REVUE JURIDIQUE DE L'OCEAN INDIEN



Numéro 32
2021-3

Lex OI
LE DROIT DANS L'OCEAN INDIEN

La Revue

I. RÉDACTION

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

– Loïc PEYEN, Maître de conférences en droit public à l'Université Toulouse I Capitole (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) ;

– Randianina 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

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. 1re, 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 : « URL : 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 : loic.peyen@ut-capitole.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 : avec l'aimable et gracieuse autorisation d'Arnault Gauthier. Tous droits réservés.

Tables des matières du numéro 32

In memoriam – Pascal Berjola**……...……385**

I – Articles

L'effectivité de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle à Madagascar**…….387**

Andrianjaka Zoarinalisoa RAFIDISAONA

La généralisation de la subrogation légale (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)**……399**

Sabrina VOANGINIRINA

Deconstructing Power Dynamics in Public Sector Governance: A Foucaldian Perspective**……...…441**

Lakshana Sharvani MUNDIL

L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » dans l'affaire *Bujon* – La vision trouble du juge administratif sur la répartition de la charge du risque requin**……..…….481**

Olivier DUPÉRÉ

II – Chroniques

Chronique de la jurisprudence judiciaire de la région Océan Indien**……...…617**

In memoriam

Pascal Berjola (1975-2021)

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Olivier DUPÉRÉ

Julie LASSALLE

Élise RALSER

Actuels et anciens responsables de l'association LexOI

et/ou de la Revue Juridique de l'Océan Indien

Cher Pascal,

Tu nous as quittés dans la nuit du 6 au 7 mai dernier, emporté par une maladie insidieuse.

Nous avons toutes et tous peine à croire qu'à ton calme olympien, a succédé un silence assourdissant. La mise en ligne de la *Revue juridique de l'océan Indien*, que tu as courageusement assurée jusqu'au mois de décembre dernier (c'était le numéro 29), est devenue, dès ton départ, l'occasion pour nous d'avoir une pensée pour toi.

En 2011, tu te rappelles, nous étions fiers d'inaugurer la première version du site www.rjoi.fr ! Tout le fonds documentaire créé depuis la naissance de la *Revue* devenait accessible en ligne. C'est à l'occasion de ce projet, d'ailleurs, que nous nous sommes connus. Directrice de la revue depuis 2008 et souhaitant mieux la faire connaître, rendre plus accessible, la moderniser, Élise avait eu l'idée de créer un site internet qui lui serait entièrement dédié. C'est alors que Thierry Brugnon, professeur d'informatique de notre faculté, et ton ami, lui avait conseillé de s'adresser à toi. À partir de là, que d'heures, de jours, de semaines passées à concevoir, corriger, tester, recommencer. De quelle patience as-tu fait preuve à cette occasion ! Tu as expliqué, conseillé, réexpliqué, sans ménager ni ton temps, ni ta peine. Une fois le site prêt à être livré au public, il t'a fallu montrer comment le faire vivre, le nourrir, le modifier, le gérer… Cette fois, Élise n'était plus ta seule interlocutrice : il y avait aussi Julie… et Safia, devenue ta compagne et la mère de ton enfant.

La *Revue* aura ainsi tenu le rôle que Joe Dassin assignait à sa boulangerie dans *Les Petits Pains au Chocolat* : quel destin, quelle descendance !

Après la reprise de la *Revue* et de l'association *LexOI* par Olivier et Clotilde respectivement, tu as encore mis la main à la pâte pour assurer la construction du nouveau site (https://droit-oi.univ-reunion.fr/) et entamé la transition avec son prédécesseur, alors que la *Revue* venait tout juste d'abandonner le format papier pour devenir exclusivement électronique.

Zarboutan nout zournal la zistis, c'est un bel héritage que tu nous laisses, et tu peux être assuré que nous aurons à cœur de le faire fructifier.



Articles

DROIT DE LA SANTÉ

L'effectivité de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle à Madagascar

Andrianjaka Zoarinalisoa RAFIDISAONA

Lauréat du Prix LexOI 2020

(concours de mémoires des Master 2 juridiques de l'Université d'Antananarivo)

Résumé :

Depuis les temps anciens, le système de santé malagasy a été dominé par la pratique de la médicine traditionnelle. Elle a toujours été exercée en toute liberté mais l'avènement de la médecine moderne a en quelque sorte fragilisé sa protection et son exercice. Du point de vue juridique, cette précarité de l'environnement de la médecine traditionnelle remet en question le droit à la santé de tout individu ainsi que la liberté d'exercice des tradipraticiens, qui en sont les acteurs principaux. A cet effet, l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle était devenu incontournable à Madagascar. Pourtant, son effectivité demeure utopique. D'une part, l'Etat ne manifeste pas un engagement suffisant dans l'application des textes en vigueur ; d'autre part, l'encadrement, semble plutôt être un moyen pour exterminer les tradipraticiens.

Mots-clés : Médecine traditionnelle – Madagascar – encadrement juridique – tradipraticiens – droit à la santé.

Abstract :

From the ancient times, the Malagasy health care system has been dominated by the ordinary use of traditional medicine. It has always been freely performed although its practice and protection are steadily weakened by emerging modern medicine. From a legal point of view, the precariousness of the traditional medicine brings up the right to health for all and the freedom to traditional healers. Therefore, a legal monitoring seems crucial in Madagascar. However, its effectiveness remains delusive. On the one hand, the authorities do not really display an absolute commitment to the law compliance. On the other hand, monitoring happens to be a mean to wipe out traditional healers.

Key words: Traditional medicine – Madagascar – legal framework – traditional healers – right to health.

Sujet universel s'il en est, la santé à l'évidence concerne chacun de nous à des degrés divers, chacun selon son histoire, chacun selon ses déboires. La santé occupe et préoccupe[1]. À Madagascar, le système de soins de santé est dominé par la médecine traditionnelle. Près de 70% de la population ont recours à cette médecine, en complément de, ou de manière alternative à la médecine moderne conventionnelle[2]. La prépondérance de la médecine traditionnelle s'explique par l'abondance des plantes médicinales à Madagascar, qui est réputé pour l'endémicité de ses espèces animales et végétales[3]. Malgré son importance, la médecine traditionnelle n'a été reconnue juridiquement qu'en 2007 par le Décret n° 2007-805 du 21 août 2007 portant reconnaissance de l'exercice de la Médecine traditionnelle[4]. Ce texte l'a définie comme étant « *la somme de toutes les connaissances et pratiques, utilisées en diagnostic, prévention et élimination des déséquilibres physique, mental et social et reposant exclusivement sur les expériences pratiques et les observations transmises de génération en génération, oralement ou par écrit, permettant de prévenir, de guérir les maladies et d'alléger les souffrances* ». Cette reconnaissance avait pour objectif de redorer l'image et la légitimité de la médecine traditionnelle. Toutefois, la méconnaissance et la négligence de cette règlementation par les divers acteurs concernés[5] semblent amener à une situation proche du non-droit dans le domaine.

---

[1] L. CASAUX-LABRUNEE, « Le droit à la santé », in *Libertés et Droits fondamentaux*, Editions Dalloz, Paris, 14ème édition, 2008, p. 759

[2] Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la recherche scientifique, Plan directeur de la recherche sur la santé et la biodiversité 2015-2019 élaboré avec la collaboration du ministère de la santé publique, avec la coopération du projet PARRUR, décembre 2015, p.12

[3] I. LORRE, *Un regard sur l'évolution de la Médecine traditionnelle malagasy*, Sciences pharmaceutiques, 2006, p. 6. En effet, il compte plus de 13.000 plantes médicinales, dont au moins la moitié est endémique. Voir sur le sujet Détours Madagascar, « Les plantes médicinales dans le quotidien des Malgaches », lien URL : https://www.voyagemadagascar.com/plantes-medicinales-quotidien-malagasys publié le 15 septembre 2018, consulté le 11 octobre 2019

[4] J.O n°3167 du 18 février 2008 p. 626

[5] Il s'agit notamment de l'État, des citoyens et des tradipraticiens. Selon l'article 2 alinéa 2 du Décret n° 2007-805 du 21 août 2007 portant reconnaissance de la Médecine traditionnelle à Madagascar, on entend par tradipraticien de santé, toute personne qui pratique la médecine traditionnelle. Selon l'OMS, le tradipraticien est celui qui est « *reconnu par la collectivité dans laquelle il vit comme compétent pour dispenser des soins de santé grâce à l'emploi de substances végétales, animales ou minérales et d'autres méthodes basées aussi bien sur le fondement socioculturel et religieux que sur les connaissances, comportements et croyances liés au bien-être physique, mental et social, ainsi qu'à l'étiologie des maladies prévalant dans la communauté* » – voir M. SISSOKO, cit. in A.-M. MOULIN et al., *Lutte contre le trachome en Afrique Subsaharienne*, « Comment guider les tradipraticiens pour qu'ils jouent un rôle dans les changements de comportement, notamment du couple « mère-enfant » ? », IRD 2006 p. 35 [en ligne] disponible sur https://books.openedition.org/irdeditions/5096?lang=fr consulté le 10 mars 2020.

I. De la banalisation à l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle malagasy

La médecine traditionnelle, étant inculquée dans la culture malagasy, a été jusqu'à l'époque de Ranavalona II, le seul système de soins de santé[6]. Elle a été fragilisée par la création des hôpitaux à Madagascar[7]. Si cette médecine est parvenue à résister à des vicissitudes avec succès, la raison en est probablement le contexte culturel au sein duquel elle se trouvait[8]. Dans cette culture, les maladies sont considérées comme des phénomènes naturels : elles sont causées soit par la violation de tabou, soit par la haine, soit par la colère des esprits[9]. Les Malagasy considéraient que les maladies et la mort correspondent à des punitions divines pour des infractions à des interdits religieux, pour des fautes envers la morale, pour la négligence du culte des ancêtres toujours présents parmi eux[10]. Ce qui témoigne des intérêts à règlementer la pratique de la médecine traditionnelle afin de pourvoir à son avancement à travers un encadrement juridique.

A. Les intérêts de la réglementation de la médecine traditionnelle

La réglementation trouve son utilité dans l'importance du nombre de Malagasy qui ont recours à la médecine traditionnelle pour des raisons différentes. D'abord, les défaillances de la médecine moderne sont constatées. La question des dépenses de santé n'est pas aussi facile à résoudre. En termes de finances, cent millions d'individus descendent chaque année en dessous du seuil de pauvreté à cause de dépenses liées à la santé[11]. L'augmentation du coût de la médecine est due au prix des médicaments nombreux et nouveaux mis à la disposition des

[6] Ranavalona II a ordonné la destruction par le feu de Ramahavaly, idole royale de la médecine traditionnelle qui était une preuve de renonciation officielle à la médecine magique et son adhésion au christianisme. P. AUBRY – P. RAKOTOBE in R. P. MBOLA MOREL, *La place actuelle de la Médecine traditionnelle à Madagascar : exemple d'Antananarivo-Atsimondrano et de Toliara II*, Vol 1, 2012, p. 56 [reprint Paris, L'Harmattan, 2017, 497 pp.]

[7] *Idem.* Le Docteur DAVIDSON Andrew, un pasteur anglais de la London Missionary Society a créé le premier hôpital en 1860. Puis en 1869, un missionnaire norvégien Mission Society Dordolein Christian BORCHGREVINCK fonda un hôpital à Andohalo.

[8] L. LI, *Les places respectives de la médecine chinoise et de la médecine occidentale dans le droit chinois entre 1840 et 1982*, Thèse Histoire du Droit, Aix-Marseille, 2017, p. 56

[9] RAJAONARISON, *Pratiques Médicales des Malgaches*, Imprimerie Causse, Graille et Castelnau, 1941, p. 11.

[10] M. DEBRAY, « Médecine et pharmacopée traditionnelles à Madagascar », *Etudes Médicales*, 1975, (1), pp. 69-83.

[11] Organisation mondiale de la santé, Document de synthèse, *Rapport sur la santé dans le monde, « Le financement des systèmes de santé : le chemin vers une couverture universelle »*, 2010, p. 8, lien URL :http://www.who.int/whr/2010/10_summary_fr.pdf?ua=I , consulté le 24 février 2020.

malades[12]. Par contre, le droit à la santé pour tous signifie que chacun devrait avoir accès aux services de santé dont il a besoin, au moment où il en a besoin, et là où il en a besoin, sans être confronté à des difficultés financières[13]. Ensuite, on remarque des freins d'accès aux services de soins dus à la distance des lieux d'habitation par rapport aux institutions sanitaires et donc l'inaccessibilité physique de l'offre de soins[14] : « *Plus de 60% de la population malagasy habite à plus de 5km d'un centre de santé, souvent* […] *dépourvues de routes ou de tout autre moyen de communication* »[15]. De surcroît, la corruption est aussi un fléau qui décourage l'utilisation de la médecine moderne. Une étude menée par *Transparency International Initiative Madagascar* sur les incidences de la corruption en matière de santé a montré que « *8% des personnes interrogées ont avoué avoir dû verser des pots-de-vin, faire un cadeau ou une faveur à un agent de santé, ou un employé de la clinique ou de l'hôpital afin d'obtenir les soins médicaux* » dont elles avaient besoin[16]. Enfin, le recours à cette médecine se justifie par le choix personnel des patients[17].

Par ailleurs, la médecine traditionnelle constitue l'un des mécanismes garantissant le droit à la santé de la population malagasy. En tant que tel, sa règlementation est une nécessité absolue compte tenu de la relation du droit à la santé avec les autres droits fondamentaux de chacun. « *Le droit à la santé est un kaléidoscope de droits* »[18], et du fait notamment de ses liens étroits avec le droit à la vie, ce dernier peut subir des atteintes en l'absence de règlementation stricte qui limite les abus pouvant être perpétrés par les tradipraticiens.

---

[12] H. PEGUINOT, « La médecine moderne, scientifique et sociale », in *Impact : science et société*, Vol. V, n°4, 1954, p. 237 lien URL (consulté le 20 février 2020) : https://unedoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000013490-fre

[13] T.A. GHHEBREYESUS, « La santé est un droit humain fondamental », 10 décembre 2017, lien URL : https://www.who.int/mediacentre/news/statements/fundamental-human-right/fr/ consulté le 2 mars 2020

[14] Transparency International Initiative Madagascar, « Les incidences de la corruption sur le domaine de la santé à Madagascar », Projet « Tsaboy ny Gasy », 2019, p. 5

[15] USAID, 2018, cit. in Transparency International Initiative Madagascar, « Les incidences de la corruption sur le domaine de la santé à Madagascar », *ibid*.

[16] *Idem.*

[17] Cette affirmation trouve son illustration dans la région du Vakinankaratra. En effet, le tradipraticien Sylvain RAZAFIMAHATRATRA, connu sous le sobriquet Papa Sely, reçoit plus d'une centaine de patients les mardi, mercredi, vendredi, et samedi, jours pendant lesquels lui et ses deux assistants reçoivent pour soigner les gens – Jacaranda de Madagascar, Région Antsirabe, « La médecine traditionnelle toujours en vogue », extrait de l'Express de Madagascar, édition n°4337 du 18 juin 2009, mis en ligne le 18 juin 2009, lien URL : https://www.jacaranda.fr/2009/06/18/region-antsirabe-la-medecine -traditionnelle-toujours-en-vogue/ consulté le 4 mars 2020

[18] E. DAVID, « Le droit à la santé comme droit de la personne », in *Revue québécoise de droit international*, 1985/2/pp.63-115, lien URL : https://www.persee.fr/doc/rqdi-0828-9999-1985-num-2-1-1604 consulté le 4 mars 2020

La santé est un secteur marqué par le charlatanisme défini comme « *celui qu'un praticien instruit et spirituel emploie pour donner de l'espoir et de la sécurité à un malade destiné à languir longtemps sans jamais guérir* »[19]. Le charlatan-escroc selon Ignace RAKOTO escamotait de belles monnaies sonnantes et trébuchantes en profitant de la naïveté des malades[20]. De plus, face à la recherche incessante d'une véritable guérison et à la pauvreté de Madagascar[21], le charlatanisme tend à gagner du terrain. Les Malagasy, comme tous les êtres humains d'ailleurs, essaient toujours par tous les moyens de parvenir à une guérison même improbable.

B. Des avancées palpables dans l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle

Le Décret n° 2007-805 du 21 août 2007 portant reconnaissance de l'exercice de la Médecine traditionnelle a pu définir des aménagements quant à l'exercice de la médecine traditionnelle. La protection des patients est rigoureusement confirmée et surtout protégée par des règles claires et ordonnées. Cette réglementation est complémentaire des dispositions du Décret n°2003-1097 du 25 novembre 2003 sur la règlementation de la vente des plantes médicinales, la fabrication et la vente des médicaments à base de plantes et celles du Décret n°2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar[22].

Des associations – une nationale[23] et d'autres locales – ont été constituées afin d'assurer le développement et la promotion de la médecine traditionnelle[24]. L'adhésion à ces associations est un meilleur moyen de recenser le nombre total des tradipraticiens en fonction[25]. Leurs conditions de travail ont été également

---

[19] A. OSSOUKINE, Le charlatanisme expliqué à ma fille, 17 mai 2016, lien URL : https://www.liberte-algerie.com/contribution/le-charlatanisme-medical-explique-a-ma-fille-247717 consulté le 10 mars 2020

[20] R. RAJAKOBA, compte rendu Ignace RAKOTO, *Recueil des jugements et arrêts rendus par les tribunaux à Madagascar (1841-1896)*, Paris, L'Harmattan, Antananarivo, Jurid'ika, 2009, 321 p., liste des codes malagasys (pp. 303-304), glossaire (pp. 305-307), carte, phot., index. ISNB : 978-2-296-07744-7. Lien URL : https://journals.openedition.org/oceanindien/1372 consulté le 10 mars 2020

[21] Madagascar est l'un des pays les plus pauvres du monde avec 75 % de la population qui vit avec moins de 1,90 dollar par jour (en parité de pouvoir d'achat) (Banque mondiale, Madagascar, vue d'ensemble, 22 octobre 2019, lien URL – consulté le 10 mars 2020 : https://www.banquemondiale.org/fr/country/madagascar/overview).

[22] J.O n° 3716 du 31 octobre 2016 p. 6935

[23] Association Nationale des Tradipraticiens de Madagascar (ANTM)

[24] Article 2 du Décret n° 2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar

[25] Actuellement, on compte 5251 tradipraticiens enregistrés, un nombre encore assez faible si l'on tient compte de leur présence dans toutes les régions de Madagascar. Le nombre de

améliorées par l'agrément d'ouverture de cabinet ou d'établissement de soins[26]. Ensuite, des comités ont été créés afin d'assurer la proximité, le développement et la promotion de la médecine traditionnelle[27].

Le professionnalisme de l'activité a été instauré par les réglementations notamment par la définition des conditions d'éligibilité des tradipraticiens ainsi que des obligations qui leur sont imposées. Ces obligations sont énumérées dans le décret de 2016 susmentionné, et leur force tient à ce qu'elles tendent à limiter les abus qui peuvent être commis par les tradipraticiens. L'usurpation par ces derniers du pouvoir des médecins conventionnels est strictement interdite. Il en est de même de l'utilisation d'un équipement non approprié et non conforme à son domaine de compétence[28] ainsi que de toute forme de publicité encourageant le charlatanisme[29]. Le transfert des malades qu'ils ne peuvent pas traiter vers un praticien de la Médecine conventionnelle figure aussi parmi leurs obligations[30]. La médecine traditionnelle est ainsi remarquablement soumise à la médecine conventionnelle à Madagascar[31].

Le terme tradipraticiens ne recouvre que les catégories suivantes à savoir : une Accoucheuse traditionnelle[32], un ou une Tradithérapeute[33], un ou une Herboriste et un ou une Médico-droguiste[34].

---

tradipraticiens exerçant à travers l'île est estimé à 10 000 par J.R. ANDRIANDRAINARIVO, Président de l'Association Nationale des Tradipraticiens de Madagascar

[26] Chapitre II du Décret n° 2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar. Le cabinet de médecine traditionnelle ou établissement de soins traditionnels est défini comme « *un local de travail où un tradipraticien de santé reçoit de patients en consultation et/ou donne de soins traditionnels de façon régulière ou habituelle* » – Article 13 du Décret n° 2016-0122 du 23 février 2016 susmentionné.

[27] Deux comités sont prévus par le règlement en vigueur, qui sont, le Comité National Consultatif de la Médecine Traditionnelle (CNCMT) et les Comités Communaux Consultatifs de la Médecine Traditionnelle (CCCMT).

[28] Article 21 du Décret n° 2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar.

[29] Note circulaire n° 140 MSANP/Ministra du 10 avril 2019 portant interdiction de toutes formes de publicité relative à la médecine traditionnelle et la médecine complémentaire.

[30] Article 21 du Décret n° 2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar.

[31] Cela est surtout constaté par l'obligation faite aux tradipraticiens de travailler de concert avec les responsables des Centres de Santé de Base.

[32] C'est la personne reconnue comme compétente pour prodiguer à une femme, avant, pendant et après l'accouchement et à son nouveau-né, des soins de santé basés sur les concepts prévalant dans la collectivité où elle vit.

[33] C'est la personne reconnue par la collectivité dans laquelle elle vit, comme compétente pour dispenser des soins de santé basés sur les concepts de la maladie et des invalidités prévalant dans la collectivité où elle vit.

