitalière est [...] marqué par la coexistence et l'articulation de règles relevant d'une logique de responsabilité pour faute et de régimes de réparation, sans faute, des dommages subis au titre de la solidarité nationale* »¹⁰.

Depuis 1992, le Conseil d'État a institué un régime de faute simple en matière de responsabilité médicale, en abandonnant la faute lourde¹¹. L'on retrouve alors une diversité de fautes reconnues en matière de responsabilité de l'administration hospitalière, notamment la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Ainsi, le mauvais entretien des locaux et du matériel, et notamment les infections nosocomiales, constitue un motif d'engagement de la responsabilité de l'administration hospitalière. Le juge administratif a d'abord défini un régime de présomption de faute en la matière¹². Depuis 2002, le législateur est intervenu, instituant régime légal de responsabilité médicale fondée sur la faute. Ce régime a été consacré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹³.

Ainsi, l'on peut lire à l'article L.1142-1 I alinéa 1 du Code de la santé publique : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ». En ce sens, les établissements de santé dans les cas prévus à cet article ne sont responsables uniquement et seulement en cas de faute, il ne s'agit plus d'une faute présumée mais bien d'une faute prouvée.

Il résulte ainsi de l'alinéa 2 de l'article L.1142-1 I du CSP que : « *Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». Cela signifie que, dès lors qu'il y a infection nosocomiale, il y a responsabilité, sans faute de l'administration. Ici nous voyons

¹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, « L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics », Dossier thématique, 5 janvier 2015, consultable en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/l-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics>.

¹¹ CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V*, req. n°79027.

¹² CE, 9 septembre 1988, *M.X*, req. n°65087.

¹³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002, texte n° 1.

donc apparaître un régime de responsabilité de plein droit de l'administration, faisant exception au régime de responsabilité pour faute en matière médicale précédemment évoqué. En effet, les infections nosocomiales font partie du régime de la responsabilité pour risque de l'administration¹⁴. Ce régime de responsabilité de plein droit peut toutefois être renversé si l'administration démontre une cause étrangère. À cet égard, le juge administratif a eu l'occasion de préciser que la preuve d'une cause étrangère est rapportée lorsque deux conditions sont réunies : l'imprévisibilité et l'irréversibilité, soit les critères de la force majeure, mais aussi la faute la victime ainsi que le fait du tiers.¹⁵

Le Conseil d'État a par ailleurs jugé que la responsabilité de plein droit de l'administration en matière d'infections nosocomiales constituait un moyen devant être soulevé d'office, mais que le juge administratif doit préalablement en avertir l'établissement afin qu'il puisse faire valoir éventuellement l'existence d'une cause étrangère¹⁶. En l'espèce, le juge précise au point 5 de la décision qu'il ne résulte pas des documents d'expertise que la contamination litigieuse ait été en incubation avant les soins, « *ni qu'elle provienne d'une cause étrangère* ».

Il semblerait alors que l'administration ne peut en l'espèce bénéficier d'une cause d'exonération, et est responsable des dommages causés par l'infection nosocomiale de la patiente au sens de l'alinéa 2 de l'article L.1142-1 I du CSP. Ceci étant précisé, il faut désormais s'intéresser à l'indemnisation des préjudices subies (II).

II. Une indemnisation certaine en matière d'infection nosocomiale

La victime d'une infection nosocomiale est toujours indemnisée. La charge de l'indemnisation dépendra quant à elle du taux d'atteinte de l'intégrité physique ou psychique de la victime. En l'espèce l'indemnisation relève de la solidarité nationale (A). Une action récursoire de l'ONIAM est toutefois possible en cas de faute prouvée de l'administration dans la prise en charge de la patiente (B).

A. L'indemnisation au titre de la solidarité nationale

L'article L.1142-1, II du CSP prévoit la réparation au titre de la solidarité nationale des « *préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit* ». Si l'on se livre à une lecture *a contrario* de cet article, on comprend que les ayants

¹⁴ Cf. « Responsabilité administrative pour risque », *Fiches d'orientation Dalloz*, Septembre 2019.

¹⁵ CE, 2 février 2011, *Leverne*, n° 320052, à mentionner aux Tables ; CE, 10 octobre 2011, req. n° 328500 ; CE 12 mars 2014, req. n° 358111 ; D. CRISTOL, « Infections nosocomiales : entre responsabilité et solidarité », *RDSS* 2019, p. 983.