[34] Article 2 alinéa 2 du Décret n° 2007-805 du 21 août 2007 portant reconnaissance de la Médecine traditionnelle à Madagascar. La personne qui vend les plantes médicinales s'appelle

La vente des remèdes traditionnels[35] est aussi soumise à certaines conditions afin de limiter leur commerce illicite et leur vente ambulatoire[36].

Par ailleurs, la richesse et l'endémisme de la flore malagasy ont de tout temps suscité l'étonnement et l'admiration des voyageurs[37]. L'utilisation des remèdes traditionnels implique une protection importante de l'environnement, essentielle à ces plantes. Face à l'épanouissement des recherches scientifiques relatives aux plantes médicinales, l'État Malagasy a renforcé les procédures de recherche et exige la protection rationnelle et sans gaspillage des forêts. En général, les plantes médicinales font partie des produits non-ligneux qui sont définis par l'arrêté n° 20 489/2008 du 18 novembre 2008 fixant les taux de redevance des produits forestiers non-ligneux comme « *tout produit issu des forêts dont la récolte n'implique pas nécessairement la coupe de l'arbre. Il peut s'agir de feuilles, tiges, racines, écorces, fleurs, graines, fruits, exsudats, résines, rhizomes, thalles,…* »[38].

II. De l'application défaillante du droit à de nouvelles perspectives pour un meilleur encadrement juridique de la médecine traditionnelle

À part la garantie du droit à la santé des patients, l'exercice de la médecine traditionnelle fait aussi intervenir certaines libertés. D'un côté, les droits et libertés fondamentaux ne sont pas consacrés avec la même force[39]. D'un autre côté, il est difficile de trouver un équilibre entre la protection des droits des citoyens et des droits des tradipraticiens. Si on laisse les libertés en cause non-encadrées, « *ceux qui ont appris leur art se trouvent confondus avec ceux qui n'en ont pas la*

herboriste, tandis que le médico-droguiste s'agit d'une personne qui commercialise des substances médicinales autres que les plantes (d'origine animale ou minérale).

[35] Les remèdes « traditionnels » recouvrent toute substance végétale, animale ou minérale présentée comme favorisant la prévention ou le traitement des maladies humaines et utilisée traditionnellement sur des fondements socioculturels et/ou religieux – Article 2 alinéa 1er de l'arrêté n° 4789/2012 portant enregistrement des remèdes traditionnels améliorés et des médicaments à base de plantes.

[36] Article 22 du Décret n°2016-0122 du 23 février 2016 fixant les conditions d'exercice de la profession de tradipraticiens de santé de Madagascar.

[37] RAJAONARISON, *Pratiques Médicales des Malgaches*, *op. cit.*, p. 57.

[38] Article 2 de l'Arrêté n°20 489/2008 du 18 novembre 2008 fixant les taux de redevance des produits forestiers non-ligneux.

[39] N. MOLFESSIS, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, 14ème édition, Dalloz, p. 109

moindre notion »[40]. Ainsi, les défaillances notées dans l'application des textes existants nécessitent une perspective d'amélioration de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle.

A. Des défaillances dans l'application de la réglementation en vigueur

Malgré les efforts faits s'agissant de la réglementation relative à la médecine traditionnelle, nombreux sont les problèmes et les défaillances rencontrés dans son application. L'encadrement juridique de la médecine traditionnelle devient complexe en ce que le droit à la santé contient également des garanties de libertés et de droits pour chaque individu[41]. La liberté d'entreprendre des tradipraticiens est remise en cause en ce qu'elle favorise l'accès aux professions indépendantes de toute nature et protège le pouvoir d'initiative des entrepreneurs dans l'exercice de leurs activités professionnelles[42]. De même pour les libertés de religion et de conscience des citoyens qui sont également concernées en ce qu'elles consistent pour l'individu à donner son adhésion personnelle à un système de normes et de références qui ne se réduit pas seulement à une croyance abstraite ou désincarnée mais aussi amenée à donner naissance à des pratiques, des observances et des rites[43].

Par ailleurs, « Droit et surnaturel », le couple semble improbable.[44] D'un côté, le droit se présente comme une discipline où règnent la rigueur et la raison[45]. De l'autre côté, le surnaturel est ce qui échappe aux lois de la nature et ne peut être expliqué[46]. L'association entre le droit et le surnaturel peut paraître troublante, car le droit est en principe une œuvre de la raison, par opposition au surnaturel, au bizarre, à l'anormal, à l'étrange[47].

---

[40] B. LAVAUD-LEGENDRE, « Charlatanisme et droit pénal, » in *Tribunes de la santé*, 2008/3 n°20 p. 67 à 75, lien URL : https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante1-2008-3-page-67.htm consulté le 24 septembre 2019

[41] V. LIEGEOIS, « Le droit à la santé, droit fondamental de l'homme », *Revue des Questions Scientifiques*, 2016, 187 (4) : p. 652

[42] S. GUINCHARD – T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 25ème édition, 2017-2018, p. 1130

[43] *Idem.*

[44] J.C. RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., collection « Grands colloques », 2015, 162 pp., p. 3

[45] P. JESTAZ, in J.C. RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, *op. cit.*, p. 3

[46] *Idem.*

[47] P. BONFILS, « Droit pénal et surnaturel », in J.C. RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, *op. cit.*, p. 35.

Sur le plan environnemental, la Conférence Rio+20 et la Convention sur la Diversité Biologique ont montré le lien entre la diversité biologique et la santé[48]. On ne peut pas négliger les atouts que les plantes ainsi que les animaux apportent à la vie des Hommes. Toutefois, cette relation évidente entre la santé et l'environnement pourrait constituer une menace mutuelle. En d'autres termes, la dégradation de l'environnement pourrait avoir une influence considérable sur la santé compte tenu de la pollution de l'air, de la déforestation manifeste…

Et vice versa, la santé peut également être un facteur de la dégradation de l'environnement. En effet, l'humain peut être amené à exploiter abusivement les ressources qu'il puise dans la « nature ». Les plantes endémiques de Madagascar sont les plus concernées par ce phénomène[49], alors que les mesures d'accompagnement qui devraient servir à prévenir les risques ou à atténuer les pressions ne sont pas suffisantes voire même inadéquates.

Ensuite, la médecine moderne reconnaît difficilement que la médecine traditionnelle pourrait être un partenaire dans une politique sanitaire de qualité[50]. Cette réticence puise sa raison dans l'essence même de la médecine traditionnelle dans laquelle les compétences des tradipraticiens proviennent d'un don naturel, ou peuvent être apprises par maladie initiatique[51] ou par un chevronné[52]. En effet, la théorie hippocratique a dès le début réfuté toute considération irrationnelle de la maladie[53]. Actuellement, face à la pandémie du Coronavirus, une crise sanitaire mondiale a éclaté. Madagascar n'a pas échappé à ce fléau. De leur côté, les vendeurs à la sauvette profitent de cette situation. Ils ont flairé la bonne affaire en proposant toutes sortes de produits. Nombreux sont les plantes et les remèdes ancestraux que l'on aperçoit dans les marchés de rue – y compris des feuilles mais aussi des citrons et des gingembres –, présentés comme remèdes de nos ancêtres face à la grippe et la fièvre. Toutefois, l'OMS appelle à la raison. L'efficacité de ces remèdes de « grand-mère » n'est pas prouvée scientifiquement et qu'on ne

[48] Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la recherche scientifique, ministère de la santé publique, *Plan directeur de la recherche sur la santé et la biodiversité 2015-2019*, décembre 2015, p. 2

[49] Il compte plus de 13000 plantes médicinales, dont au moins la moitié est endémique. Détours Madagascar, « Les plantes médicinales dans le quotidien des Malagasy », *ibid.*

[50] J.P DOZON, cit. in P.A. SAMBARE/YAMEGO, *Collaboration entre médecine traditionnelle et médecine moderne au Burkina Faso : entre discours et pratique*, Mémoire de Master 2, 2011, p. 14

[51] La maladie initiatique est une maladie que subit le futur « guérisseur ». Sa manifestation peut varier d'un « guérisseur » à un autre.

[52] Selon J.R. ANDRIANDRAINARIVO, Président de l'Association Nationale des Tradipraticiens de Madagascar

[53] P.A. SAMBARE/YAMEGO, *Collaboration entre médecine traditionnelle et médecine moderne au Burkina Faso : entre discours et pratiques*, *ibid.*

doit pas les accepter[54]. Ainsi, on serait tenté de croire à une sorte de tolérance des pouvoirs publics vis-à-vis des vendeurs ambulants à Madagascar[55].

En ce qui concerne les connaissances traditionnelles malagasy, en dépit de l'existence du Décret n° 2017-066 du 31 janvier 2017 portant réglementation de l'accès et du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques[56], les droits intellectuels des tradipraticiens ne sont pas encore respectés. Les tradipraticiens sont parfois consultés par des étrangers qui leur demandent l'usage de chaque plante en cas de maladie. Pourtant, ils ignorent totalement qu'une protection existe dans ce domaine[57].

B. Pour une meilleure effectivité de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle

Le fait de ne pas appliquer le droit existant sous-entend l'existence d'un vide juridique qui fait intuitivement référence à un espace dans lequel il n'y a pas de droit, à un espace « vide » de droit[58]. L'ineffectivité du droit est devenue un fait constant normal à Madagascar. Toutefois, la non-effectivité de l'encadrement juridique de la médecine traditionnelle est encore remédiable.

Il appartient à l'État de renforcer la balise légale ainsi que son application. Ce renforcement suppose la détection des imperfections notamment les lacunes qui sous-tendent l'injustice, le risque, la souffrance, le manque : ceux qui l'invoquent réclament du changement[59].

Ainsi, la politique sanitaire ne doit pas viser uniquement la multiplication des centres de santé bien structurés, bien équipés et disposant de personnels médicaux et paramédicaux hautement qualifiés[60]. Concrètement, l'État doit

---

[54] Reportage du TV5MONDE, « Les petites affaires du Coronavirus », 02 avril 2020, lien URL :https://m.facebook.com/tv5mondeofficiel/videos/1298684547007021/ consulté le 3 avril 2020.

[55] Sources variées, Voix d'Afrique n° 82, « Les pharmacies par terre », lien URL : http://peresblancs.org/pharmacies-afrique.htm consulté le 17 mars 2020.

[56] J.O n° 3765 du 31 juillet 2017 p. 4784.

[57] Documentaire du 18 avril 2020, TVM, production de Dominique PAILLER, en coproduction avec Citizen Television – Jean-Luc NELLE.

[58] J. CARBONNIER, cit. in Anne-Marie HO DINH, « Le vide juridique et le besoin de loi » pour un recours à l'hypothèse du non-droit » dans L'Année sociologique 2007/2 (Vol.57), p. 419 à 453 mis en ligne le 01 février 2008, lien URL :https://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2007-2-page-419.htm consulté le 20 mars 2020

[59] A.M. HO DINH, « Le vide juridique et le besoin de loi » pour un recours à l'hypothèse du non-droit » dans *L'Année sociologique* 2007/2 (Vol.57), p. 419 à 453 mis en ligne le 01 février 2008, lien URL : https://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2007-2-page-419.htm consulté le 20 mars 2020

[60] Voix d'Afrique, « Les pharmacies par terre », *ibid.*

orienter sa politique de santé publique en partie vers la médecine traditionnelle afin d'harmoniser le système de santé. La création des officines dans le domaine est souhaitable.

Toute tolérance administrative doit être écartée et l'État doit assurer son rôle protecteur. Il est le garant de l'application effective des textes et doit chercher tous les moyens nécessaires pour atteindre cet objectif. En effet, l'État a un grand devoir dans la sensibilisation non seulement des citoyens mais aussi dans la conscientisation des tradipraticiens sur la nécessité de respecter la règlementation en vigueur. Ainsi, l'État, pour une meilleure protection du droit à la santé à Madagascar, ne doit pas minimiser l'existence de la médecine traditionnelle.

En effet, la collaboration entre la médecine conventionnelle et la médecine traditionnelle aurait le mérite de perfectionner le système de santé et enfin d'améliorer la santé et le bien-être de la population[61]. Au lieu d'être dressés en ennemis de la santé publique et marginalisés par rapport aux professionnels de la médecine moderne, comme c'est souvent le cas, les tradipraticiens méritent d'être considérés comme des partenaires à part entière dans le système de santé, car les services qu'ils rendent sont avant tout destinés au bien et au bien-être de la population[62].

Le cadre légal ne devrait pas être une menace pour les tradipraticiens mais plutôt une conscientisation et une motivation. À cet effet, les procédures administratives doivent être allégées et les mesures fiscales doivent être incitatives. Le législateur devrait également prioriser le bien-être des tradipraticiens à savoir une protection sociale digne du métier[63]. La législation la plus essentielle regroupe des politiques antidiscriminatoires qui offrent et protègent les droits de tous, et tout particulièrement des groupes marginalisés d'une société donnée[64].Toutefois, avoir une législation n'est pas suffisante, son esprit et sa rédaction sont aussi importants. Ainsi, l'élaboration d'un Code de déontologie ou un Code d'éthique pour les tradipraticiens est essentielle. De surcroît, les textes juridiques en la matière devraient être l'œuvre d'une collaboration entre juristes et techniciens, afin d'en assurer la conformité avec la pratique.

---

[61] *Idem.*

[62] R. HANITRA, « Médecine traditionnelle : Des impératifs fiscaux trop lourds », se plaignent les tradipraticiens, in *Midi Madagasikara* 27 mai 2015, lien URL : http://www.midi-madagasikara.mg/societe/2015/05/27/medecine-traditionnelle-des-imperatifs-fiscaux-trop-lourds-se-plaignent-les-tradipraticiens/ consulté le 18 février 2020

[63] Selon l'article 7 de la loi n° 94-026 du 17 novembre 1994 portant Code de protection sociale, la mise en œuvre et la prise en charge de la protection sociale sont assurées suivant trois régimes à savoir le régime des travailleurs salariés et assimilés, le régime des travailleurs indépendants et le régime des professions libérales.

[64] V. LIEGEOIS, « Le droit à la santé, droit fondamental de l'homme », *ibid.*, p. 667

Conclusion

Les plantes médicinales ont compté dans la vie de l'Homme[65]. On ne peut y renoncer, on ne peut les rejeter comme une philosophie ou une religion démodée, inutile ou naïve[66]. La nécessité du recours à la médecine traditionnelle est indéniable, l'erreur serait de nier l'existence des tradipraticiens. Limiter le droit de certaines personnes suivant des motifs discriminatoires ou croire qu'ils n'ont pas leur place dans la société ne constitue en aucune manière une protection de la société, des libertés civiles, de la religion ou du système gouvernemental, il s'agit d'un préjudice inhumain, irrationnel ainsi que d'une violation des droits de l'homme[67]. Il est ardu de chercher un équilibre adéquat entre la protection de la santé des citoyens, d'un côté, et la place de la médecine traditionnelle dans le système de soin, d'un autre. À Madagascar, « *on aime légiférer dans tous les domaines, toutefois, rien ne garantit son application. À cet effet, les règles juridiques sont devenues mortes-nées* »[68].

La médecine traditionnelle pourrait devenir un trésor national en promettant un avenir meilleur pour Madagascar. Les droits des tradipraticiens pourront être protégés sans que le droit à la santé de tous ne soit lésé. L'idéal serait d'avoir un encadrement juridique prenant en compte tous les droits et libertés en conflit sans pour autant favoriser un droit particulier au détriment d'un autre. « *Dans les pays en voie d'émergence souvent démunis de toute structure sanitaire adéquate, l'homme qui souffre ne trouve-t-il pas une aide précieuse et essentielle dans la présence d'au moins un tradipraticien au village qui assume sa douleur, son angoisse de la mort, sa peur de la déchéance sociale et culturelle, et qui mérite à ce titre le respect des hommes en blouse ?* »[69]. Il est temps pour Madagascar, notamment face à l'existence de la pandémie COVID-19 de penser à ce que la médecine traditionnelle devienne une médecine inspirante, admirable et épargnée de toute pensée dubitative.

---

[65] F. STARY, adaptation française de M.-J. DUBOURG, *Plantes médicinales*, Edition Gründ, 2001, p. 7

[66] *Idem.*

[67] V. LIEGEOIS, « Le droit à la santé, droit fondamental de l'homme », *ibid.*, p. 667

[68] T. BENNE, « De l'art de ne pas appliquer les lois et de la façon d'y mettre fin », mis en ligne le 8 février 2016, lien URL :https://fr.irefeurope.org/Publications/Articles/De-l-art-de-ne-pas-appliquer-les-lois consulté le 14 avril 2020

[69] TCHIGANKONG, cit. in. A. SAMBARE/YAMEGO, *Collaboration entre médecine traditionnelle et médecine moderne au Burkina Faso : entre discours et pratique*, *ibid.*, p. 45

Articles

DROIT CIVIL

La généralisation de la subrogation légale (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)

Sabrina VOANGINIRINA

Lauréate du Prix LexOI 2020

(concours de mémoires des Master 2 juridiques de l'Université de La Réunion)

Résumé :

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2016, change profondément le Code civil sur ces points. Parmi ceux-ci, la généralisation de la subrogation légale a fait couler beaucoup d'encre. Anciennement présentée sous forme de casuistique, la subrogation légale est désormais une règle générale. Si elle apparaît formellement comme une innovation harmonisant les évolutions que la subrogation légale a connues au fil du temps, cette généralisation a une portée incertaine en pratique. Ce travail porte donc sur les questions importantes que peut poser l'application du nouvel article 1346 du Code civil.

Abstract :

Executive Order n° 2016-131 of 10th February, 2016, regarding reforms to Contract Law, the general regime and proof of obligations, which has taken effect as of 1st October, 2016, drastically alters the Civil Code with respect to these points. Amongst the aforementioned, the generalization of the statutory subrogation has been written about extensively. Formerly conceived of as a matter of casuistry, statutory subrogation is now a general rule. Although this seems to be an innovation that harmonizes developments in statutory subrogation over time, the practical scope of such a generalization remains unclear. This research therefore focuses on those key legal questions that may arise due to the implementation of this new Article 1346 of the French Civil Code.

Selon le Professeur Jacques Mestre, la subrogation personnelle se définit comme « *la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un payement effectué par la première entre les mains de la seconde* »[1]. Cette institution qui constitue notre domaine d'étude a connu un développement considérable depuis ses origines[2]. De l'idée de remplacement, elle est devenue le mécanisme translatif de créance intervenant sur le fondement d'un paiement[3]. Elle s'affiche aujourd'hui comme la technique qui transmet la créance même du créancier désintéressé avec les garanties qui y sont attachées à celui qui a payé une dette dont il n'avait pas la charge définitive (le solvens). La subrogation personnelle est un mécanisme extrêmement utile qui ne présente en générale que des avantages pour les intervenants d'où la faveur que la loi et la jurisprudence[4] lui témoignent. En effet, la subrogation a connu un formidable développement avec un accroissement important de ses utilisations pratiques (crédit, affacturage, garantie, assurance...).

La subrogation personnelle peut être de plein droit (subrogation légale) ou spécialement convenue entre les parties[5] (subrogation conventionnelle). La subrogation personnelle est légale lorsqu'elle a lieu, de plein droit, par l'effet d'un texte et non d'une convention. Ainsi, la subrogation légale permet à un tiers qui a effectué le paiement d'une dette à la charge d'un autre d'entamer un recours contre ce dernier à la condition toutefois de répondre aux exigences posées par la loi.

L'impératif d'équité qui a toujours servi d'allié à la subrogation, est encore plus accentué en matière de subrogation légale. Dans ce type de subrogation, il permet d'assurer « *le report automatique du poids final de la dette sur celui qui est directement à l'origine de la créance de l'accipiens, indépendamment des volontés (et donc éventuellement des égoïsmes de chacun)* »[6]. L'utilité de cette forme de subrogation explique la multiplication des textes dans lesquels la subrogation intervient de plein droit et l'extension importante de son champ d'application par la jurisprudence.

---

[1] J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, L.G.D.J., 1979, p. 7, n°4

[2] La subrogation personnelle est née de la combinaison de deux institutions de l'Ancien droit romain, sous l'influence du droit canonique. Il s'agissait de la cession d'actions qui permettait à la caution d'acquérir par convention les droits du créancier contre le débiteur principal, et la *successio in locum* qui permettait au tiers qui a payé le créancier hypothécaire de lui succéder dans son rang. Certes ces deux institutions se heurtaient à des obstacles juridiques mais l'impératif d'équité avait justifié la consécration et l'évolution de ces deux institutions pour aboutir à l'existence d'un principe général de subrogation personnelle.

[3] J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, p. 699

[4] V. sur la faveur de la loi et de la jurisprudence pour la subrogation, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 34 s. et n° 63 s.

[5] Entre le solvens et le créancier, voire entre le solvens et le débiteur

[6] J. MESTRE, *RTD civ.* 1986, p. 113.

On se demande déjà si l'extension jurisprudentielle des cas anciens de subrogation légale ne confirme pas les questions dont le professeur Jacques Mestre posait dans sa thèse comme quoi : la subrogation n'a-t-elle pas cessé d'être une exception au principe de l'effet extinctif du paiement pour devenir une institution à part entière. En effet, si on considère la subrogation personnelle comme l'exception à l'effet extinctif du paiement, son application considérée comme une fiction ne devrait se faire que dans une interprétation stricte[7]. Il ajoute que ne faut-il pas à présent admettre qu'il existe deux cas de paiement : l'un extinctif, et l'autre translatif de créance[8].

La réforme du droit des obligations conscient de son importance accorde une attention particulière au régime général de la subrogation personnelle. Les projets de la réforme : les deux projets doctrinaux, l'avant-projet Catala et le projet Terré, ainsi que les projets de la chancellerie traitaient déjà de la subrogation mais sans vraiment lui apporter de grands changements qui pouvaient donner la cohérence qui lui faisait défaut. La réforme de 2016 pose les nouvelles règles régissant la subrogation aux articles 1346 à 1346-5 du code civil[9] avec une importante harmonisation. La subrogation est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, afin de rappeler qu'elle est indissociablement « *greffée sur le paiement d'une créance* »[10] et qu'elle ne constitue pas une opération translative autonome.

Les changements notables apportés par la réforme concernent la généralisation de la subrogation légale[11] et la modification des conditions de l'opposabilité de la subrogation aux tiers. Avant la réforme du droit des contrats et du régime général des obligations portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, c'était en son article 1251 que le Code civil organisait la subrogation légale. Le code prévoyait une casuistique avec exhaustivement cinq cas de subrogation qui feront par la suite l'objet d'extension jurisprudentielle. C'est plus spécialement l'extension de l'article 1251, 3° du code civil considéré comme l'ancien mécanisme général de la subrogation, qui va constituer les prémices de la généralisation de la subrogation légale concrétisée par la réforme de 2016. En

[7] J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Thémis- Droit, 2018, p. 206, n° 113.

[8] J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 11.

[9] Trois articles traitent des sources de la subrogation : d'abord, la subrogation légale (art. 1346), puis la subrogation à l'initiative du créancier (art. 1346-1) et la subrogation à l'initiative du débiteur (art. 1346-2). Les trois derniers articles fixent le régime de la subrogation : l'étendue de la subrogation en cas de paiement partiel (art. 1346-4), l'effet translatif de la subrogation (art. 1346-4) et enfin l'opposabilité de la subrogation et l'opposabilité des exceptions (art. 1346-5).

[10] A. BENABENT, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ-Précis Domat droit privé, 16e édition, 2017, p. 558, n° 717.

[11] Contrairement à l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (avant-projet Catala) mais conformément à celui de l'Académie des sciences morales et politiques (avant-projet Terré).

effet, l'interprétation extensive de ce cas général a fini par englober les autres cas de l'article 1251, dont le contenu se trouvait en quelque sorte absorbé et même au-delà[12].

Dans ce travail, il va être longuement question de cette « généralisation de la subrogation légale » prévue à l'article 1346 nouveau en ces termes: « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

Mais, si cette généralisation semble mettre en œuvre une harmonisation du régime de la subrogation légale, elle n'est pas pour autant dénuée de toutes incertitudes. Dans ce fil d'idées, l'objectif de ce travail est d'apporter des réflexions, dans une approche se voulant épistémologique, sur cette généralisation de la subrogation légale. Il s'agit de prendre du recul et d'apporter des critiques sur la construction juridique qu'est la généralisation de la subrogation légale en vue de son application. Le professeur Christian Atias, expliquait que l'épistémologie juridique serait exclue uniquement dans l'hypothèse où, « *entre le droit, quels ques puissent en être la nature et la définition, et les descriptions, commentaires, analyses, synthèses qui lui sont consacrés, nulle différence, nulle séparation n'est concevable* »[13]. Le savoir juridique ne peut se résoudre à la connaissance des dispositions légales dans la mesure où quelle que soit la forme adoptée pour systématiser le droit positif : le conceptualisme, la modélisation, l'esthétisme, la généralisation, ou la simplification, on débouche toujours sur une simplification de la réalité (un résumé sommaire de la réalité qui provoque une réduction certaine de la complexité). En effet, « *toute théorie du droit ne peut se passer de l'épistémologie et, plus encore, toute branche de la recherche juridique ne peut se passer de l'épistémologie* »[14].

L'intérêt du sujet est donc de se demander ce que peut changer la généralisation de la subrogation légale par rapport à la casuistique de l'ancien texte ? Est-ce que cette innovation est vraiment opportune et comment va-t-elle changer les choses ?

Afin de traiter le sujet, dans un premier temps nous reviendrons sur les retouches apportées par la formule de l'article 1346 du Code civil, afin d'exposer en quoi cette généralisation de la subrogation légale constitue une innovation qui est en apparence bienvenue (I). Nous verrons dans un second temps que cette

[12] Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016, coll. Actualité, n° 125.
[13] Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p.8, n° 8.
[14] B. BARRAUD (dir.), *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2016, 556 pp., pp. 181 et s. (chapitre « L'épistémologie juridique »).

généralisation de la subrogation légale reste tout de même une systématisation pleine d'incertitudes (II).

Droit actuel	Droit antérieur
Art. 1346. « - La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. »	Art. 1251. « - La subrogation a lieu de plein droit : 1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ; 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; 4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ; 5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession »

TABLEAU RECAPITULATIF DE L'ETAT DU DROIT
PAR RAPPORT A L'ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FEVRIER 2016

I. La généralisation de la subrogation légale : une innovation bienvenue en apparence

Pourquoi généraliser ? Par la généralisation, on édicte des principes généraux qui garantissent la rationalité du droit positif et qui orientent les décisions des acteurs du droit mais qui assurent également une certaine égalité de tous ceux qui se trouvent régis par la règle prévue. La généralisation constitue une forme de systématisation du droit positif. Elle permet de procéder à l'agencement

des règles juridiques existantes mais permet également d'élaborer de nouvelles règles juridiques.

Les rédacteurs de la réforme de 2016, suivant une démarche classique, ont fait le choix en matière de subrogation légale d'une définition générale, plutôt que d'une énumération de cas. La généralisation constitue un moyen de rationalisation et de mise en cohérence des règles juridiques. Dans cette partie nous allons donc voir comment cette règle générale a non seulement rationnalisé le régime de la subrogation légale (A) mais l'a également fait évoluer (B).

A. Une généralisation emportant rationalisation du régime de la subrogation légale

La généralisation constitue non seulement un moyen de systématisation du droit (1) mais également une occasion de donner à une règle juridique la cohérence qui lui manquait (2).

1. La généralisation pour une systématisation de la subrogation légale

Dans le cas de la généralisation de la subrogation légale, on assiste à l'élaboration du droit commun de la subrogation légale (a) qui emporte une uniformisation du régime de cette dernière (b).

a. La naissance du droit commun de la subrogation légale

Le droit commun est l'ensemble de règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne sont pas soumises à des règles spéciales ou particulières. La généralisation constitue sans doute le meilleur moyen de le consacrer, dans la mesure où elle consiste à établir des propositions générales destinées à englober toutes les situations particulières. Il s'agit dans le cas de la subrogation légale de la mise en place d'une règle générale (i). Cette initiative n'est qu'un reflet de la tendance juridique en France (ii).

i. La mise en place d'une règle générale

Dans le droit antérieur à la réforme du droit des contrats et du régime général des obligations portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la subrogation légale était prévue à l'ancien article 1251 du code civil. Il prévoyait une casuistique avec précisément cinq hypothèses :

« *La subrogation a lieu de plein droit :*

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ;

5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession ».

Le code civil prévoyait en quelque sorte cinq droits spéciaux de subrogation de plein droit : la subrogation de plein droit du créancier postérieur (article 1251,1°), la subrogation de plein droit de l'acquéreur d'un immeuble (art.1251,2°), la subrogation de plein droit de celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres (art.1251,3°), la subrogation de plein droit de l'héritier bénéficiaire (article 1251,4°), et la subrogation de plein droit de celui qui s'est acquitté des frais funéraires (article 1251,5°).

Dans l'aperçu du code civil reformé, on assiste en matière de subrogation légale, à la mise en place d'un principe général aux termes de l'article 1346 précédemment cité. Désormais, on peut affirmer qu'on dispose en matière de subrogation légale d'un droit commun. En effet, même si le cas visé par le 3° était considéré comme une « *clausula generalis* », selon le professeur Jean Carbonnier[15], et avait connu d'importants élargissements, on n'a jamais été jusqu'à admettre un principe général de la subrogation légale en droit positif.

Contrairement à l'ancien texte qui paraissait prévoir que des droits spéciaux de subrogation, on a désormais, avec cette généralisation, un droit commun de la subrogation légale qui se veut applicable à toute personne qui s'est acquitté de la dette d'autrui sans en avoir lui-même la charge définitive. Cette généralisation constitue la balance qui va mettre en place un régime commun pour tous les tiers de bonne foi qui ont rendu service en payant une dette qui ne leur incombait pas de façon définitive. Elle marque encore plus le fondement d'équité qui a toujours servi de justification à la subrogation.

[15] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *Répertoire de droit civil*, juin 2017.

En définitive, cette généralisation permet de mettre sur un même pied d'égalité tout tiers qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. Ils pourront bénéficier de la subrogation légale pour assurer le remboursement de leur créance conformément à ce que l'on peut désormais appeler le droit commun de la subrogation légale.

ii. Une conséquence de la tendance juridique

Cette généralisation de la subrogation n'est encore qu'une application de la tendance juridique. En France, le droit à tendance à être vu de façon globale et idéalement, la norme juridique est simple et générale. Ainsi, la législation française n'exprime des règles juridiques que de façon générale pour couvrir le plus grand nombre d'hypothèses et pallier l'évolution constante de la société. Ce classicisme juridique[16] français qui aspire à une plénitude législative doublée de cohérence se symbolise par la codification. La législation doit prévoir autant que possible les règles afin d'avoir des solutions dans le droit positif à tout problème juridique pouvant se présenter. La généralisation est vue comme le meilleur moyen d'atteindre la revendication de complétude et de cohérence jusqu'à devenir l'outil constitutif de la règle de droit.

En effet, la généralisation aboutissant à un principe général est devenue presque le sommet de la quête du législateur ou de tous intervenants en matière de construction juridique. Elle est considérée comme la finalité à atteindre pour la consécration des règles juridiques. Par exemple, le professeur Jean Carbonnier disait qu'« *il faut partir des faits mais pour s'élever à la construction juridique pour la généralisation* ». Le professeur Jacques Chevallier, lui affirme que « *le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent* [...] »[17].

Ce classicisme juridique différencie même le système juridique français d'autre système juridique comme la *Common Law* où le principe général est qu'il n'y a pas de texte légal ou réglementaire pour résoudre un litige. C'est le juge qui devra par la méthode du « précédent », comparer les faits d'espèce avec les faits décrits dans une jurisprudence antérieure, et en cas d'analogie, rendre une décision dans le même sens, sinon déboute le demandeur. Elle permet de ne pas

[16] Pour aller plus loin : M.-C. BELLEAU, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », *Les Cahiers de droit*, 1999, 40 (3), pp. 507–544. https://doi.org/10.7202/043560ar

[17] J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, pp. 103-119.

se limiter au cadre restrictif du texte, et de rendre une décision juste au cas par cas.

b. L'uniformisation du régime de la subrogation légale

La substitution à la casuistique d'un principe général apporte un cadre juridique unifié à la subrogation légale. Cette généralisation permet de voir dans son énoncé une simplification par l'uniformisation du champ d'application de la subrogation légale (i) mais également des conditions de celle-ci (ii).

i. L'uniformisation du champ d'application de la subrogation légale

Les cas particuliers de l'ancien article 1251 du code civil avaient pour chacun d'eux un champ d'application bien déterminé qui justifiait leur utilité. Afin de mieux comprendre l'étendu du nouveau domaine de la réforme convient-il, en premier lieu, de faire état des cinq hypothèses du droit antérieur.

D'abord, la subrogation du créancier payant un autre créancier préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques (C. civ., anc. art. 1251, 1°), correspond à la situation où plusieurs créanciers sont enregistrés sur l'un des immeubles appartenant à leur débiteur. Elle évite une vente intempestive par un créancier de rang supérieur dont le prix obtenu ne suffira pas à rembourser les créanciers de rang inférieur. Pour ce faire, le créancier de rang inférieur paiera lui-même le créancier de rang supérieur en échange de la créance privilégiée de ce dernier. Il évitera non seulement le risque de ne rien toucher de la vente, mais pourra également s'attendre à un gain sur une future vente de l'immeuble.

Ensuite, la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué employant le prix au paiement des créanciers hypothécaires (C. civ., anc. art. 1251, 2°), correspond à l'hypothèse d'un immeuble hypothéqué au profit de plusieurs créanciers qui est vendu à un tiers. La règle vise à protéger l'acheteur qui est tenu en sa qualité d'acquéreur de payer toutes les créances garanties par une hypothèque sur l'immeuble. Il aura tout intérêt à payer directement les créanciers supérieurs pour être au sommet du rang, de sorte qu'en cas de saisie en raison du droit de suite[18] conféré par l'hypothèque, il primera sur les créanciers de rang subséquent sur le prix du bien. En outre, la menace de l'exercice de ses droits privilégiés devrait dissuader les créanciers de rang inférieur d'agir du moment que la vente ne pourra pas désintéressée ces derniers.

Pour la subrogation du solvens tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette (C. civ., anc. 1251, 3°). Pour le premier cas : « Celui qui

[18] C. civ., art. 2461 : « *Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions* ».

est tenu avec d'autres », il s'agit de la situation où des codébiteurs sont tenus à une obligation solidaire et le créancier peut sommer indifféremment chacun d'eux pour le paiement de la totalité de la dette. Ainsi, celui qui a réglé est subrogé dans les droits du créancier et pourra se retourner de se retourner contre ses codébiteurs. Pour le deuxième cas : « Celui qui est tenu pour d'autres », on est dans le cadre d'une obligation de garantie, où le garant (par exemple la caution ou le donneur d'aval) qui s'est acquitté de la dette pourra exercer un recours contre le débiteur principal.

En ce qui concerne, la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 4°), il s'agit de l'hypothèse où un héritier a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire. Certes, l'héritier n'est tenu des dettes de la succession qu'à concurrence de ce qu'il reçoit, mais il peut avoir intérêt à payer les créanciers successoraux avec ses fonds personnels afin de faciliter la liquidation de la succession et d'éviter la vente forcée tout en ayant la possibilité de se faire rembourser auprès des cohéritiers.

Enfin, la subrogation de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 5°), c'est la situation dans laquelle celui qui a payé les frais funéraires avec ses propres deniers, peut se retourner contre les cohéritiers afin de se faire rembourser.

On avait donc pour chaque cas de subrogation un champ d'application bien déterminé. Ainsi pour pouvoir bénéficier de l'un de ces cas de subrogation, il fallait au préalable déterminer si on entrait dans l'une des situations envisagées par l'article 1251 du code civil. Il y avait sans aucun doute des lacunes dans la mesure où des situations qui auraient normalement pu entrer dans le champ de la subrogation se sont vu exclu l'application car ces dernières ne se calquaient sur aucun des hypothèses limitativement prévues. Alors que le nouvel article 1346 dans son énoncé englobe toutes les situations que l'on a vues dispersées dans les cas particuliers de l'ancien texte et est suffisamment large pour englober les cas qui devaient normalement en bénéficier.

ii. L'uniformisation des conditions de la subrogation légale

La diversité des champs d'application du régime antérieur de la subrogation légale s'accompagnait d'une diversité des conditions de la subrogation légale selon la situation.

Pour le premier cas, la subrogation du créancier payant un autre créancier préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques (C. civ., anc. art. 1251, 1°), les conditions tiennent, d'une part, à la qualité de l'auteur du paiement : solvens doit lui-même être créancier, qu'il soit privilégié ou chirographaire importe peu, l'origine des deniers est par ailleurs sans incidence. D'autre part, à la qualité du

créancier reçoit le paiement (l'accipiens) : il s'agit soit d'un créancier hypothécaire ou privilégié de rang quelconque et le solvens est un créancier chirographaire, soit d'un créancier d'un rang préférable et le solvens est lui-même créancier hypothécaire ou privilégié.

Pour la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué employant le prix au paiement des créanciers hypothécaires (C. civ., anc. art. 1251, 2°). On fait face à deux conditions : il faut d'abord que le solvens ait payé un ou plusieurs créanciers hypothécaires. Il faut ensuite qu'il ait effectué ce paiement en qualité d'acquéreur d'un immeuble hypothéqué.

Pour la subrogation de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 4°), elle s'applique au paiement des dettes de la succession mais également au paiement des charges de la succession. Quant à l'étendue de la subrogation, elle ne peut jouer que dans la mesure de sa part héréditaire, même s'il a payé la totalité de la dette, sauf en cas de paiement d'une dette indivisible.

Pour la subrogation de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 5°), elle s'applique à toute personne qui ait acquitté les frais funéraires pour le compte de la succession mais il apparaît nécessaire que ce soit le solvens en personne qui règle la dette.

Enfin, pour la subrogation du solvens tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette (C. civ., anc. 1251, 3°). On peut voir quatre conditions : il fallait que le solvens soit obligé à la dette, en qualité de coobligé ou de garant, qu'il soit tenu de la même dette que les autres débiteurs et qu'il ait intérêt de l'acquitter.

Alors qu'il découle de l'article 1346 que la subrogation légale profite désormais à tout solvens dès lors que deux conditions sont réunies : un paiement d'un tiers libérant celui qui doit supporter la charge définitive de la dette, et un intérêt légitime du tiers dans le paiement. Pour la première condition, l'important est de voir s'il y a satisfaction du créancier et libération consécutive du débiteur à son égard et absence de vocation du solvens à supporter définitivement le paiement. La seconde qui tient à l'intérêt légitime du solvens, peut être considérée comme un garde-fou introduit par les auteurs de la réforme en réponse aux craintes que leur projet avait pu faire naître[19].

En définitive, l'ordonnance de 2016 a mis en place un certain perfectionnement de la subrogation légale en simplifiant son régime en vue de son

[19] L. LORVELLEC et F. JACOB, Fasc. 20 : RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS. – Paiement avec subrogation. – Subrogation légale , I. - Critères généraux de la subrogation de plein droit, *Juris-Classeur Code civil*, Art. 1346 à 1346-5, 16 février 2018

meilleur fonctionnement. En effet, on est passée d'une subrogation à multiple entrées à une seule entrée.

2. La mise en cohérence du régime de la subrogation légale

La généralisation de la subrogation légale qui se traduit par la mise en place d'un principe général montre une certaine homogénéité de l'institution arborant une certaine cohérence. Cette cohérence sert de remède à l'éclatement du domaine de la subrogation légale (a) mais également de remède aux limites du droit antérieur (b).

a. Un remède à l'éclatement du domaine de la subrogation légale

Le principe général constitue une alternative à la casuistique qui était source d'éclatement (i) du fait de l'élargissement législatif, mais constitue également une manière de synthétiser la très grande œuvre de la jurisprudence (ii).

i. Un éclatement né de l'élargissement légal de la casuistique

À l'origine, les rédacteurs du code civil avaient prévu dans l'article 1251, quatre cas où la subrogation s'opère de plein droit. C'est déjà là une première marque de la faveur législative dans la mesure où la subrogation légale était considérée comme exorbitante du droit commun[20]. En effet, le paiement censé éteindre la dette la fait subsister au profit du solvens, auteur d'un paiement. Par cette faveur, il va être rajouté dans le code civil un cinquième cas de subrogation : la subrogation joue « *au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession* ». Ce nouveau cas de subrogation légale a été introduit par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

Des cas de subrogation de plein droit sont aussi prévus spécialement, dans d'autres textes : l'article L. 121-12 du Code des assurances ; l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale pour le remboursement des prestations causées par les blessures ou les maladies imputables à des tiers et l'article L. 454-1 du même code concernant les accidents du travail ; l'article 706-11 du Code de procédure pénale en matière d'indemnisation des victimes du dommage résultant d'une infraction ; les articles 28 et suivants de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, relatifs aux recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne lors d'accidents de la circulation.

La casuistique du code civil en elle-même constitue déjà un éparpillement du régime de la subrogation mais son extension par la loi amplifie d'autant plus

[20] J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op cit.*, p. 104

cet éclatement. En effet, abstraction faite de certaines particularités prévues dans les textes spéciaux de subrogation légale, le législateur dans un certain nombre de cas aurait pu s'abstenir de prévoir un texte spécial. Dès lors que les subrogations qu'il a expressément prévues dans le code civil auraient aussi lieu de plein droit pour celles prévues dans les textes spéciaux.

La généralisation étant considérée comme la finalité à atteindre pour la consécration des règles juridiques, la casuistique se trouve aujourd'hui frappée d'un évident discrédit. Par exemple, « *une jurisprudence sera qualifiée de 'casuistique' pour signifier qu'elle distingue à l'excès et de façon trop subtile au point de compromettre la sécurité inhérente à la généralité de la règle ou à des critères bien définis de qualification* »[21].

ii. Un éclatement né de l'élargissement jurisprudentiel de la casuistique

La jurisprudence a donné une extension importante à cette subrogation légale du Code civil du fait de son utilité et de sa fonction d'équité. L'œuvre de la jurisprudence n'a pas été d'une même ampleur pour tous les cas de subrogation de plein droit de l'article 1251 ancien. Le cas de subrogation qui a fait plus l'objet d'une interprétation large est celui qu'envisageait l'article 1251, 3°.

Premièrement, si classiquement la lettre du texte « tenu avec d'autres ou pour d'autres » suppose l'existence d'une seule dette pour plusieurs débiteurs ou coobligés, la jurisprudence va admettre que l'article 1251, 3° peut jouer dans des hypothèses où coexistent plusieurs dettes dont l'une se trouve acquittée[22]. En guise d'illustration, en matière de responsabilité professionnelle, la Cour de cassation a approuvé le fait pour un notaire négociateur d'un prêt qui avait été jugé partiellement responsable envers le prêteur de l'insuffisance du gage, une fois sa condamnation acquittée, d'exercer un recours subrogatoire contre les emprunteurs. L'écho de cette décision dans plusieurs autres affaires a permis de voir dans l'article 1251, 3° du Code civil ce que le professeur Jacques Mestre qualifiait de mécanisme autonome et très général de subrogation légale.