¹⁶ CE, 6 mars 2015, *Centre hospitalier de Roannes*, req. n° 368520.

droit ne pourraient obtenir réparation en cas de survie de la victime¹⁷. Toutefois, l'article L.1142-1-1 du CSP dispose :

« [...] ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale :

1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 1142-1 correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à 25 % [...] ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales

2° Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins. »

Dans cet article L.1142-1-1 du CSP, la limitation posée à l'article L.1142-1, II du même code n'apparaît pas. Cette absence de mention a conduit le Conseil d'État, puis la Cour de Cassation, à l'analyse suivante : appliquer au régime d'indemnisation de l'article L.1142-1-1 une règle restrictive qui n'est prévue que par les dispositions autonomes de l'article L.1142-1 II, reviendrait à juger *ultra petita*¹⁸. En ce sens, dans l'hypothèse de L.1142-1-1 du CSP, une victime par ricochet peut être indemnisée, même en cas de survie de la victime directe.

En l'espèce le sort de la victime directe relève de l'indemnisation visée à l'article L.1142-1-1 du CSP car le juge relève que les dommages subis par Mme T. ont entraîné un déficit fonctionnel permanent de 20% (soit supérieur au taux fixé par l'article D.1142-1 du CSP)¹⁹. En ce sens, la victime sera indemnisée au titre de la solidarité de nationale visée à l'article L.1142-1-1 du CSP, article qui n'exclut pas une indemnisation de la victime par ricochet.

En l'espèce, le compagnon de la patiente ayant contractée l'infection nosocomiale demande trois types d'indemnisation. Premièrement, le remboursement des frais que l'hospitalisation de sa compagne lui a causé (déplacement, hébergement, restauration)²⁰. Deuxièmement, le compagnon réclame une « *juste évaluation du préjudice d'affection* » subi par ce dernier en raison de « *l'altération physique* » de sa compagne consécutivement à l'infection nosocomiale que celle-ci a contracté, ainsi que la « *douleur morale* » qu'il a pu ressentir en voyant sa compagne dans un tel état²¹. Il convient à cet égard de

¹⁷ CE, 30 mars 2011, req. n° 327669.

¹⁸ CE, 9 décembre 2016, ONIAM, req. n° 390892, AJDA 2016, p. 2411 ; Civ. 1^{re}, 8 févr. 2017, req. n° 15-19.716.

¹⁹ Cf. point 5 de la décision.

²⁰ Cf. point 23 de la décision.

²¹ Cf. point 24 de la décision.

préciser que, si la jurisprudence estimait qu'on ne pouvait « monnayer » des larmes²², depuis la décision du Conseil d'État, *Ministre des Travaux publics c/ Consorts Letisserand* du 24 novembre 1961, l'indemnisation de la douleur morale est admise et est aujourd'hui (presque) systématiquement reconnue²³. Enfin, le compagnon de la victime réclamait l'indemnisation des « *préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels couvrant leur mode de vie au quotidien* » du fait de l'état de santé de sa compagne²⁴. Ici, pas de difficulté, le Conseil d'État reconnaît une telle indemnisation aux victimes par ricochet, que la victime directe soit décédée ou non²⁵.

Le Tribunal administratif de La Réunion admet en l'espèce l'indemnisation au titre de la solidarité nationale pour la victime directe, Mme T., et se livre à la même interprétation des deux hautes juridictions de l'article L1142-1-1 du CSP en admettant l'indemnisation à la victime par ricochet²⁶.

B. La possible action récursoire en cas de faute l'administration

Au point 6 de la décision commentée le juge précise que le couple n'est pas fondé à demander une indemnisation à l'administration hospitalière au titre de sa responsabilité pour faute « *une telle action étant ouverte le cas échéant à l'ONIAM dans le cadre récursoire ou subrogatoire* ». L'alinéa 2 article L.1142-21 du CSP énonce en effet que : « *Lorsqu'il résulte de la décision du juge que l'office indemnise la victime ou ses ayants droit au titre de l'article L. 1142-1-1, celui-ci ne peut exercer une action récursoire contre le professionnel, l'établissement de santé, le service ou l'organisme concerné ou son assureur, sauf en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. L'office signale sans délai l'infection nosocomiale au directeur général de l'agence régionale de santé* ».