La jurisprudence a également admis que l'intérêt du solvens d'acquitter la dette résulte de la seule existence de celle-ci, donc sans que le solvens ait payé sur des poursuites ou des menaces de poursuites. Les apports jurisprudentiels ont donc fini par réduire les quatre conditions de l'article 1251,3° précédemment citées à deux seulement : l'obligation du solvens à la dette et la libération du débiteur par le paiement.

Deuxièmement, ces deux conditions vont encore connaitre une faveur de la jurisprudence. La première va subir une très grande atténuation par deux arrêts

[21] F. ROUVIERE, « Apologie de la casuistique juridique », *Dalloz*, 2017, pp. 118-123
[22] Cass. civ., 3 déc. 1888: D. 1890, 1, p. 71.

fondamentaux de 1985. La Cour de cassation a jugé que n'est pas un obstacle à la subrogation légale du solvens le paiement spontané d'une dette qui n'a pas encore été judiciairement constatée. On parle alors d'une dette virtuelle à laquelle manque juste l'exigibilité. La seconde condition va aussi connaitre une évolution, la jurisprudence dans nombreux arrêts va admettre que « *celui qui s'acquitte d'une dette personnelle peut prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »[23].

La généralisation de la subrogation n'est que la conséquence de l'élargissement jurisprudentiel du domaine de l'article 1251, et de la multiplication des cas de subrogation légale dans la législation spéciale. Les élargissements législatifs et jurisprudentiels des cas de subrogation légale de l'ancien droit a conduit à un éclatement du domaine de la subrogation qui produit dans une certaine mesure un éparpillement de la subrogation légale[24], de sorte qu'il fallait repenser l'équilibre de l'ensemble.

b. Un remède aux limites de l'ancien droit[25]

La subrogation légale de l'ancien article 1251 du Code civil supportait deux limites, l'un tenant au bénéficiaire de la subrogation (i) et l'autre tenant à la dette, objet de la subrogation (ii).

i. Les limites tenant à la personne du bénéficiaire de la subrogation légale

S'il est devenu courant que « *celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »[26], dans le droit antérieur, la subrogation légale, ne jouait pas au profit de celui qui paie une dette personnelle. En d'autres termes, le solvens était nécessairement quelqu'un tenu de la dette mais pas de façon définitive.

Mais l'exclusion originelle de la subrogation du solvens acquittant une dette personnelle, est de nature à empêcher la subrogation dans des hypothèses où elle

[23] Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n°14-15114

[24] D. R. MARTIN et L. ANDREU, « Subrogation personnelle », in L. ANDREU (dir.), *La réforme du régime général du droit des obligations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2016, 188 pp., pp. 93 et s.

[25] *Le Lamy Droit du contrat*, Partie 4 : La loi contractuelle, Titre 1 : détermination des parties et situation des tiers, Chapitre 7 : La circulation du contrat et des obligations contractuelles, Section 1 : La subrogation, 1782 : La définition de la subrogation légale sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 (version avant mise à jour).

[26] Depuis l'arrêt : Cass. civ 1re, 23 févr. 1988, nº 85-14.390

était pourtant nécessaire. La question s'est posée pour l'assureur de dommages qui paie à son assuré l'indemnité prévue au contrat d'assurance, une dette dont il est seul tenu. Peut-il invoquer la subrogation légale de l'article 1251, 3°, du code civil pour agir en remboursement contre le responsable tenu à réparation envers la victime ? La Cour de cassation a répondu dans un premier temps par la négative, mais face aux inconvénients de la solution qui libérait le responsable au détriment de l'assureur et entraînait une augmentation considérable des primes, il y a eu un revirement admettant la subrogation du solvens acquittant une dette personnelle.

Il s'agit là d'une solution jurisprudentielle qui fut acclamée comme « *une victoire de l'équité face à une exégèse réductrice de l'ancien droit de la subrogation personnelle* »[27]. Une nécessité que la réforme de 2016 a su prendre en compte en consacrant la subrogation de plein droit à celui qui paie une dette libérant celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. L'essentiel est que le paiement effectué par le solvens ne doit pas être à sa charge définitivement.

ii. Les limites tenant à la dette objet de la subrogation légale

La subrogation légale ne s'appliquait pas lorsque le solvens acquitte une dette à laquelle il est étranger. La règle était que la subrogation ne joue que lorsque le solvens ne peut pas se soustraire juridiquement au paiement d'une dette qui ne lui incombe pas définitivement. C'était le cas notamment dans une affaire où un solvens a payé en se croyant à tort responsable[28] : en l'espèce la cour a estimé que l'assuré (un docteur), n'avait commis aucune faute, donc son assureur n'était pas tenu et n'avait pas engagé sa responsabilité envers la victime, et ne pouvait être subrogé dans les droits et actions de celle-ci contre la clinique. Ou encore dans une autre affaire où le solvens a payé une dette au-delà du plafond pour lequel il était obligée[29] : en l'espèce la Cour de cassation avait condamné la Cour d'appel pour ne pas avoir pris en compte que la dette de l'assureur était limitée, aux termes de la police en vigueur, et qu'elle ne pouvait donc bénéficier de la subrogation légale pour le surplus des sommes qu'elle avait réglées sans y être tenue. Il en est de même pour la subrogation légale de l'assureur de dommages[30] dans les droits de la victime contre le responsable, qui ne s'applique pas si l'indemnité n'a pas été payée en application du contrat d'assurance, notamment si elle l'a été en méconnaissance d'une clause d'exclusion de garantie[31].

---

[27] Cass. civ. 1re, 7 nov. 1995, n° 93-16148, note D. MAZEAUD, *Defrénois*, 15 juin 1996, n° 11, p. 752
[28] Cass. Civ. 1re, 10 mai 1989, n° 87-15694
[29] Cass. Civ. 1re, 13 nov. 1984, n° 83-13020
[30] Art. L. 121-12 du code des assurances
[31] Cass. Civ. 3e, 16 sept. 2015, n° 14-20276

Ainsi la subrogation légale ne s'appliquait pas dans les situations où l'obligation au paiement faisait défaut. L'idée était qu'il appartenait au solvens de sauvegarder ses intérêts et qu'il n'avait qu'à demander la subrogation conventionnelle afin de se protéger. Mais désormais avec l'article 1346 du Code civil, cette limite a vocation à disparaître puisque le texte n'exige désormais plus que le solvens soit tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, il suffit qu'il justifie d'un intérêt légitime.

La revendication de cohérence est une démarche capitale dans la mesure où une construction juridique cohérente peut être d'un grand atout pour déduire de nouvelles règles en vue de résoudre les obstacles rencontrés dans l'application d'un texte. La reforme avec la généralisation qui consacre la jurisprudence contribue à pallier aux limites de l'ancien Droit et va aussi faire évoluer le régime de la subrogation légale, voire l'amplifier.

B. Une généralisation emportant évolution de la subrogation légale

Dans la généralisation de la subrogation légale, le législateur est allé plus loin en élargissant le domaine de la subrogation légale (1), mais qui reste toutefois encadré par une condition (2). On assiste en quelque sorte à une extension à proportion raisonnable[32] de la subrogation de plein droit.

1. L'élargissement du domaine de la subrogation légale

On comprend à lire l'article 1346 que la première condition est relative à la libération par un paiement envers le créancier de celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. On verra que cette condition emporte une possible multiplication des hypothèses (a) mais également une extension du bénéfice de subrogation légale (b).

a. Une possible multiplication des hypothèses de subrogation de plein droit

La potentialité de cette multiplication se mesure tout d'abord par le dépassement des cas particuliers (i) ainsi que par la liberté dans la formule du texte (ii).

i. Le dépassement des cas particuliers de subrogation légale

L'article 1346 de l'ordonnance de 2016 vient remplacer l'article 1251 ancien et substitue une règle générale aux cas qu'il consacrait. En abolissant la

[32] R. BOFFA, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *J.C.P. N.* 2016, 1115.

liste exhaustive des anciens cas de subrogation légale, il a élargi le champ d'application de la subrogation légale. Dans la lettre de l'article 1346, on comprend que la subrogation dans les droits du créancier a lieu dans toutes les hypothèses où le paiement réalisé par un tiers libère le débiteur final, dès lors que ce tiers avait un intérêt légitime au paiement.

La formule intègre aussi bien les hypothèses spécifiques figurant dans le code civil avant la réforme de 2016 (aussi bien le cas du 3°considéré comme général qui admettait la subrogation dans les recours entre codébiteurs à titre principal ou accessoire, que ceux admettant la subrogation du créancier postérieur, payant un autre créancier préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui paye les dettes de la succession ou celle de celui qui a payé les frais funéraires pour le compte de la succession), que celles prévues dans divers textes spéciaux.

La suppression de la casuistique évite de confiner l'application de la subrogation légale aux seules hypothèses antérieurement prévues. Cela va sans aucun doute contribuer à faciliter l'application de la subrogation dans des cas où elle s'avère utile mais qui étaient exclus du domaine ainsi qu'à des nouvelles hypothèses qui pourraient survenir. Comme l'a dit un auteur : « *l'élargissement du domaine d'application de la subrogation légale vise à répondre à la jurisprudence et cela ne signifie sûrement pas la condamner ; c'est la consacrer, voire l'amplifier* »[33].

D'ailleurs, le nouvel article 1346 du Code civil n'exige qu'un paiement libératoire d'un débiteur envers un créancier[34]. L'important est de voir seulement dans les cas d'espèce qui se présentent si le débiteur a été libéré de ses obligations envers son créancier grâce au paiement effectué par un tiers. L'effet libératoire du paiement peut même n'être que partiel, et la subrogation va s'ajuster en conséquence et n'aura lieu que pour la partie de la dette acquittée.

Pour les cas prévus par des textes spéciaux, leur aspiration par le principe général du code civil permet une certaine coexistence du droit commun et de droits spéciaux qui impliquera pour le solvens de pouvoir choisir le fondement de son action. S'agissant du recours subrogatoire de l'assureur, la jurisprudence admettait de manière constante qu'à côté de la subrogation légale spéciale de l'article L. 121-12 du Code des assurances, il est possible à l'assureur de se fonder sur l'article 1251, 3°, du Code civil, qui indiquait que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter[35]. La solution devrait être

[33] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*
[34] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, 1094 pp.
[35] Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n°14-15114

maintenue sous l'empire des nouveaux textes et pourraient s'étendre aussi aux autres cas prévus dans les autres textes spéciaux.

En résumé, la formule très large permet d'inclure les cas initialement prévus par le Code civil, ainsi que ceux contenus dans les textes spéciaux et bien d'autres.

ii. La liberté dans la formule de l'article 1346

La formule du texte très large et n'étant pas précise, laisse une très grande place à l'interprétation de la part de la jurisprudence. D'ailleurs, un texte de droit commun non répressif peut toujours faire l'objet d'une interprétation extensive qui consiste à étendre la portée de la disposition à une situation qui n'a pas été expressément prévue. En effet, une règle générale doit être interprétée et appliquée dans toute sa généralité sans découper ses éléments ou ses conditions (« *il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas* »)[36].

Il est encore difficile de savoir dans quelle mesure cette innovation va influencer les différents domaines du droit. Pour le moment, on ne peut dire quelles seront les situations nouvelles dans lesquelles la subrogation pourra jouer, mais on sait que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 la libéralise déjà de manière conséquente en exigeant seulement un paiement qui libère un débiteur vis-à-vis d'un créancier.

On peut sans doute déjà voir quelques nouvelles hypothèses, en ce que l'ordonnance de 2016, reprend la jurisprudence antérieure fondée sur l'ancien article 1251, 3°, mais ne fait plus référence au créancier commun. Donc désormais la dette que paie le solvens peut lui être purement personnelle. Ensuite, si l'ancien article 1251-1 prévoyait la subrogation qu'en cas de privilèges ou d'hypothèque, on peut maintenant envisager que la subrogation aura lieu même en présence de sûretés d'autre nature avec la nouvelle disposition.

La seule question qui se pose au juge est donc de savoir quand le paiement d'une dette effectué par le solvens a pour effet d'éteindre celle d'une autre personne en dehors des hypothèses anciennement prévues. L'ordonnance dans sa lettre laisse une marge d'interprétation qui peut s'avérer pratique dans la mesure où la société ne cesse d'évoluer et que l'on pourrait sans doute avoir d'autres hypothèses où la subrogation pourrait s'avérer utile. Ce texte est donc non seulement consacrant mais également préventif. Il laisse une grande marge à l'utilisation pratique de la subrogation.

[36] J.-L. BERGEL, Méthodologie juridique, *op. cit.*, spéc. p. 269, n° 154.

b. Une extension du bénéfice de la subrogation légale

Le dépassement des hypothèses spécifiques anciennement prévues produit également une extension du bénéfice de la subrogation légale(i). Cette extension s'amplifie avec la suppression de la condition de l'obligation à la dette pour le solvens (ii).

i. Une répercussion de l'élargissement des hypothèses

En dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux, le bénéfice de la subrogation légale est généralisé. Avec un champ d'application encore plus élargie le bénéfice de la subrogation légale est ainsi généralisé à toute personne qui, y ayant un intérêt légitime, libère par son paiement celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette.

Par exemple, en droit des sociétés, l'extension du champ de la subrogation légale pourrait avoir un impact dans le cadre d'une société civile où les associés sont tenus conjointement des dettes sociales. S'il a toujours été admis qu'en vertu l'article 1251-3° du code civil, l'associé qui a payé une dette de la société, même dans la limite de sa participation au capital était subrogé dans les droits du créancier social désintéressé pour les exercer contre la société, un arrêt très critiqué de 2012 a changé la donne. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que « *les associés ne pouvaient se prévaloir de l'obligation aux dettes sociales instituée au seul profit des tiers par l'article 1857 du code civil* »[37]. Même si souvent l'état financier de la société ne permettait pas un recours effectif à ce mécanisme, sa suppression engendrait des conséquences désastreuses. Une proposition avait été pensée en ce que l'associé puisse, en cas d'échec d'une action préalable contre la société, entamer un recours à l'encontre des coassociés. Dès lors, il ne se présente pas en qualité d'associé mais en même qualité qu'un tiers créancier de la société.

Dans l'attente d'un revirement, ne pourrait-on pas imaginer que la nouvelle portée de l'article 1346 puisse octroyer le bénéfice de la subrogation à l'associé solvens en considérant que cet arrêt ne s'applique pas quand un associé agit contre ses coassociés en vertu d'une subrogation dans les droits d'un créancier social qu'il a désintéressé[38].

[37] Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-14844

[38] A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD Com.*, 2016, p. 767

ii. La suppression de la condition d'obligation à la dette du solvens

Déjà il ne restait plus que deux conditions à la subrogation légale : que le solvens soit obligé à la dette à l'égard de l'accipiens et que par son paiement il libère celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. Mais l'article 1346 va au-delà en supprimant la première de ces deux conditions qui avait elle- même déjà fait l'objet d'un certain assouplissement[39]. Il importe peu désormais que le payeur soit ou non obligé à l'égard de l'accipiens. Selon le professeur Éric Savaux : « *le texte renverse donc le principe classique selon lequel il ne suffit pas que le paiement soit effectué par un tiers pour qu'il donne lieu à subrogation* »[40].

Le projet d'ordonnance de mars 2015 qui supprimait radicalement cette première condition, avait subi les critiques de nombreux auteurs, par exemple pour le professeur Phillipe Stoffel-Munck : « *suffira-t-il que le solvens obtienne les coordonnées bancaires d'un créancier, vire des fonds à son crédit en imputant ce versement sur une créance du bénéficiaire pour s'en prétendre désormais titulaire ? Ce transfert, par le seul effet de la loi, ne va-t-il pas permettre d'interférer à bon compte dans les affaires d'autrui, de tourner des clauses d'agrément à cession, etc.?* »[41]. L'ordonnance de 2016 pour pallier ces critiques rajoute une condition : l'exigence d'un intérêt légitime au paiement.

En effet, l'article 1324 du projet prévoyait en ces termes que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Alors que l'article 1346 de la réforme consacre une règle générale mais avec une nouvelle condition : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

En tout cas l'obligation à la dette n'est plus et la subrogation légale s'ouvre à toute personne qui n'était pas elle-même débitrice du créancier (accipiens), du moment qu'il justifie d'un intérêt légitime à le faire.

---

[39] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n ° 79.

[40] E. SAVAUX, « Le paiement avec subrogation », in L. ANDREU – V. FORTI (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2016, pp. 141 et s.

[41] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier », *Droit et patrimoine*, n° 249, 1er juillet 2015.

2. Une extension pourtant conditionnée

Il s'agit ici de l'exigence d'un intérêt légitime au paiement (a) qui reste une notion sujette à interprétation (b).

a. L'exigence d'un intérêt légitime

On verra ici que la référence à l'intérêt légitime qui n'est pas une condition si nouvelle que ça (i) est un rajout très opportun (ii).

i. L'intérêt légitime : une condition pas si nouvelle

Avec la lettre de l'article 1346, on comprend que le solvens doit avoir un intérêt légitime à faire un paiement. Le solvens n'est donc plus nécessairement une personne tenue de la dette (autrement dit que le créancier puisse exiger un paiement de sa part) mais doit avoir un intérêt légitime à acquitter la dette. Dans l'intention des rédacteurs, il s'agit de l'intérêt au paiement et non de l'intérêt à la subrogation comme l'ont pensé certains auteurs[42].Comme on l'a vu, cette seconde condition a été prise face aux craintes de nombreux auteurs sur la trop grande liberté du texte du projet qui stipulait que tout paiement allait être subrogatoire.

Le professeur Jacques Mestre y faisait déjà référence[43], en expliquant que c'est l'intérêt au paiement qui va justifier la subrogation légale au profit de celui qui effectue le paiement d'une dette étrangère, c'est-à-dire une personne non tenue au paiement d'une dette (comme le cas du créancier postérieur de l'ancien art. 1251-1°), mais également au profit de celui qui acquitte sa propre dette (comme l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué de l'ancien art. 1251, 2°). Il ajoute que l'intérêt au paiement constituait également pour chaque cas du droit antérieur le critère de détermination des conditions de la subrogation légale. Ce qui explique l'analyse de certains auteurs comme quoi la nouveauté de cette condition est toute relative et qu'il ne s'agit que de la renaissance d'une condition originelle tombée en désuétude jurisprudentielle[44].

En effet, l'ancien article 1251, 3°, exigeait expressément que le solvens ait un intérêt à acquitter la dette. L'intérêt au paiement du solvens a été jugée satisfait dès lors qu'il est tenu au paiement de la dette avec d'autres ou pour d'autre. Avec la grande extension du domaine de la subrogation légale par l'article 1346, admettant la subrogation au solvens qui paie une dette sans y être obligé, la question de la raison d'être du paiement se repose légitimement.

---

[42] M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *L.P.A.*, 2016, n° 91, p. 10.
[43] J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 104-147.
[44] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n°75

ii. La référence opportune à l'intérêt légitime

L'intérêt légitime répond aux nombreuses critiques sur la trop grande extension[45] de la subrogation légale. On peut voir deux fonctions cumulables de l'intérêt légitime.

La première fonction de l'intérêt légitime du solvens est de servir de garde-fou[46] aux éventuels abus des personnes mal intentionnées. En effet, selon le rapport au président de la République « *l'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale* ». Ce tiers en raison de l'illégitimité de ses intentions et qui par la suite pourrait se servir de la subrogation légale comme arme contre le débiteur ne peut bénéficier de cette institution dont la finalité réside dans l'équité.

Selon certains auteurs, « *l'intérêt légitime serait conçu comme un obstacle à une utilisation abusive des règles de la subrogation légale. Bienfait dispensé par le législateur par faveur envers celui qui s'acquitte de la dette d'un tiers, elle ne devrait pas devenir un mécanisme entraînant des comportements litigieux* »[47]. L'intérêt légitime évite ainsi l'instrumentalisation par un tiers de la subrogation pour des actes dans lesquels les intentions pourraient être illégitimes ou illégales. Il ne faudrait pas, en effet, que ce tiers puisse utiliser la subrogation comme moyen d'ingérence ou de nuisance dans les affaires du débiteur en l'actionnant en paiement. Dès lors, l'exigence de l'intérêt légitime au paiement de la dette pour pouvoir bénéficier de la subrogation légale n'est pas sans importance car il constitue un moyen de protection du débiteur.

La seconde fonction qui est objective consiste à réserver le bénéfice de la subrogation légale au solvens qui mérite objectivement cet octroi automatique en raison de la nécessité de son paiement. L'intérêt légitime deviendrait ainsi le motif d'octroi de la subrogation légale commun à tous les cas où le solvens mérite objectivement par l'utilité de son paiement d'en profiter.

b. L'intérêt légitime : une notion sujette à interprétation

Au demeurant, pour la subrogation légale de l'article 1346, il reste à déterminer comment doit s'apprécier l'intérêt légitime au paiement. On va voir

---

[45] Voir en ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte volonté du créancier », *ibid.*, p. 55 ; et R. BOFFA, « Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, p. 8.

[46] E. SAVAUX, Subrogation personnelle, *ibid.*

[47] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *op. cit.*, n° 992.

que cette interprétation présente une partie déjà accomplie par la jurisprudence(i) et une partie à découvrir (ii).

i. Une interprétation en partie accomplie par la jurisprudence antérieure

Selon le rapport fait au président de la République, le nouveau critère de l'intérêt légitime « *répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes* ». Il faut donc pour comprendre ce qu'est un « intérêt légitime » et ce qui ne l'est, se référait à la jurisprudence de l'ancienne liste de l'article 1251.

D'abord, dans les hypothèses où le solvens était juridiquement obligé, il y avait dans le paiement la présomption d'un intérêt légitime. Par exemple, pour les cas de subrogation de l'ancien article 1251, 3° du Code civil, c'est l'obligation qui fait l'intérêt légitime. En effet, qu'il soit tenu pour un autre ou avec un autre, le solvens a toujours intérêt à acquitter sa dette. L'ancien article 1251, 3° du Code civil faisait bien apparaître le rattachement entre l'obligation à la dette (« *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette* ») et l'intérêt au paiement (« *avait intérêt de l'acquitter* »). Ainsi, la jurisprudence a toujours admis que l'obligation à la dette implique toujours l'intérêt de l'acquitter. Pour le cas de subrogation de l'ancien article 1251, 2° du Code civil, l'intérêt légitime de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué au paiement du créancier hypothécaire réside également dans son obligation à la dette. En effet, l'existence du droit de suite que l'article 2461 du Code civil reconnaît à ce créancier fait de l'acquéreur en sa qualité de détenteur de l'immeuble, un obligé à la dette. Pour les cas de l'ancien article 1251, 1°, le fait que le solvens était lui-même créancier du débiteur, justifie sans doute un intérêt légitime au paiement.

À la lumière de la jurisprudence, on peut citer des cas où l'absence d'obligation a justifié l'absence d'intérêt légitime : le cas de celui qui paie par erreur ou de celui qui a payé dans une intention libérale.

Mais un intérêt légitime peut exister aussi dans les autres cas, où il n'existe aucune obligation juridique au paiement. L'exigence de l'intérêt s'avère d'autant plus utile ici dans la mesure où on se demande plus pourquoi le solvens non tenu aurait acquitté une dette. Les parties doivent se munir de preuves solides car une absence de légitimité de l'intérêt suffira à empêcher l'octroi de la subrogation.

Ensuite, pour les cas de subrogation légale des textes spéciaux, comme l'a relevé un auteur[48] ce sont les considérations d'intérêt général plus que la simple

[48] M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *ibid.*

équité qui justifient l'octroi de la subrogation aux différents solvens de ces textes. L'intérêt légitime va donc s'apparenter à la nécessité dictée par l'intérêt général.

ii. Une interprétation en partie à découvrir

Malgré les pistes déjà donnés par la jurisprudence antérieure, le fait que cette notion ne soit pas vraiment définie présente en quelque sorte encore une possible extension du champ de la subrogation. La définition reste sujette à interprétation et sera dans certains cas très factuelle. La jurisprudence sera sans doute très féconde dans la détermination de ce que l'on entend par intérêt légitime.

Comme le font certains auteurs[49] qui interprètent l'intérêt légitime à partir des fonctions qu'il peut remplir, si l'on se place dans la fonction objective de la subrogation légale qui consiste à réserver la subrogation à ceux qui méritent une situation privilégiée en raison de la nécessité ou de l'utilité du paiement, ce que l'on a dit dans le premier paragraphe n'est vrai que si l'on se place dans une interprétation souple de la notion d'intérêt légitime en l'associant à un simple intérêt moral au paiement.

Au contraire, on risque de voir un cantonnement au régime antérieur voire une réduction du domaine de la subrogation légale si on adopte une interprétation stricte qui associe la légitimité de l'intérêt à l'exigence d'une obligation juridique de payer. Cette dernière option semble juste de facilité pour éviter la subjectivité causée par les appréciations de l'intérêt moral, impliquant la notion de mauvaise foi ou de fraude. On considérera que seule l'obligation au paiement justifie un intérêt légitime au paiement, et donc la subrogation ne pourra profiter qu'au solvens qui était obligé de payer la dette.

Compte tenu de la généralité du texte, l'interprétation qui semblerait cohérente à cette condition serait celle de juste tempérer les abus éventuels afin d'éviter qu'un bienfait de la loi ne dégénère en outil de mauvaise foi[50].

Quoi qu'il en soit, on se demande si l'adoption de cette condition ne risque pas de restreindre le domaine de la subrogation légale dans la mesure où l'exigence de l'intérêt légitime se trouve généralisé à tous les cas et non seulement à un seul cas comme auparavant (art.1251, 3°) et l'absence de définition ou de délimitation de cette condition ne présente-t-elle pas un fossé qui pourrait

[49] O. DESHAYES – T. GENICON – Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 751.
[50] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, *op. cit.*, n° 992

fragiliser la disposition. Certains auteurs présentent[51] que l'adage « *fraus omnia corrumpit* » aurait peut-être suffit à éviter les abus tant redoutés.

II. La généralisation de la subrogation légale : une systématisation entourée d'incertitudes

Certes l'article 1346 de la réforme, en ces termes rend plus homogène et fait évoluer le régime de la subrogation légale, cependant la formule du texte reste empreinte de nombreuses incertitudes quant à son application.

Pourquoi une généralisation ? La généralisation n'est pas une fin en soi, ça permet une présentation globale certes, mais que faire après la généralisation ? En effet, « *la règle (de droit) n'est pas une chose mentale qui existerait dans l'esprit, mais un objet social qui n'existe que dans ses applications* »[52]. Donc le droit doit prendre en compte la conjonction de sa lettre avec son application.

En ce sens, dans cette partie il sera plus question de l'analyse de l'application de l'article sur la généralisation de la subrogation légale, c'est-à-dire comment la règle est appréhendée dans sa pratique. Cela nous emmène à voir les éventuelles incertitudes ou indéterminations dans son application par rapport à son énoncé, mais également sa capacité à exister en harmonie avec le droit positif déjà en place.

Pour essayer de répondre à toutes les questions qui vient d'être posées, nous verrons dans un premier temps les incertitudes quant à l'application en général de ce texte (A) et dans un second temps les incertitudes concernant la coexistence avec certaines institutions (B).

A. Les incertitudes quant à l'application du texte en général

Il s'agit ici de voir les incertitudes quant à la formule du texte (1) et le constat face à ces incertitudes formelles (2).

[51] N. DISSAUX – C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris, Dalloz, coll. « Codes Dalloz », 2016, 274 pp.

[52] B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 34 | 2018, mis en ligne le 02 juillet 2018.

1. Les incertitudes quant à la formule du texte

On constate que les incertitudes sur les nouvelles frontières de la subrogation légale (a) ont tendance à nous emmener à recourir à l'ancienne casuistique (b) pour comprendre l'application de cette généralisation.

a. Les incertitudes sur les nouvelles frontières de la subrogation légale

Les incertitudes sur l'étendue du nouveau champ d'application de la subrogation légale se manifestent par le flou dans l'intention du législateur (i) et dans l'incertitude des conditions nouvellement retenues (ii).

i. Un flou dans l'intention du législateur

Le nouvel article 1346 du code civil, rappelons-le, prévoit que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime paie, dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». La formule du texte va provoquer de nombreuses critiques et un certain débat chez les auteurs.

Selon le professeur Marc Mignot, « *la lisibilité du droit n'est ici que mirage* ». Il pense que la formule est non seulement incomplète mais tautologique. Pour lui la ratio legis qui suppose la mention séparée de ses conditions et de ses effets n'est pas entièrement respecté dans la règle générale de l'article 1346. De son point de vue, la règle présente parmi ses conditions son principal effet : en ce que le solvens est subrogé si son paiement libère d'autres personnes, alors que la libération est due à la subrogation et non au paiement car justement le paiement effectué par un débiteur de sa propre dette n'est pas subrogatoire. Pour lui le solvens est subrogé parce qu'il y a subrogation et la raison de cette subrogation n'est ni définie ni définissable[53].

Selon le professeur Éric Savaux, « *la formule n'est pas précise* ». On ne sait pas selon lui s'il s'agissait seulement de consacrer la jurisprudence antérieure ou de l'amplifier, et au-delà de l'intention du législateur, qui n'est pas si claire, quelles sont les ressources de la nouvelle subrogation légale. De son point de vue, le droit ne gagne pas en « lisibilité » et en « prévisibilité », qui constituent pourtant des objectifs majeurs de la réforme.

Mais pour lui la critique du professeur Marc Mignot selon laquelle « *le texte place à tort le principal effet de la subrogation parmi ses conditions* » n'est pas fondée, car ce n'est pas la subrogation qui libère le débiteur, mais le paiement lui-même. Pour lui l'article 1346 n'inverse pas l'ordre des facteurs et la question

[53] M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *ibid.*, p. 10

fondamentale est de savoir pour quelles raisons la loi décide de transmettre au solvens les droits du créancier désintéressé[54].

Les deux sont d'accord pour dire que tout dépendra de l'interprétation du juge. Le premier explique que « *la casuistique ne sera plus légale mais jurisprudentielle et doctrinale. Il faudra s'en remettre à la jurisprudence antérieure et aux différents cas qu'elle avait dégagés* ». Et le second que « *tout dépend de l'interprétation du nouvel article 1346 et des applications que les juges en feront. Il est donc difficile de savoir dans quelle mesure cette « réforme majeure » provoquera, ou pas, un changement du droit positif* [...] ».

ii. Une incertitude dans les conditions de la subrogation légale

Comme on l'a vu, il découle de l'article 1346 deux conditions qui posent toutes deux des interrogations. La première sur la libération du débiteur définitif par un paiement effectué par un tiers. Même si elle reste une constante de l'ancien régime, il est quand même difficile de savoir si elle est remplie dès que l'on s'éloigne des cas spéciaux de subrogation de l'ancienne casuistique. Une interrogation plane sur le fait de savoir quand le paiement d'une dette par le solvens qui libère le débiteur définitif peut lui ouvrir le bénéfice de la subrogation. Est-ce que cet article s'applique à n'importe quel paiement sous réserve bien sûr de ceux qui ont été antérieurement exclus (paiement sur intention libérale ou paiement par erreur).

Pour la deuxième condition, l'intérêt légitime, qui certes s'avère nécessaire pour éviter que le bienfait de la subrogation légale ne dégénère en abus, il y a tout de même des doutes sur le fait qu'il puisse atteindre son but car tout dépendra des interprétations de la jurisprudence. Si l'absence de définition de cette notion laissait comme on l'a vue une certaine liberté d'extension vers de nouvelles hypothèses, elle n'est pas pour autant sans risque. Il peut même être source d'insécurité juridique dans la mesure où son interprétation risque d'introduire de la subjectivité et de l'incertitude dans la subrogation légale.

Quand est-ce que l'intérêt au paiement est- il légitime ? Par exemple, prendre le contrôle d'un concurrent est-il toujours illégitime qu'il se fasse directement ou indirectement[55] ? L'ordonnance en ne donnant pas une définition laisse un flou et une ouverture à la subjectivité dans les conditions de la subrogation légale. Globalement, la rénovation de la subrogation légale n'offre donc pas la prévisibilité et la sécurité recherchées.

[54] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*
[55] E. SAVAUX, « Le paiement avec subrogation », *ibid.*

b. L'inévitable recours à l'ancienne casuistique pour l'appréhension de la subrogation légale[56]

En effet, ces incertitudes qui grèvent la nouvelle règle conduit à chaque étude de la subrogation légale à recourir à l'ancienne casuistique pour savoir à quoi (i) et à qui (ii) la règle s'applique.

i. Une lumière sur les hypothèses de subrogation légale

Avec la seule formule de l'article 1346, on ne peut pas savoir tout de suite les hypothèses auxquelles celui-ci doit s'appliquer. Il est évident que le guide fourni par l'ancien article 1251 du Code civil permet de cerner au mieux les différents cas de subrogation légale. D'ailleurs, les différents auteurs qui traitent de la subrogation légale passe nécessairement par un aperçu du droit antérieur.

La subrogation légale avec la réforme a lieu dans les cas où le paiement d'un tiers, ayant un intérêt légitime, libère le débiteur final d'une dette. Mais quels sont ces cas où le paiement d'un autre libère le débiteur définitif ? Et qu'est-ce qu'on doit entendre par un intérêt légitime ? Alors qu'avec l'ancienne casuistique on avait déjà en quelque sorte un point de départ pour apprécier s'il y a lieu ou non à l'application de la subrogation légale. D'ailleurs, la jurisprudence très féconde de l'ancien article participe également à la compréhension de la nouvelle disposition.

Sur la base de l'ancien article 1251, on peut par exemple classer les cas de subrogation légale en deux catégories. Dans le premier on peut voir les cas où le solvens était lui-même tenu au paiement de la dette, en tout ou en partie. Il s'agit notamment des cas où il existait une obligation à la dette sur la base d'une obligation de garantie, d'une obligation solidaire ou d'une obligation in solidum. Le solvens était donc soit un débiteur, un codébiteur ou un garant ou une caution à la dette. On comprend cela à la lecture de l'alinéa 2° : « *Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué* », donc où le solvens était lui-même tenu de la dette au titre de l'hypothèque. Mais là où cette première catégorie présente le plus d'application c'est dans l'alinéa 3° : « *Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

Dans la seconde catégorie se trouve les cas dans lesquels le solvens n'était pas tenu au paiement de la dette. Il s'agit des autres cas où aucune obligation ne pèse sur le solvens mais qui présentent pour lui un intérêt de faire le paiement, notamment pour éviter une situation désavantageuse. C'est le cas prévu dans

[56] Pour aller plus loin, voir L. LORVELLEC – F. JACOB, « Art. 1346 à 1346-5 », *ibid.*

l'alinéa 1° : « *Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* », il s'agit pour le solvens qui lui-même est créancier d'éviter une vente inopportune à l'initiative d'un créancier qui lui est supérieur. Il en est de même de l'alinéa 4° : « *Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession* », où un héritier n'étant tenu que d'une partie de la dette de la succession dans la limite des biens qu'il reçoit, a cependant, intérêt à payer le tout pour éviter une vente forcée du bien par les créanciers successoraux. Ainsi que l'alinéa 5° : « *Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession* » où le solvens n'est en général pas tenu des frais funéraires.

En ce qui concerne l'intérêt légitime, la jurisprudence dans son application de l'ancien article 1251, 3° du Code civil avait déjà admis que l'obligation à la dette emportait déjà un intérêt légitime à son paiement. Certes, cette notion pourra avoir d'autre nature mais cela constitue déjà un acquis que l'on peut exploiter dans l'application de la nouvelle règle.

ii. Une lumière sur les bénéficiaires de la subrogation légale

Nous allons maintenant voir que même pour prendre connaissance des bénéficiaires de la subrogation légale, il faut également s'appuyer sur l'ancienne casuistique ainsi que leurs applications jurisprudentielles. Même si l'article 1346 dispose que la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, libère par son paiement un débiteur définitif, cela ne dit pas non plus clairement à qui va profiter concrètement cette institution.

Grâce à l'analyse de l'ancien article 1251 et de l'interprétation extensive que la jurisprudence en a fait, on peut affirmer que les bénéficiaires de la subrogation légale avec la nouvelle réforme seront à peu près les mêmes qu'avant. La subrogation bénéficie ainsi d'abord à celui qui a payé alors qu'il était tenu pour d'autres. Il s'agit en quelque sorte d'une subrogation suite à la mise en œuvre d'une obligation au paiement de façon provisoire mais pas définitive. Est tenu pour d'autres, la caution qui peut être amenée à payer à la place du débiteur principal (C. civ., art. 2306) et, en matière cambiaire, le donneur d'aval. C'est le cas également de l'assureur de dommage qui se trouve subrogé dans les droits de l'assuré. Ou encore du notaire qui trouve sa responsabilité personnelle engagée envers son client en raison d'actes effectués. À ce type de subrogation, la jurisprudence a défini qu'une obligation virtuelle au paiement peut suffire à constituer l'intérêt légitime du solvens[57]. En l'espèce, au visa de l'article 1251, 3° du Code civil, la Cour de cassation avait jugé que le paiement spontané et anticipé

[57] Cass. civ. 1re, 2 oct. 1985, n° 84-13.947

d'une dette que le solvens n'était pas encore contraint de payer n'empêchait pas la subrogation légale.

La subrogation bénéficie ensuite à celui qui a payé alors qu'il était tenu avec d'autres. La différence avec le premier réside dans le fait qu'ici le solvens fait partie de ceux sur qui la charge définitive de la dette pèse. Il s'agit notamment du codébiteur solidaire, ou du débiteur in solidum tenu avec d'autres et qui se trouve subrogé aux droits du créancier par le paiement de la dette commune.

Par ailleurs, la subrogation bénéficie à l'acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle. C'est l'exemple de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui a un intérêt à payer le créancier hypothécaire afin de profiter du bénéfice de l'article 1346 nouveau du Code civil.

Mais la subrogation peut opérer aussi au profit d'un solvens qui n'était tenu en aucune manière au paiement, mais qui aura eu intérêt à le faire, par exemple pour des raisons d'ordre économique ou moral, notamment pour éviter des saisies et ventes inopportunes. Il s'agit des bénéficiaires à l'ancien article 1251, 1°, 4° et 5° : le créancier qui en paie un autre, titulaire d'un rang ou droit préférentiel, l'héritier acceptant la succession à concurrence de l'actif net et le solvens de frais funéraires.

Le recours aux anciens cas aide à voir comment on peut étendre la subrogation à d'autres cas grâce à une analogie ou bien une interprétation extensive. Tous ces cas semblent pouvoir avec la généralité de la lettre de la réforme s'élargir à des hypothèses périphériques. Par exemple, par un travail de comparaison, l'intérêt de celui qui paie un créancier qui lui est supérieur peut exister chez celui qui paie un créancier autre quoiqu'il ne lui soit pas forcément supérieur.

2. Le constat face aux incertitudes entourant le texte

La généralité de l'article 1346 du code civil, pose de nombreuses incertitudes que l'on se demande si la généralisation est plus opportune pour la subrogation qu'une casuistique (a) et quelles sont les propositions pour pallier ces incertitudes (b).

a. La subrogation légale : la généralisation ou la casuistique ?

On assiste avec cette réforme à la crainte de la confirmation des critiques classiques de la généralisation (i) qui donne une idée de l'importance de la casuistique (ii).

i. La crainte des critiques classiques de la généralisation

Concrètement, la généralisation se réalise par la technique de l'induction. « *Le raisonnement inductif permet d'étendre par généralisation une règle qu'on aura établie dans quelques cas seulement, alors que le raisonnement déductif (ou syllogisme) permet de passer de la règle générale à son application dans un cas particulier* »[58]. La généralisation, devenue une habitude des juristes, se fait par la technique de l'induction mais ça ne s'arrête pas là. Par ce que l'on appelle « raisonnement logico-déductif », l'induction va être suivie d'une déduction logique : à partir des principes généraux qui se présentent, on va déduire des conséquences pratiques.

La généralisation a été critiquée par de nombreux auteurs car elle a ses limites. Certains ont soutenu que la généralisation conduit à l'invalidité des propositions générales parce que le raisonnement conduit à une compréhension partielle de la réalité. Par exemple, François Gény avait apporté une critique sur la généralisation en dénonçant dans la généralisation une « *intellectualisme juridique* ». Pour lui généraliser c'est fragmenter, c'est-à-dire chercher à simplifier et à oublier la complexité de la réalité sociale.

En effet, la généralisation comme toute systématisation conduit toujours à une simplification de la réalité qui provoque une réduction certaine de la complexité. En partant des faits et en généralisant on oublie une grande partie de la réalité, on simplifie les choses. On verra dès lors qu'une généralisation disproportionnée risque de ne pas avoir de réel intérêt théorique dans la mesure où elle ne se suffit pas à son application.

Alors comme on l'a vu pour cette généralisation de la subrogation légale on est dans le flou quant à la déduction si on ne se réfère pas au droit positif antérieur. La seule lecture de ce texte sans se référer au droit positif antérieur dénote une certaine insuffisance voire une incompréhension de celui-ci.

On se demande également si la généralisation ne serait-elle pas d'une certaine manière contraire à la méthode empirique logique qui constitue la méthode la plus acceptée et prônée par les juristes. Cette méthode fondée sur le positivisme née de la rencontre du rationalisme et de l'empirisme et dont le but est d'atteindre un très haut degré de certitude et d'objectivité dans l'élaboration de la connaissance.

[58] M. CUMYN – M. SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 (Volume 71), pp. 1-42

ii. Une idée de l'importance de la casuistique

Même si on a supprimé la casuistique dans ce cas particulier de la généralisation de la subrogation légale, elle n'a pas complètement disparu. Selon le rapport au président de la République évoqué plus haut, cette règle générale « *répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes* ». Ce qui confirme que le droit antérieur reste conserver et que même si la nouvelle disposition peut avoir un domaine plus élargi, la casuistique de l'ancien article 1251, ainsi que la jurisprudence engendrée par son application demeurent. On voit une certaine résistance de la casuistique en ce que la règle générale ne peut être vraiment appréhendée qu'à l'appui des anciens cas et des jurisprudences qui sont nées de ces dernières.

On arrive avec cette réforme à reconsidérer l'idée de la casuistique juridique qui est aujourd'hui de plus en plus délaissé au profit de la généralisation. Alors que comme le démontre si bien un auteur, « *la casuistique est une clé de compréhension du raisonnement juridique et est une véritable théorie de la pratique juridique* »[59].