La faute de l'administration hospitalière constitue une condition *sine qua non* de l'action récursoire. En ce sens, l'ONIAM est admis à former une action récursoire uniquement en cas d'une faute de l'établissement de santé, notamment en cas « *manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales* »²⁷. De ce fait, si le régime

²² CE 29 octobre 1954, *Bondurand*, D. 1954, p. 767, concl. FOUGERE, note A. de LAUBADERE.

²³ F. SENERS ; F. ROUSSEL, « Préjudice réparable – Réparation des dommages corporels », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, décembre 2020.

²⁴ Cf. point 25 de la décision.

²⁵ CE, 10 décembre 2015, *Consorts Janot*, req. n° 374038 ; F. SENERS ; F. ROUSSEL, *loc. cit.*

²⁶ Cf. point 6 de l'arrêt pour la solution du juge en l'espèce et CE, 9 décembre 2016, *ONIAM*, req. n° 390892, *AJDA* 2016 p. 2411 ; Civ. 1^{re}, 8 févr. 2017, req. n° 15-19.716 s'agissant de l'interprétation de l'article L1142-1-1 du CSP.

²⁷ À titre d'illustration, cf. CE, 21 mars 2011, req. n° 334501.

de responsabilité en matière d'infection nosocomiale est issu d'un régime de responsabilité sans faute ; l'action récursoire de l'ONIAM elle, se fonde sur une responsabilité pour faute prouvée. Il faut ainsi prouver l'existence de la faute en lien direct avec l'infection nosocomiale.

C'est ainsi que dans notre espèce, le juge administratif a opéré une vérification du respect de la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. Le juge relève – à partir du rapport des experts de la Commission de conciliation et d'indemnisation – que : « *le médecin des urgences n'a pas fait de description précise de son examen et a décidé une suture de la plaie dans le plan superficiel sans prendre d'avis chirurgical ni discuter d'une antibiothérapie* »²⁸. En d'autres termes, le médecin n'a pas pris les mesures de prévention attendues avant l'intervention chirurgicale.

De plus, selon les dires de la requérante, et sans contradiction des pièces du dossier de la partie défenderesse, l'intervention effectuée sur la patiente s'est faite sans port du masque. Pourtant, conformément au décret n° 99-1034 du 6 décembre 1999 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, chaque établissement de santé est censé organiser en son sein la lutte contre les infections nosocomiales, « *y compris la prévention de la résistance bactérienne aux antibiotiques* ». Pour ce faire, ledit décret du 6 décembre 1999 exige que chaque établissement institue un comité de lutte contre les infections nosocomiales, se dote d'une équipe opérationnelle d'hygiène hospitalière et définit un programme annuel d'actions tendant à assurer un certain nombre d'actions en faveur d'une lutte contre les infections nosocomiales et notamment au premier point : « *La prévention des infections nosocomiales, notamment par l'élaboration et la mise en œuvre de recommandations de bonnes pratiques d'hygiène* ». Le port du masque ne représente-t-il pas la pratique hygiénique minimum attendue de la part d'un médecin ?

En tout état de cause, ces éléments cités au point 30 de la décision commentée ont conduit à la conclusion d'un manquement aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales, à l'origine des dommages de Mme T. Les conditions étant remplies, les complications subies par la patiente ont été reconnues imputables à la faute commise par l'administration à hauteur de 80%. En effet, les rapports d'expertises démontrant qu'une prise en charge conforme n'aurait pas permis d'éviter de manière certaine les complications, l'administration est responsable à hauteur de 80%²⁹. En ce sens, elle devra, dans le cadre de l'action récursoire rembourser à l'ONIAM 80% du montant de l'indemnisation due à la victime de l'infection nosocomiale, ainsi qu'à son compagnon.

²⁸ Cf. point 30 de la décision.

²⁹ *Idem.*

« *La socialisation du risque n'implique pas la disparition de la notion de faute, non plus que celle de responsabilité. Elle répond, le plus souvent, à un besoin d'indemnisation rapide de la victime, sans exclure la recherche ultérieure de responsabilités* »³⁰. La décision du Tribunal administratif ici commentée est une belle illustration de l'analyse du Conseil d'État en la matière.



³⁰ Cf. CONSEIL D'ÉTAT, *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public, 2005.