On se demande pourquoi une telle condamnation de la casuistique alors que la casuistique permet d'avoir une analyse de la situation qui se rapproche le plus possible de la réalité. Est-ce qu'on est devenu plus attacher à avoir une solution plus facile à contenir et à retenir à portée de main pour résoudre les problèmes qui peuvent se présenter ? Serait-ce parce qu'on a mal compris ce qu'est la casuistique comme un simple raisonnement au cas par cas ? Alors que, « *la casuistique juridique bien comprise vise à traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente ce qui est la formulation même de la règle de justice* »[60].

b. Les propositions pour pallier ces incertitudes

Face à ces incertitudes, on peut avoir deux positions : soit s'en remettre au fondement même de la subrogation : l'équité (i), soit penser à une autre présentation de l'institution (ii).

i. L'attachement au fondement de la subrogation : l'équité

Dans ses origines, la subrogation personnelle a été jugé contraire à l'effet normal du paiement dans la mesure où le paiement effectué par le tiers n'éteint pas la dette du débiteur mais la laisse subsister au profit du solvens. Il a été admis que seule l'équité commande que l'auteur de ce paiement soit substitué aux droits

[59] F. ROUVIERE, « Apologie de la casuistique juridique », *ibid.*
[60] *Idem.*

du créancier. On peut sans doute affirmer qu'en matière de subrogation légale cet impératif d'équité est plus marqué. En effet, l'équité fait profiter de plein droit la subrogation légale sans formalité de validité, contrairement à une subrogation conventionnelle qui peut être soumise à une quittance subrogative ou d'autres conditions prévues dans la convention des parties.

Dans son application, on pourrait sans doute éviter une certaine dérive de cette institution si l'on se place toujours dans l'impératif d'équité qui constitue son fondement même. Le traitement équitable consiste à faire bénéficier la subrogation au tiers qui s'est acquitté d'une dette dans un intérêt légitime et qui n'avait en aucun cas l'intention d'agir dans une intention libérale mais celle de se faire rembourser. Ainsi le solvens pourra bénéficier des droits dont le créancier désintéressé bénéficiait contre le débiteur.

Le but de la subrogation légale est donc de faire en sorte que les intérêts de tous les intervenants ne nuisent pas à ceux du tiers agissant dans un intérêt légitime. La subrogation légale doit donc être un « *instrument de justice* »[61]. Naturellement, cette notion d'équité sera le point culminant qui déterminera l'octroi ou le refus de la subrogation légale.

D'ailleurs, les raisons d'équité qui peuvent avoir différentes formes ont toujours justifié l'extension jurisprudentielle des cas de subrogation légale. Par exemple cette idée d'équité, a permis une certaine mise en proportion de la dette avec la responsabilité du tiers[62]. Les autres dispositions sur les effets de la subrogation personnelle en général répondent d'ailleurs aussi à ce souci d'équité. Ainsi, le bénéficiaire de la subrogation se voit transmettre, « *dans la limite de ce qu'il a payé* », la créance et ses accessoires (C. civ., art. 1346-4, al. 1er). Encore, « *la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* » (C. civ., art. 1346-3).

ii. L'adoption d'une autre présentation de l'article 1346

Le flou quant à l'application future de la subrogation personnelle en général, pourrait peut-être être dépassé par l'admission du caractère exorbitant de la subrogation en lui donnant son autonomie et prévoir une nouvelle forme de paiement non extinctif dans lequel va figurer la subrogation. Cela constituerait d'ailleurs un certain compromis entre ceux qui pensent que la subrogation n'est qu'une opération translative d'obligation et que le paiement n'en est qu'un effet

[61] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte volonté du créancier », *ibi*

[62] L'exemple du notaire négociateur de prêt qui a été reconnu en partie responsable de l'insuffisance du gage.

et ceux qui rattachent toujours la subrogation au paiement et constitue ainsi un mode extinctif de d'obligation alors que celle –ci subsiste.

Ou faut-il suivre les propositions de certains textes communautaires[63] et éradiquer la subrogation du droit positif ? Ce qui n'est pas concevable compte tenu de la grande utilité pratique de la subrogation personnelle. Cela risque de chambouler les habitudes des praticiens du droit.

Pour spécialement la subrogation légale, une solution est de proposer d'autres présentations qui rendent plus lisible et prévisible la pratique de cette institution. Par exemple, selon le professeur Marc Mignot « *le mieux aurait été de bien séparer deux cas : celui de la subrogation classique au bénéfice du solvens de la dette d'autrui et celui de la subrogation fondée sur l'équité au bénéfice du solvens de sa propre dette* »[64] Ce qui n'est pas une mauvaise idée, en effet, les difficultés montrent l'intérêt et la nécessité de recourir à la casuistique, car la subrogation est une institution beaucoup trop complexe pour être généralisée dans une seule disposition légale. Ainsi on pourrait sans doute faire une présentation par catégorie de subrogation et prévoir un régime bien déterminé pour chaque catégorie.

B. Les incertitudes concernant la coexistence avec certaines institutions

En plus des incertitudes sur la formule du régime généralisé de la subrogation légale, il nous faut également voir comment celui-ci va s'articuler avec certaines institutions du code civil (1) mais également avec les autres cas de subrogation des textes spéciaux (2).

1. L'articulation avec certaines institutions du code civil

Il s'agit de voir la concurrence entre recours subrogatoire et recours personnel (a) et l'articulation entre subrogation légale et subrogation conventionnelle (b).

a. L'articulation du recours subrogatoire et du recours personnel

L'élargissement à l'extrême du domaine de la subrogation légale pose un risque d'empiètement du recours subrogatoire sur le recours personnel (i), mais

[63] Comme le projet d'acte de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) sur les contrats, où la subrogation a été écartée ou encore les projets européens de modernisation du droit des obligations.

[64] M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *L.P.A.*, 2016, n° 91, p. 10.

également une dérive de la subrogation vers un quasi-contrat restitutif non identifié (ii).

i. Un risque d'empiètement sur le recours personnel

L'extension de la subrogation légale permet aujourd'hui une certaine automaticité de son application dans un domaine élargi. L'ouverture du recours subrogatoire de plein droit est une sorte de « cadeau de la loi », un bienfait exorbitant qui n'a comme fondement que l'équité.

On craint qu'avec le temps le recours personnel avec ses incertitudes ne soit délaissé au profit du recours subrogatoire. En effet, dans le recours personnel, le solvens ne pourra avoir une indemnisation et ainsi récupérer ce qui lui est dû qu'en prouvant un préjudice né d'un déséquilibre dans les rapports, c'est- à- dire qu'il s'est appauvri injustement. Alors que dans le recours subrogatoire, le solvens se contente de remplacer le créancier pour pouvoir profiter de l'ensemble de ses droits.

Avec l'application du nouvel article 1346 du Code civil, le recours subrogatoire risque de défavoriser le recours personnel. Ainsi, ce dernier n'aura la faveur des utilisateurs que dans les cas où la subrogation ne s'applique pas. Par exemple, dans l'hypothèse d'un paiement par erreur. Il faut d'ailleurs signaler que cela risque d'avoir un certain effet de laxisme chez les individus qui ne vont plus se munir de précautions pour défendre leurs intérêts, alors que la loi ne doit pas dissuader les individus de protéger eux-mêmes leurs intérêts.

ii. Un risque de dérive vers un « quasi-contrat de remboursement » innomé

Avec un texte aussi large, la tentation est grande de faire du recours subrogatoire un alternatif à toute situation où le recours personnel fait défaut. La subrogation va donc se perdre vers ce quasi-contrat non identifié, qui fera en sorte qu'en parallèle à l'action subrogatoire, le solvens bénéficie encore d'une action personnelle en remboursement. Ainsi, la subrogation légale risque de déborder vers ce quasi-contrat restitutif (ou de remboursement) innomé dont certains auteurs font état[65]. Mais il faut sans doute distinguer les deux pour éviter un égarement de la subrogation.

Si pour le paiement par erreur, la jurisprudence a décidé que celui qui paie par erreur la dette d'autrui, n'est pas subrogé dans les droits du créancier mais dispose d'un recours[66], pour le solvens qui agit en conscience mais sans intention

[65] D. R. MARTIN – L. ANDREU, Subrogation personnelle, *ibid.* ou encore R. LIBCHABER, « Les incertitudes maintenues de la subrogation légale », *Revue des contrats*, 2017, n°04, p. 28.
[66] Cass. civ.1re, 13 oct. 1998, n°96-22515

libérale, elle admet que ce dernier dispose d'une action qui peut être subrogatoire ou non. Alors que celui qui paie par erreur ou en conscience, normalement ne devrait bénéficier que d'un recours personnel en vertu de ce quasi-contrat contre le débiteur sans user à tout bout de champ da la subrogation. On voit dans un autre arrêt une utilisation de la subrogation « *à des fins pragmatiques, en équité, pour favoriser le remboursement d'un solvens sans que cela ne soit vraiment justifié* »[67]. En l'espèce, la Cour de cassation a permis l'ouverture de la subrogation légale au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui avait payé plus que ce qu'il devait payer.

Concrètement, on risque de voir une amplification des recours artificiels à la subrogation pour éviter qu'un débiteur ne profite indument d'un paiement dès lors que les autres recours comme l'action en répétition de l'indu, l'enrichissement sans cause ou encore la gestion d'affaire ne sont pas applicables aux hypothèses en présence. Est-ce que cette grande extension de la nouvelle disposition ne constitue-t-elle pas une brèche vers l'égarement de la subrogation légale qui constitue déjà une institution assez difficile à appréhender juridiquement ?

b. L'articulation de la subrogation légale et de la subrogation conventionnelle

Avec le nouvel article 1346 issu de l'ordonnance de 2016, on redoute un délaissement de la subrogation à l'initiative du créancier (ex parte creditoris) (i), mais on doit quand même admettre la nécessaire coexistence entre subrogation conventionnelle et subrogation légale (ii).

i. Un délaissement redouté de la subrogation ex parte creditoris

En dépit de la généralisation de la subrogation légale, suite aux critiques de nombreux commentateurs, l'ordonnance a choisi de conserver la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. La raison de cette ressuscitation est que la subrogation ex parte creditoris est bien fréquente dans la pratique des affaires, notamment en matière d'affacturage[68]. Il y a quand même un doute sur le maintien de la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier, en ce que celle-ci se trouve englobée par le nouveau périmètre de la subrogation légale.

Pour autant admettons que cette forme de subrogation permet de sécuriser le solvens, qui peut avoir des doutes sur la réunion des conditions de la

[67] Cass. civ.2e, 8 déc. 2016, nº 15-27.748, note C. AUBRY DE MAROMONT, *Revue Lamy Droit civil*, nº 152, 1er octobre 2017

[68] L'affacturage peut être défini comme l'opération par laquelle un créancier vend ses factures à court terme sur des clients à l'affactureur ou factor.

subrogation légale. La formalisation de la subrogation conventionnelle par l'établissement d'une quittance subrogative rend cette subrogation opposable au débiteur dès cet établissement, alors que la subrogation légale n'est opposable au débiteur qu'à compter du moment où elle lui a été notifiée ou du moment où il en a pris acte (C. civ., art. 1346-5). Mais plus profond encore la subrogation ex parte creditoris peut constituer un moyen de sauvegarde des intérêts du débiteur dès lors qu'il ne peut s'opposer au paiement du tiers.

Néanmoins, cette forme de subrogation conventionnelle n'est pas non plus sans embûches. En général, elle n'est en réalité que de l'initiative du solvens alors à quoi bon se déranger avec les formalités contractuelles de validité de la subrogation conventionnelle. D'autant plus que ce type de subrogation a été en quelque sorte restreint par l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la subrogation consentie par le créancier doit être expresse[69] et obligatoirement consentie concomitamment au paiement[70].

En résumé, il peut y avoir un risque de délaissement de ce type de subrogation conventionnelle dès lors que les conditions de la subrogation légale sont remplies. En effet, la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier, abstraction faite de quelques situations, risque de devenir moins utile qu'auparavant. La définition très large de la subrogation légale, donnée par le législateur couvre a priori toutes les hypothèses de subrogation et la subrogation légale risque d'engloutir tout le domaine de la subrogation personnelle.

ii. La nécessaire coexistence avec la subrogation conventionnelle

Jusqu'à présent, la subrogation légale a toujours été considérée comme présentant un caractère subsidiaire par rapport à la subrogation conventionnelle. C'est-à-dire que les parties peuvent recourir à la subrogation conventionnelle dès lors que la subrogation légale ne peut pas jouer. En effet, la subrogation conventionnelle est possible même si les conditions de la subrogation légale ne sont pas remplies, alors que si on a choisi la subrogation légale, dès que les conditions ne sont pas réunies on ne peut se prévaloir de la subrogation conventionnelle. La jurisprudence, surtout en matière d'assurance, montre cette prééminence de la subrogation conventionnelle pour pallier les incertitudes sur le domaine et les conditions de la subrogation légale.

Comme le rappel un arrêt récent, la subrogation conventionnelle n'est pas incompatible avec la subrogation légale[71]. Il ressort d'un autre arrêt que l'inapplication de la subrogation légale n'empêche pas l'application de la

[69] C. civ.,art. 1346-1, al. 2
[70] C. civ.,art. 1346-1, al. 3
[71] Cass. Civ. 3e, 12 sept. 2019, n° 18-18584.

subrogation conventionnelle[72]. En l'espèce, la Cour de cassation avait jugé que les juges du fond auraient dû rechercher si les quittances d'indemnités et d'encaissement consenties par l'assuré dont se prévalait l'assureur n'emportaient pas subrogation conventionnelle dans les droits de ce dernier.

Ces arrêts constituent de bons exemples de la nécessité de la coexistence de la subrogation légale et de la subrogation conventionnelle.

Néanmoins, comme la prééminence de la subrogation conventionnelle ne se justifiait que par la limitation des cas de subrogation légale, avec la généralisation de la subrogation légale on pourrait voir un renversement de la situation. Ainsi, la généralisation de la subrogation légale par l'article 1346 change les habitudes en donnant la priorité à cette dernière plutôt qu'à la subrogation conventionnelle.

2. L'articulation de la subrogation légale et des subrogations des lois spéciales

Il nous faut voir comment ce nouveau principe général s'articule avec les cas de subrogation légale prévus dans les textes spéciaux. Une interrogation se pose sur la survie des subrogations de plein droit des textes spéciaux (a). Mais la nouvelle subrogation de droit commun va également s'avérer nécessaire pour pallier aux limites des textes spéciaux (b).

a. Une interrogation sur la survie des cas de subrogation de plein droit prévus par des lois spéciales

On verra ici la nécessaire survie des cas de subrogations des textes spéciaux (i) qui confirme le caractère subsidiaire du droit commun (ii).

i. La nécessaire survie des cas des textes spéciaux

Dans le développement de la subrogation légale, les textes spéciaux de subrogation de plein droit se sont multipliés avec des conditions qui peuvent différer de ceux de la subrogation légale du droit commun. La jurisprudence ne manquera pas non plus d'apporter sa touche dans ces cas spéciaux de subrogation. Cela justifie que le nouveau principe général de subrogation légale n'est pas de nature à faire disparaitre les cas particuliers prévus par des textes spéciaux.

L'articulation des subrogations des textes spéciaux avec le principe général de l'article 1346 du code civil rend compte que la survie de ces cas spéciaux reste nécessaire. En effet, si dans certains cas le principe général du droit commun se

[72] Cass. civ. 2e, 17 nov. 2016, n° 15-25409.

calque parfaitement, dans d'autres cas, les textes spéciaux peuvent exiger des conditions beaucoup moins ou plus strictes que celles du droit commun et/ou peuvent avoir des domaines restreints.

Une récente décision du Conseil constitutionnel renforce cette conclusion[73]. Le Conseil constitutionnel était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la rupture d'égalité devant l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985. Cette loi relative à la réparation des dommages subis par les victimes d'accidents de la circulation, limite le droit d'exercer un recours subrogatoire à certains tiers payeurs seulement, privant ainsi d'autres comme le département qui sert la prestation compensatoire de handicap (une aide sociale) de tout recours subrogatoire.

Le Conseil constitutionnel relève que la limitation du recours subrogatoire est justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi qui était de protéger les intérêts financiers des tiers payeurs chargés de l'indemnisation des victimes d'accidents. Le Conseil considère ensuite que le département qui verse la prestation de compensation du handicap n'est pas dans la même situation que les autres tiers payeurs qui versent les prestations énumérées à l'article 29 de la loi de 1985. Pour le Conseil constitutionnel, l'article 29 est donc conforme à la Constitution, ainsi le législateur est libre, de mettre en place un régime spécial de subrogation des tiers payeurs.

On peut en déduire que dans le domaine de ces textes spéciaux pour ne pas aller à l'encontre de l'intention du législateur et ainsi respecter les domaines et les conditions applicables, la règle générale de l'article 1346 ne doit pas s'appliquer.

ii. La confirmation de la subsidiarité du droit commun

On assiste également, avec l'ordonnance de 2016, à la consécration de la hiérarchisation entre le droit commun et le droit spécial à l'article 1105, Code civil : « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Avec cette officialisation de l'adage « s*pecialia generalibus derogant* », les textes spéciaux ont vocation à s'appliquer en priorité vis-à-vis du droit commun.

Néanmoins, la naissance de la règle générale postérieurement aux règles spéciales rend plus difficile l'application de ce principe. Mais il est admis que la prééminence de la règle spéciale sévit dès lors qu'il y a une contradiction ou une incompatibilité entre les textes. L'application de la subrogation légale sur la base des textes spéciaux n'est pas toujours semblable à l'application de la subrogation

[73] Cons. const., décision n° 2016-613 QPC du 24 février 2017, *Département d'Ille-et-Vilaine* [Recours subrogatoire des départements servant des prestations sociales].

légale du droit commun, car le recours subrogatoire peut subir des changements ou des adaptations pour le mettre en conformité avec le droit spécial concerné.

Déjà, la subrogation légale d'une loi spéciale inspirée du droit antérieur, sera peut-être impossible avec l'article 1346 qui posent des nouvelles conditions. Ainsi, la règle générale doit être écartée « *sous peine de ruiner le régime organisé par la loi (spéciale)* »[74]. Mais le droit commun étant subsidiaire, donc est secondaire mais peut s'ajouter à l'élément principal pour le renforcer, on assiste de plus en plus à des cas où on privilégie le droit commun en vertu de l'équité.

b. Les conséquences de la généralisation de la subrogation de droit commun sur les textes spéciaux

On assiste avec la généralisation à un dépassement des cas spéciaux (i) qui peut faire en sorte que le principe général serve d'alternatif aux limites des cas spéciaux (ii).

i. Le dépassement des domaines des textes spéciaux

Si l'article 1346 de l'ordonnance de 2016, laisse intacte tous les cas de subrogation prévus par des textes spéciaux, c'est sûr que son domaine actuel dépasse de loin les domaines de ces diverses cas spéciaux. C'est ce que nous montre le **r**apport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en ces termes : « *l'ordonnance étend tout d'abord largement le champ d'application de la subrogation légale : dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux* ».

De telle sorte qu'il faut tout de même quelques ajustements même si c'est formel dans ces cas spéciaux. Par exemple pour les subrogations de plein droit prévu à l'article L. 313-22-1 du code monétaire et financier et de l'article L. 443-1 du code des assurances qui disposent que : « *les établissements de crédit ou les entreprises d'assurances habilités à pratiquer des opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au troisièmement de l'article 1251* [ancien] *du code civil* ». Ces textes ont été mis en conformité avec l'ordonnance du 10 février 2016 en remplaçant le renvoi à l'article 1251 du code civil par celui à l'article 1346.

[74] E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n° 77

Désormais, la subrogation de ces organismes devra être appréciée au regard du nouveau principe général et de ses conditions.

Enfin, le législateur pourrait dans d'autres cas futurs s'abstenir de prévoir des textes spéciaux dans la mesure où ce principe général aura sans doute vocation à s'appliquer. Le recours à des textes spéciaux ne sera utile qu'en cas de particularités qui déforme le principe général. En effet on risque une redondance inutile dans la législation dès lors qu'on aurait pu se satisfaire de l'article 1346 du Code civil.

ii. L'article 1346 comme alternatif aux limites des textes spéciaux

Il est probable que grâce à cette généralisation de la subrogation légale, le domaine de la subrogation soit en constante expansion et que ce principe très large serve de palliatif à tous les cas où les subrogations des cas spéciaux ne sont pas applicables. Cela fut déjà le cas avec l'ancien article 1251-3°, mais l'article 1346 élargira plus encore les cas et les bénéficiaires spéciaux de la subrogation de plein droit sans avoir à renforcer ou modifier les textes spéciaux qui sont normalement applicables.

Pour illustrer ce constat, nous pouvons voir dans un arrêt de 2018, une extension qui a permis l'ouverture de la subrogation légale de droit commun au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, alors que certains doutes planaient sur la légitimité de cette ouverture compte tenu du non-respect des conditions des textes spéciaux applicables en priorité[75]. Il s'agit de l'article R. 421-4 du code des assurances : « *le fonds de garantie ne peut être appelé à payer l'indemnité allouée à la victime ou à ses ayants droit qu'en cas de nullité du contrat, de suspension du contrat ou de la garantie, de non-assurance ou d'assurance partielle, opposables à la victime ou à ses ayants droit* ». Et de l'article L. 421-3, alinéa 1, du code des assurances : « *le fonds de garantie est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident ou son assureur* ».

En l'espèce, il y a eu contrariété à l'article R421-4 sur la subsidiarité de l'obligation du fonds en ce que le fonds a remboursé l'assureur à un moment où il n'avait pas à le faire car en effet, il a payé sur la base d'un contrat annulable. Aussi, l'article L. 421-3 n'est applicable qu'en présence d'un paiement du fonds entre les mains de la victime, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Mais la Cour de cassation aux visas de ces articles, décide que ces arguments ne peuvent faire obstacle à la subrogation du FGAO dans les droits du créancier de l'indemnité contre l'auteur de l'accident lorsqu'il a remboursé à l'assureur les sommes que ce

[75] Cass. civ. 2e, 4 juin 2018, n° 17-16950.

dernier avait versées, pour le compte de qui il appartiendra, à une victime ou à ses ayants droit. Ce qui semble totalement contraire à l'esprit de ces deux textes.

On se rend compte qu'il aurait plutôt fallu fonder cette subrogation sur le droit commun, l'ancien article 1251,3° du Code civil, qui est aujourd'hui remplacé l'article 1346 du Code civil. Si, l'article 1251-3° disposait que la subrogation joue « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter », l'article 1346 nouveau retient que « la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». On constate qu'avec l'article 1346, il y a plus de possibilités de faire jouer résiduellement la subrogation légale de droit commun.

Conclusion

Si on part de la casuistique vers la règle générale on voit une certaine harmonisation du régime de la subrogation légale. On peut voir une rationalisation qui débouche sur la naissance d'un vrai droit commun de la subrogation légale par la mise en place d'une règle générale, ainsi qu'une uniformisation du régime de la subrogation légale avec des conditions unifiées. Cette rationalisation va d'ailleurs être doublée d'une cohérence qui remédie à l'éclatement de l'ancien régime du fait des œuvres de la loi et de la jurisprudence. Ce qui est sûr c'est que la généralisation de la subrogation légale dépasse largement les anciens frontières du droit antérieur et dépasse ainsi les limites des cas du code civil mais également ceux des textes spéciaux.

Mais toujours est-il que quand on part de la nouvelle règle générale pour en faire une application au particulier de nombreuses incertitudes se heurtent à nous. L'application de la règle générale reste déjà interprétable et cette règle générale pose également des difficultés concernant sa coexistence avec d'autres institutions.

En définitive, on se rend compte de l'importance de l'étude de la construction du droit pour pouvoir expliquer l'intérêt et les perspectives à la base d'une règle de droit. L'étude des constructions juridiques est nécessaire afin de déduire si les règles édictées remplissent bien les attentes qui ont justifiés leur adoption. D'ailleurs, « *pour qu'une norme puisse être durablement appliquée, elle doit susciter une adhésion consciente de la part des individus* »[76].

[76] Y. BERTHELET – G. CALVET-MARCADE – F. MICALLEF, « Pragmatisme des autorités et constructions des normes – Éléments de problématique », *Hypothèses*, 2010/1, pp. 161 à 167

SCIENCES POLITIQUES

Deconstructing Power Dynamics in Public Sector Governance: a Foucauldian Perspective

Lakshana Sharvani MUNDIL

LexOI Award 2020

Legal Dissertation Competition – University of Mauritius.

Abstract:

A growing stream of research has focused on good governance of public sector organizations, identifying power dynamics as a key theoretical concept worthy of scientific investigation. While considerable theoretical progress has been achieved to-date, two literature gaps can be identified. First, the study of power in the literature on good governance has been largely influenced by the theoretical perspectives originally conceived to study the concept in private sector organizations. Second, the majority of studies on power in governance is influenced by the positivistic paradigm that has long dominated social science research, leading to an oversimplification of the complex nature of power. Both these limitations pose several challenges for theory development, which this study attempts to address. The aim of this research is to broaden our understanding of power in public sector governance and it do so by adopting the Foucauldian analytical perspective of power to analyze the interview findings and draw inferences. Theoretically, this study broadens our theoretical understanding of power relationship in public sector governance. While, the traditional theoretical underpinnings of corporate governance are supportive of a structural form of power, this study shifts from structures to appreciate systems of meanings and signification.

Résumé :

Un nombre croissant de recherches s'est concentré sur la bonne gouvernance des organisations du secteur public, identifiant la dynamique du pouvoir comme un concept théorique clé digne d'une enquête scientifique. Bien que des progrès théoriques considérables aient été réalisés à ce jour, deux lacunes dans la littérature peuvent être identifiées. Premièrement, l'étude du pouvoir dans la littérature sur la bonne gouvernance a été largement influencée par les

perspectives théoriques conçues à l'origine pour étudier le concept dans les organisations du secteur privé. Deuxièmement, la majorité des études sur le pouvoir dans la gouvernance est influencée par le paradigme positiviste qui a longtemps dominé la recherche en sciences sociales, conduisant à une simplification excessive de la nature complexe du pouvoir. Ces deux limitations posent plusieurs défis pour le développement de la théorie, que cette étude tente de résoudre. L'objectif de cette recherche est d'élargir notre compréhension du pouvoir dans la gouvernance du secteur public et ce, en adoptant la perspective analytique foucaldienne du pouvoir pour analyser les résultats des entretiens et tirer des conclusions. Cette étude élargit notre compréhension théorique de la relation de pouvoir dans la gouvernance du secteur public. Alors que les fondements théoriques traditionnels de la gouvernance d'entreprise soutiennent une forme structurelle de pouvoir, cette étude passe des structures à l'appréciation des systèmes de sens et de signification

I. Introduction

A. Research Background

Since the 1990s, many countries have implemented reforms programs that have led to a reconfiguration of the traditional roles of their government. Such changes have been driven by the quest to improve policy and program implementation, with clear accountability[1]. Like several developing countries, Mauritius also embarked on a meticulous re-evaluation of its civil service. The transformation of the public sector was marked by an increased focus on 'governance'[2]. Such an ideological shift from the notion of government to that of governance, has gained considerable prominence among researchers and policy-makers. Broadly speaking, governance is concerned with the steering of a society with the aim to achieve collective objectives. Underpinned by the fundamental principles of accountability, responsibility, transparency, integrity, effectiveness and efficiency, governance refers to the processes and systems by which institutions are directed and controlled[3]. Jessop provides a more comprehensive definition of governance[4]. For him, governance is "*the reflective self-organization of actors involved in complex relations of reciprocal inter-dependence, with such self-organization being based on continuing dialogue and resource sharing to develop mutually beneficial joint projects and to manage the contradictions and dilemmas inevitably involved in such situations*". Governance influences the relationship between public sector actors, their capacity to act, and the ways in which public policies are defined and formulated.

B. Research Problem

The shift from government to governance has engendered a restructuring of public sector institutions with the introduction of New Public Management (NPM) as a new organizational movement. NPM as an approach, refers to the

[1] M. MOULLIN, "Improving and evaluating performance with the Public Sector Scorecard", *International Journal of Productivity and Performance Management*, 2017, 66(4), pp. 442-458; K. NEWCOMER – S. CAUDLE, "Public Performance Management Systems", *Public Performance & Management Review*, 2011, 35(1), pp.108-132.

[2] G. BERGER, "Reflections on Governance: Power Relations and Policy Making in Regional Sustainable Development", *Journal of Environmental Policy & Planning*, 2003, 5(3), pp.219-234; O.J. SENDING – I.B. NEUMANN, "Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power", *International Studies Quarterly*, 2006, 50(3), pp.651–672.

[3] A. CADBURY, "Cadbury report: The financial aspects of corporate governance" *Tech report, HMG, London*, 1992.

[4] B. JESSOP, "Governance and meta-governance: on reflexivity, requisite variety and requisite irony", *Governance as social and political communication*, 2003, pp.101-116.

reorganization of the public sector bodies[5]. Inherent to the NPM concept, are the techniques and management methods of private profit-oriented businesses. Corporate Governance (CG), that has its roots in private business practices, has seen its way into public sector management as part of the NPM[6]. To-date, a growing stream of research focuses on public sector governance in various countries[7].

Governance in the public sector has been studied at two levels; macro and micro[8]. The macro level focuses on new techniques of governing by the state, whereas the micro level investigates practices, systems and processes at organizational level. However, there has been comparatively little research on the micro level of governance in public sector bodies[9]. Within this stream of research, power and its asymmetries figure as a key theoretical concept in the study of public sector governance processes[10].

Given the prominence of power relations and their embedded inequalities, scholars have identified that power among actors has to be taken into consideration when examining micro-level governance in public sector. As such, it is argued that to understand the internal functioning of CG processes, practices and systems in public sector institutions, the issue of power should receive

[5] G. BERGER, "Reflections on Governance: Power Relations and Policy Making in Regional Sustainable Development", *ibid.*; P. DUNLEAVY – C. HOOD, "From old public administration to new public management", *Public Money & Management*, 1994, 14(3), pp. 9-16; L.D. PARKER – K. JACOBS – J. SCHMITZ, "New public management and the rise of public sector performance audit", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2019, 32(1), pp. 280-306.

[6] A. HINNA – E.-D. NITO – G. MANGIA, "Board of directors within public organizations: a literature review", *International Journal of Business Governance and Ethics*, 2010, 5(3), p. 131.

[7] T. CHRISTENSEN – P. LÆGREID, "The Whole-of-Government Approach to Public Sector Reform", *Public Administration Review*, 2007, 67(6), pp. 1059-1066; T. SCHILLEMANS – M. BOVENS, *The Challenge of Multiple Accountability. Accountable Governance: Problems and promises*, 2011, pp. 3-21.

[8] J. KOOIMAN, "Social-Political Governance", *Public Management: An International Journal of Research and Theory*, 1999, 1(1), pp. 67-92.

[9] M. CLATWORTHY – H. MELLETT – M. PEEL, "Corporate Governance under 'New Public Management': an exemplification", *Corporate Governance*, 2000, 8(2), pp. 166-176; C. CORNFORTH – C. EDWARDS, "Board Roles in the Strategic Management of Non-profit Organizations: Theory and Practice", *Corporate Governance*, 1999, 7(4), pp. 346-362; C.M. FARRELL, "Governance in the UK Public Sector: The Involvement of the Governing Board", *Public Administration*, 2005, 83(1), pp. 89-110; A. HINNA – E.-D. NITO – G. MANGIA, "Board of directors within public organizations: a literature review", *ibid.*.

[10] T. BOVAIRD, "Public governance: Balancing stakeholder power in a network society", *International review of administrative sciences*, 2005, 71(2), pp. 217-228; J.M. PURDY, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *Public administration review*, 2012, 72(3), pp. 409-417; J. TORFING, "Collaborative Innovation in the Public Sector: The Argument", *Public Management Review*, 2019, 21(1), pp. 1-11.

attention[11]. At the very outset, this study aims at explaining how power can inform governance models in public sector institutions. The Foucauldian perspective, with its notion that "*power relations are deeply rooted in the social nexus*", provides an interesting theoretical lens for studying power relationships in governance[12].

The transposition of private business CG models to public sector institutions has provoked wide debates about its suitability and relevance. As a matter of fact, the theoretical underpinnings of CG from the private sector have been retained with the implication that CG research in the public sector is still guided by the same traditional private sector- oriented theoretical perspectives[13]. As such, many scholars have attempted to alter traditional theoretical perspectives with the aim of finding an appropriate theoretical paradigm to study micro level governance in the public sector[14]. However, such an attempt may lead to a misfit of existing theoretical perspective on CG as contextual influences are not taken into consideration and as a consequence, some territories are left unexplored. Furthermore, the transposition of private sector CG principles to the public sector assumes that power dynamics and imbalances remain similar in both settings. In fact, this study argues that traditional theories of CG do not provide a full account of power and by extending such theories to Public Sector Governance (PSG), our understanding of the micro-level processes in the public sector institution may be oversimplified. Traditional CG theories are fraught with a parsimonious account of power. As such, adopting the same private theoretical underpinnings in public setting is likely to replicate the limited conceptualization of power.

C. Aim of Research

Informed by the above theoretical discussion and literature gaps, the aim of this research is to broaden our understanding of power in public sector governance. This study moves away from the traditional conceptualization of power within traditional theoretical perspectives, which emphasize on a structural form of power, by proposing that the practices of power produce intended transformational effects in individuals. CG systems, practices and processes will be deconstructed to generate insights that can add explanatory value to the

[11] G. BERGER, "Reflections on Governance: Power Relations and Policy Making in Regional Sustainable Development", *ibid.*
[12] M. FOUCAULT, « Usage des plaisirs et techniques de soi », *Le Débat*, 1983, 27(5), p. 222.
[13] B. MULILI – P. WONG, "Corporate Governance Practices in Developing Countries: The Case for Kenya", *International journal of business administration*, 2011, 2(1), p. 14; J. SHAOUL – A. STAFFORD – P. STAPLETON, "Accountability and corporate governance of public private partnerships", *Critical Perspectives on Accounting*, 2012, 23(3), pp. 213-229.
[14] G.S. DAWSON – J.S. DENFORD – C.K. WILLIAMS – D. PRESTON – K.C. DESOUZA, "An Examination of Effective IT Governance in the Public Sector Using the Legal View of Agency Theory". *Journal of Management Information Systems*, 2016, 33(4), pp.1180-1208.

literature on governance paradigms for the public sector. Power practices will be mapped and their subjective outcomes on individuals will be studied. The research moves beyond the study of causal relationship between power and its outcomes by looking at the influences of power using an interpretive approach. In fact, the literature suggests that any study of power in PSG using subjective approaches is an important research endeavour. Such approach to study productive power *"matches the quantum sphere rather than the Newtonian one*" (Ladkin and Probert, 2019, p.7).[15] This implies that the interactions and variables within the causal relationship of power practices and power outcomes are not measurable and predictable, hence the use of an inductive approach, carried out within the guiding principles of a naturalistic inquiry.

D. Research Objectives

The objectives of this study are:

– To map the modalities of power in CG within modern public institutions;

– To study the power outcomes of the power practices.

E. Theoretical and methodological contribution

This study extends the boundaries of disciplinary research on power given that the bulk of studies on the topic has been influenced by the positivistic paradigm that has long dominated social science research[16]. Positivistic approaches oversimplify the complex nature of power and adopt a reductionist approach to the concept, which poses several challenges for theory development. Thus, this study is informed by an interpretive research paradigm which goes beyond refining and testing what is already known. An interpretive study guided by the principles of naturalistic inquiry allows the researcher to use intuition and insights to study participants' views on a phenomenon such as power relationships[17]. Power, which is socially and culturally constructed, is best studied using an approach that facilitates the study of such processes. Qualitative approach that allows conversations between researchers and their communities

---

[15] D. LADKIN – J. PROBERT, "From Sovereign to Subject: Applying Foucault's Conceptualization of Power to Leading and Studying Power Within Leadership", *The Leadership Quarterly*, 2019 (32/4) – https://doi.org/10.1016/j.leaqua.2019.101310

[16] A.J. ONWUEGBUZIE – N.L. LEECH, "On Becoming a Pragmatic Researcher: The Importance of Combining Quantitative and Qualitative Research Methodologies", *International Journal of Social Research Methodology*, 2005, 8(5), pp. 375-387.

[17] F. COALTER, "Leisure Sciences and Leisure Studies: The Challenge of Meaning", *Leisure studies: Prospects for the twenty-first century*, 1999, pp. 507-519.

provide a basis for theory development as such conversations provide a means to go beyond the obvious parameters of the research context. Furthermore, a qualitative approach to research generates contextualized theoretical perspectives[18].

Therefore, the findings generated using a qualitative approach broaden our theoretical understanding of power relationship in public sector governance. The traditional theoretical underpinnings of CG are supportive of a structural form of power. Conceptually, this study shifts from structures to appreciate systems of meanings and signification. This form of productive power is grounded in the analytics of power of Michel Foucault. Concurrently, it is the author's contention that a study of power at Board level generates additional insights that can contribute to a generation of a new theoretical perspective distinctively suited to the public sector governance, especially with the rise of NPM. By employing the distinctive power conceptualization of Michel Foucault, this study enables us to appreciate the power practices that are found in the mundane processes and activities of Board that are producing and reproducing power effects.

II. Literature Review

A. Definition of Corporate Governance

All corporate structures, including charities, non-profit-making organizations, academic institutions, partnerships, governmental institutions as well as public and private companies, have to be governed. In other words, they need to have a governing entity. For a company, the Board of Directors (BOD) acts as the governing body. Fundamentally, CG relates to the manner in which power is exercised over corporate bodies[19]. Although there are disagreements on the understanding and definitions of CG,[20] the most widely used definition is the one proposed by the UK Cadbury Report: "*CG is the system by which companies are directed and controlled"*[21]. The actors involved in CG are the managers, shareholders, and Board of Directors.

---

[18] P. HIBBERT – J. SILLINCE – T. DIEFENBACH – A.L. CUNLIFFE, "Relationally Reflexive Practice", *Organizational Research Methods*, 2014, 17(3), pp. 278-298; M. WENZEL – N.N. SENF – J. KOCH, "Exploring Complex Phenomena with Qualitative Research Methods: An Examination of Strategic Innovation Trajectories in Haute Cuisine", *Complexity in Entrepreneurship, Innovation and Technology Research,* 2016, pp. 163-182.

[19] I. TRICKER, *Corporate governance: principles, policies, and practices*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2019, 568 pp., spéc. p. 4.

[20] T. STEGER, "Corporate Governance", *Wiley Encyclopedia of Management*, 2015, pp.1-4.

[21] A. CADBURY, "Cadbury report: The financial aspects of corporate governance", *ibid.*, p. 15.

B. Historical Evolution of Corporate Governance

According to Calder, CG has its roots in the conduct of activities of the Dutch East India Company, formed in 1601[22]. Business activities were managed by the Governor-General, who was in turn subjected to control by the Council of the Indies. It has been propounded that is difficult to observe CG from a historical lens, because of its vastness[23]. Jackson and Carter argued that the proliferation of academic interest in CG sprang from concerns in the corporate arena over well-publicized corporate excesses[24]. While those excesses were not completely illegal, their propriety were questioned. New structures had to be put in place to suppress reoccurrence, which could take two forms: either the enactment of new laws or self-regulation of the corporate entities. Self-regulation was preferred over the enactment of laws. Although CG gained greater prominence after the publication of the Cadbury Report in 1992, over the years, academic and practical interest in the concept has been fueled by high-profile bankruptcies such as the failure of Enron[25].

C. Public Sector Governance

As discussed in the outset of the study, many developing countries including Mauritius embarked on a re-evaluation of its civil service. Such a transformation of the public sector was marked by an increased focus on 'governance'.[26] The governance literature is split into two strands of research; governance as a structure and governance as a process. The former refers to institutional arrangements and the interplay of actors in such setting, whilst the latter refers to the interactions within the structures[27]. Interestingly, a prominent governance structure that emerged in the 1990s was the NPM[28].

---

[22] A. CALDER, *Corporate governance: A practical guide to the legal frameworks and international codes of practice*, Kogan Page Publishers, 2008, 288 pp.

[23] B.R. CHEFFINS, "The history of corporate governance", *The Oxford handbook of corporate governance*, 2013, pp. 46-64.

[24] N. JACKSON – P. CARTER, "Organizational Chiaroscuro: Throwing Light on the Concept of Corporate Governance", *Human Relations*, 1995, 48(8), pp. 875-889.

[25] M.J. STEIN, "Beyond the boardroom: governmental perspectives on corporate governance", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2008, 21(7), pp.1001-1025.

[26] G. BERGER, "Reflections on Governance: Power Relations and Policy Making in Regional Sustainable Development", *ibid.*; O.-J. SENDING – I.-B. NEUMANN, "Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States, and Power", *ibid.*

[27] J. PIERRE – B.G. PETERS, *Governance, politics and the state*, Red Globe Press, 2018, 211 pp.

[28] R.A.W. RHODES, "The New Governance: Governing without Government", *Political Studies*, 1996, 44(4), pp. 652-667 (p. 655).

NPM has inherently adopted techniques and management methods of private profit-oriented businesses. CG which has its roots in private business practices, has seen its way into the public sector. Consequently, the transposition of private business CG models to the public sector has been followed by the transposition of the theoretical underpinnings, which was welcomed with skepticism. For instance, who are the shareholders in the public sector? The applicability and the suitability of conventional theories of private CG were questioned. However, there is comparatively little research at the micro level of governance in public sector bodies[29]. Governance research has focused mainly on the relationship between public institutions and the State. Furthermore, NPM represents new techniques, structures and mechanisms of governing. As such, the study of power in PSG is considered important to enhance our understanding of the concept.

D. Premising power in Corporate governance research

The field of CG is theoretically and empirically well-established in the literature and is considered to have reached a stage of maturity[30]. Yet, the concept has been investigated mainly using positivist approaches, with the implication that our understanding relates mostly to objective corporate variables such as profitability, firm's value, level of innovation, corporate social responsibility, amongst others[31]. Moreover, these traditional objective constructs informing board research have been criticized[32]. It was posited that traditional constructs informing board research are parsimonious in nature, easily accessible and measurable. Research in CG has long been hegemonized by the culture of empiricism[33]. Reflection has been casted over subjects of inquiry in CG and it has

[29] M. CLATWORTHY – H. MELLETT – M. PEEL, "Corporate Governance under 'New Public Management': an exemplification", *ibid.*; C.M. FARRELL, "Governance in the UK Public Sector: The Involvement of the Governing Board", *ibid.*; A. HINNA – E.-D. NITO – G. MANGIA, "Board of directors within public organizations: a literature review", *ibid.*

[30] P. KUMAR – A. ZATTONI, "Ownership, Managerial Entrenchment, and Corporate Performance", *Corporate Governance: An International Review*, 2014, 22(1), pp. 1-3.

[31] R. AGGARWAL – J.D. SCHLOETZER – R. WILLIAMSON, "Do corporate governance mandates impact long-term firm value and governance culture?", *Journal of Corporate Finance*, 2016, 59, pp. 202-217; I. CIFTCI – E. TATOGLU – G. WOOD – M. DEMIRBAG – S. ZAIM, "Corporate governance and firm performance in emerging markets: Evidence from Turkey", *International Business Review*, 2019, 28(1), pp. 90-103.

[32] C.M. DAILY – D.R. DALTON – A.A. CANNELLA, "Corporate Governance: Decades of Dialogue and Data", *Academy of Management Review*, 2003, 28(3), pp. 371-82; T. STEGER, "Corporate Governance", *ibid.*

[33] P. BANSAL, "Inducing Frame-Breaking Insights through Qualitative Research", *Corporate Governance: An International Review*, 2012, 21(2), pp. 127-130; S. BHAGAT – B. BLACK, "The Non-Correlation Between Board Independence and Long-Term Firm Performance" *SSRN Electronic Journal*, 1998, 27, p. 231; T. MCNULTY – A. ZATTONI – T. DOUGLAS,

been found that there is a dearth of knowledge on intricate and complex constructs; power being one of them. The inattention to such constructs in CG research is likely to provide a naïve and uncritical insight on CG processes[34].

Expressing the necessity to expand the conceptual understanding of CG, several researchers have called for studies that uncover new constructs to complement existing theories.[35] Bansal metaphorically argued that the uncovering of new constructs will represent an opportunity to "*find new clothes for the emperor"*[36]. Scholars have been calling for more research on subjective variables such as relationships, processes, behaviors, and power structures that embed CG. In particular, the concept of power has been identified as a dynamic attribute with great explanatory and predictive capacity.

As mentioned above, power has been one of the subjective variables that is incentivized in CG research. For instance, Clegg et al. (2006)[37] propounded that power is a central tenet of organizational theory. The grounding of power in CG, as a social phenomenon, is supported by the articulation of Bertrand Russel (2008, p.4)[38] who expressed the following:*"Power is a foundational notion in social science ... in the same way energy is the foundational notion in physics".* In line with this contemplation, power, as an explanatory concept is premised in this study with the aim to broaden the theoretical span of PSG.

"Developing Corporate Governance Research through Qualitative Methods: A Review of Previous Studies", *Corporate Governance: An International Review*, 2012, 21(2), pp. 183-198.

[34] P. BANSAL, "Inducing Frame-Breaking Insights through Qualitative Research", *ibid.*; B. CUTTING – A. KOUZMIN, "The emerging patterns of power in corporate governance – Back to the future in improving corporate decision making", *Journal of Managerial Psychology*, 2000, 15(5), pp. 477-507; K.L. FLORCZAK, "Power Relations", *Nursing Science Quarterly*, 2016, 29(3), pp.192–196; T. MCNULTY – A. ZATTONI – T. DOUGLAS, "Developing Corporate Governance Research through Qualitative Methods: A Review of Previous Studies", *ibid.*; T. MENGE, "The role of power in social explanation", *European Journal of Social Theory*, 2017, 21(1), pp. 22-38; T. STEGER, "Corporate Governance", *ibid.*

[35] P. MCCOLGAN, "Agency theory and corporate governance: a review of the literature from a UK perspective", *Department of Accounting and Finance working paper*, 2001; T. MCNULTY – A. ZATTONI – T. DOUGLAS, "Developing Corporate Governance Research through Qualitative Methods: A Review of Previous Studies", *ibid.*; T. STEGER, "Corporate Governance", *ibid.*; M.J. STEIN, "Beyond the boardroom: governmental perspectives on corporate governance", *ibid.*

[36] P. BANSAL, "Inducing Frame-Breaking Insights through Qualitative Research", *ibid.*

[37] S.R. CLEGG – D. COURPASSON – N. PHILLIPS, *Power and organizations*, Sage, 2006, 472 pp.

[38] B. RUSSELL, *Power: A New Social Analysis*, Routledge, 2004, 285 pp.

E. The study of power through theoretical triangulation

The author intends to enlighten the unexplored micro level of PSG through the study of power. Power has long been advocated in social sciences to contribute to an understanding of social phenomena. It has played an explanatory role in describing behavior, social structures, and social interaction[39]. However, such a study cannot be carried out without a framework. In line with this thought, the author proceeds to disentangle power from traditional private sector CG theories through theoretical triangulation. Following theoretical triangulation, the extracted conceptualizations of power are evaluated. Table 2.1 summarizes the conventional view of power by the theories informing CG.

1. Theoretical triangulation

Having set the premise for the study of power, the author is starting on the presumption that power studies in CG are scattered and multifaceted, owing to the divergent disciplines that have been employed to theorize CG, ranging from economics to sociology. Furthermore, the study of power in those theoretical paradigms employs different methodologies and are underpinned by diverse assumptions. In an aim to investigate power within existing CG research, this research makes the use of "*theoretical triangulation*". This approach, also known as "*theoretical pluralism*" informs research by looking at the same phenomenon through multiple theoretical lenses. Theoretical triangulation is opted for this particular research because power permeates the numerous theories explaining CG which are the Agency Theory (AT), the Stakeholder Theory (ST) and the Resource Dependence Theory (RDT). Moreover, the author has employed theoretical triangulation because there is no single theory which explains power in CG. Hence power has to be extracted from the existing theories of CG. Moreover, it is argued that the use of single perspective does not allow an exhaustive examination of power within CG. One of the espoused benefits of theoretical triangulation is that it contributes to a holistic understanding of the phenomenon being studied. Additionally, theoretical pluralism will enable the author to make a rich and coherent assessment of power studies within the main streams of theories informing CG research[40].

---

[39] T. MENGE, "The role of power in social explanation", *ibid.*

[40] T. AHRENS – C.S. CHAPMAN, "Doing Qualitative Field Research in Management Accounting: Positioning Data to Contribute to Theory", *Handbooks of Management Research*, 2006, 1, pp. 299-318 ; Z.A. HOQUE – M.A. COVALESKI – T.N. GOONERATNE, "Theoretical triangulation and pluralism in research methods in organizational and accounting research", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2013, 26(7), pp. 1170-1198; K.A. MERCHANT – W.A. VAN DER STEDE, "Field-Based Research in Accounting: Accomplishments and Prospects", *Behavioral Research in Accounting*, 2006, 18(1), pp.117-134; K. ORMIN, "Triangulation Approaches in Accounting Research: Concerns, Implications,

To enable the study of power through theoretical triangulation, an explanation of the three theoretical underpinnings of CG is provided in the section below.

2. Theoretical underpinnings of Corporate Governance

CG is a field of study that has been marked by theoretical debates, with some scholars claiming superiority of their theories over others[41]. Indeed, it can be very difficult to capture all competing theories owing to the different ways in which they can be classified[42]. Owing to these reasons, this part aims at investigating and reviewing the literature on the most prominent theoretical paradigms explaining CG. This section delves into the explanation of the AT, ST and RDT. These theories were chosen over others because of their high level of contribution to power research in CG.

3. Agency Theory

Rooted in economics theory and emanating from the works of Berle and Means,[43] AT has been identified as the most influential theoretical paradigm to explain CG. The focus of AT is the agency relationship between the principal and the agent. The agency relationship is a relationship whereby an agent engaged and directed by the principal, carry out work on behalf of the latter. The agency relationship is fulfilled by delegating the decision-making capacity to the agent. Another inherent characteristic of the agency relationship is the divergence of interests between the principal and the agent. The agency relationship is underpinned by the assumption that the interests of its actors are dichotomized. Hence, the AT also investigates the mechanisms and methods that provides for the resolution of the agent-principal dilemma. CG is one of the mechanisms that provides for the alignment of interests[44].

---

and Resolutions", *Applied Social Science Approaches to Mixed Methods Research*, 2020, pp. 186-200.

[41] J. KIRKBRIDE – S. LETZA – X. SUN – C. SMALLMAN, "The Boundaries of Governance in the Post-Modern World", *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2008, p. 161.

[42] S. BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2008, 260 pp.

[43] A.A. BERLE – G.G.C. MEANS, *The modern corporation and private property*, Transaction publishers, 1991, 460 pp.

[44] A.A. BERLE – G.G.C. MEANS, *The modern corporation and private property*, *op. cit.*; L. BONAZZI – S.M.N. ISLAM, "Agency theory and corporate governance", *Journal of Modelling in Management*, 2007, 2(1), pp. 7-23; K.M. EISENHARDT, "Agency Theory: An Assessment and Review", *Academy of Management Review*, 1989, 14(1), pp. 57-74; M.C. JENSEN – W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", *Economics Social Institutions*, 1979, pp. 163-231; G.T. PAYNE – O.V. PETRENKO, Agency Theory in Business and Management Research. *Oxford Research Encyclopedia of Business and Management*, 2019, pp. 63-72; W.G. SANDERS – D.C.

As explained above, CG, with a particular emphasis on the Board of Directors, aims at curbing the utility-maximizing nature of agents. Vigorously explained in the Seminal paper 'Theory of the firm' by Jensen and Meckling[45], the Board acts as a mechanism to monitor the actions of the agent, which are perceived as agency costs to the firm. Hence, the mitigation of the agency costs is substituted by monitoring costs. Through the surveillance by the Board, the shareholders are given the assurance that the agent's self-interested nature and its discretion are restrained. Fama and Jensen also inspected separation of ownership from control[46]. They hypothesized that agency costs incurred because CEOS do not own the business and do not bear the ramifications of their decisions. Hence, board control and oversight will curb agent opportunistic behaviors[47].

Power within the agency theory has been established within a dyad, where there is a power asymmetry in favor of the Board. The dyadic relationship is between the CEO and the Board. Power as explained by AT is synonymous to domination, since the Board imposes its will on the agent. Under the AT, power is exerted by the Board over passive agents. Paralleled to Dahl's conception of power[48] to the agency relationship, the principal (P) has power over the agent (A) to the extent that P can get the A to do something that he would not have otherwise chosen to do. Under the agency theory, without the control of the Board, the agents would continue to act in an opportunistic manner.

Power as conceptualized by AT is a form of domination as the Board engages in enforcing the behavior of the agent. From Hobbes' Leviathan[49] power of the Board is representative of the power of the sovereign, who possesses the legitimate capacity to sanction behavior of the agent. The Hobbesian perspective

---

HAMBRICK, "Swinging for the Fences: The Effects of CEO Stock Options on Company Risk Taking and Performance" *Academy of Management Journal*, 2007, 50(5), pp. 1055-1078.

[45] M.C. JENSEN – W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", *ibid.*

[46] E. FAMA – M.C. JENSEN, "Separation of Ownership and Control", *Journal of Law and Economics*, 1983, 26(2), pp. 327-349.

[47] R.V. AGUILERA – K. DESENDER – M.K. BEDNAR – J.H. LEE, "Connecting the Dots: Bringing External Corporate Governance into the Corporate Governance Puzzle", *The Academy of Management Annals*, 2015, 9(1), pp.483-573; L. BONAZZI – S.M.N. ISLAM, "Agency theory and corporate governance", *ibid.*.; E. FAMA – M.C. JENSEN, "Separation of Ownership and Control", *ibid.*; N. FLIGSTEIN – R. FREELAND, "Theoretical and Comparative Perspectives on Corporate Organization", *Annual Review of Sociology*, 1995, 21(1), pp.21-43; P. MCCOLGAN, "Agency theory and corporate governance: a review of the literature from a UK perspective", *ibid.*; A. MERENDINO – R. MELVILLE, "The board of directors and firm performance: empirical evidence from listed companies", *Corporate Governance: The international journal of business in society*, 2019, 19(3), pp. 508-551; G.T. PAYNE – O.V. PETRENKO, "Agency Theory in Business and Management Research", *ibid.*

[48] R.A. DAHL, "The concept of power", *Behavioral science*, 1957, 2(3), pp. 201-215.

[49] T. HOBBES – E. CURLEY, *Leviathan: with selected variants from the Latin edition of 1668*, Hackett Publishing, (Vol. 8348), 1994.

of power extrapolated to the agency relationship suggests that the power of the Board on the agent can conceptualized as 'power over'. Furthermore, drawing from the works of Mills[50], power in the agency relationship is perceived as a concentration in the Board[51]. It can be inferred from this conceptualization, that power is unidirectional, mechanistic and constituted within a dyad.

4. Stakeholder theory

The ST expanded by Freeman has received considerable attention as a theoretical lens for studying CG[52]. From the ST perspective, firms are considered as social entities with social duties towards the stakeholders. Freeman defined stakeholders as "*any person or group of persons who affect or can be affected by the activities of the firm*"[53]. These stakeholders which include employees, customers, trade unions, society or government at large, are considered to have a moral right on the corporation. The proposition of the ST is that the success of the organization is contingent on its ability to sustain enduring and successful bonding with its stakeholders. Through the inclusion of the interests of stakeholders at different level of the organizations, the latter ensures its survival through value creation[54]. Furthermore, two approaches have been established to explain the reasons for taking into account the interests of stakeholders. The first one is the normative perspective which enunciates that the claims of stakeholders possess intrinsic value and hence the organization has a duty to fulfil those legitimate demands. Secondly, the instrumental perspective pronounces that the degree of responsibility towards stakeholders is commensurate to the firm's profitability.

Under the ST, CG from a broader perspective is bound to be inclusive of the relationships the firm share with its array of stakeholders. The stakeholder perspective marks a great shift in the conventional role of the Board to safeguard the interests of the shareholders. Now, the role of the Board extends to catering

---

[50] T.C. MILLS, *Time series techniques for economists*, Cambridge University Press, 1991.

[51] P.C. BENTLEY, Objectification of the subject through the exercise of power: an ethnographical inquiry of power in an American policing organization, *Arizona State University*, 2013; D. LADKIN – J. PROBERT, "From Sovereign to Subject: Applying Foucault's Conceptualization of Power to Leading and Studying Power Within Leadership", *ibid.*; T. MENGE, "The role of power in social explanation", *ibid.*

[52] E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984, Pitman Publishing, 244 pp.

[53] *Idem*, p. 46.

[54] D. CAMPA – E.W.A. ZIJLMANS, "Corporate social responsibility recognition and support for the arts: Evidence from European financial institutions. *European Management Journal*, 2019, 37(6), pp. 818-827; L. FERKINS – D. SHILBURY – I. O'BOYLE, "Leadership in governance: Exploring collective board leadership in sport governance systems", *Sport Management Review*, 2018, 21(3), pp. 221-231; V. NACITI, "Corporate governance and board of directors: The effect of a board composition on firm sustainability performance", *Journal of Cleaner Production*, 2019, 237 – https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2019.117727.

for the needs of the numerous stakeholders along with committing to Corporate Social Responsibility. Board strategies are formulated by taking into account the interests and welfare of stakeholders. Moreover, the ST identifies that the role of Board is to maintain a fair equilibrium in the interests of the stakeholders. Furthermore, the Board is responsible in ensuring that participants within the firm are internalizing the wellbeing of the stakeholder groups. Through the alignment of interests, wealth creation is maximized. In so doing, the Board is required to promote productive negotiation, enhance cooperation as well as play an active role in conflict resolution. Situating ST within the fabric of CG implies the identification of a theory that provides for the exercise of oversight of people or groups with legitimate claim on the business[55].

Power has been used as a construct to capture the mechanics of the stakeholder-organization interactions. The study of power within ST has propelled the development of several models such as 'Stakeholder Salience Model' which aims at identifying the stakeholders who are most likely to have power over the activities of the firm. Power in ST has been looked at as the potential to have an influence over the policies, decisions and strategies of the entity. Stakeholder power analysis has been defined as the ability to use persuasion or coercion to engage the Board or other participants to take a decision or to choose a particular course of action. Under this conception, power can be traced to a particular point of origin and is an attribute that can be possessed by the individual[56].

This type of power that is perceived as a capacity and an ability that can be wielded is reflective of the account of power by French and Raven[57]. The latter have developed six bases of power which can be employed to change behaviour. Their works also presuppose a dyad between the influencing agent and the target; the influencing agent being the stakeholders and the target being the Board. The sources of power as identified by French and Raven are as follows: (1) reward

[55] S. AYUSO – A. ARGANDOÑA, "Responsible corporate governance: towards a stakeholder board of directors?", *IESE Business School Working Paper*, 701, 2009, pp. 1-20; E. ELIJIDO-TEN, "Applying stakeholder theory to analyze corporate environmental performance", *Asian Review of Accounting*, 2007, 15(2), pp. 164-184; V. NACITI, "Corporate governance and board of directors: The effect of a board composition on firm sustainability performance", *ibid.*; S. TURNBULL, "Corporate governance: Its scope, concerns and theories", *Corporate Governance: An International Review*, 1997, 5(4), pp. 180-205; J. WANG – H.D. DEWHIRST, "Boards of directors and stakeholder orientation", *Journal of Business Ethics*, 1992, 11(2), pp. 115-123; D. WHEELER – R. DAVIES, "Gaining goodwill: developing stakeholder approaches to corporate governance", *Journal of General Management*, 2004, 30(2), pp. 51-74.

[56] P. MYLLYKANGAS – J. KUJALA – H. LEHTIMÄKI, "Analyzing the Essence of Stakeholder Relationships: What do we Need in Addition to Power, Legitimacy, and Urgency?", *Journal of Business Ethics*, 2010, 96(S1), pp. 65-72.

[57] J.R. FRENCH – B. RAVEN – D. CARTWRIGHT, "The bases of social power", *Classics of organization theory*, 1959, 7, pp. 311-320.

power, (2) coercive power, (3) informational power, (4) legitimate power, (5) expert power and (6) referent power[58]. The account of power within ST views power as a latent potential and a commodity that can possessed and transferred.

5. Resource Dependence Theory

RDT characterizes the organization as an open system that is contingent on external environmental conditions. It is propounded by RDT that the ecology of the corporation influences behavior within the organization. The dependence on external factors causes the corporation to face risks and uncertainties. This theory suggests that those risks arising out of environmental factors can be overcomed by engaging in exchanges. Transactions and exchanges are an excellent way to secure significant resources. This theory has been widely used to explain CG, with a particular focus on the Board of Directors[59].

A review of the literature suggests that the use of RDT is gaining prominence over other theoretical perspectives to inform research on the Board of Directors, which is one of the central mechanisms of CG[60]. RDT acknowledges that the role of the Board as resource providers will ultimately reduce risks and environmental uncertainty arising from the dependence of the entity on external factors. Essentially, the Board establishes the needed linkage between the corporation and the external environment. Furthermore, RDT asserts that the ability to secure vital resources by the Board contributes to sustained value creation, enhanced legitimacy and improved performance[61]. Additionally, Pfeffer

---

[58] *Idem.*

[59] A. ALHARES – A.A. ELAMER – I. ALSHBILI – M.W. MOUSTAFA, (2020). "Board structure and corporate R&D intensity: evidence from Forbes global 2000", *International Journal of Accounting & Information Management*, 2020, pp. 445-463; F. BRAVO – N. REGUERA-ALVARADO, "The effect of board of directors on R&D intensity: board tenure and multiple directorships", *R&D Management*, 2017, 47(5), pp. 701-714; J.C. CHEN – R.W. ROBERTS, "Toward a More Coherent Understanding of the Organization–Society Relationship: A Theoretical Consideration for Social and Environmental Accounting Research", *Journal of Business Ethics*, 2010, pp. 651-665; A.J. HILLMAN – M.C. WITHERS – B.J. COLLINS, "Resource Dependence Theory: A Review", *Journal of Management*, 2009, pp.1404-1427; J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, Stanford University Press, 2003, 289 pp.

[60] A.J. HILLMAN – M.C. WITHERS – B.J. COLLINS, "Resource Dependence Theory: A Review", *ibid.*; J.L. JOHNSON – C.M. DAILY – A.E. ELLSTRAND, "Boards of Directors: A Review and Research Agenda", *Journal of Management*, 1996, 22(3), pp. 409-438; A. PUGLIESE – A. MINICHILLI – A. ZATTONI, "Integrating agency and resource dependence theory: Firm profitability, industry regulation, and board task performance", *Journal of Business Research*, 2014, 67(6), pp. 1189-1200.

[61] J.M. DREES – P.P.M.A.R. HEUGENS, "Synthesizing and Extending Resource Dependence Theory", *Journal of Management*, 2013, 39(6), pp. 1666-1698; A.J. HILLMAN – M.C. WITHERS – B.J. COLLINS, "Resource Dependence Theory: A Review", *ibid.*; A. PUGLIESE – A. MINICHILLI – A. ZATTONI, "Integrating agency and resource dependence theory: Firm

and Salancik suggested that through the absorption of resources, Board are able to provide useful information and advice that are critical for the survival of the firm[62]. They also suggested that board structures and size can largely determine the degree of their social capital.

Power has been identified as a central concept of RDT, which synoptically translates into the ability of the Board of Directors to mobilize and procure critical resources[63]. One conjecture in RDT is that control over the resources is commensurate to the power held over the actors who need the resources. RDT is founded in Social Exchange Theory and Pfeffer and Salancik explained power in RDT[64] by applying Emerson's conception of power[65]. Emerson defined power as relational and as a function of dependence of one actor on the other. The relational notion of power implies that power is not possessed by a given person. As Emerson pronounced that power is not a property that can be possessed by a person, but is a characteristic of social relation[66].

Power within RDT is conceptualized as power differentials, which signifies a situation of asymmetric dependence between the actors in an exchange relationship. The asymmetry in dependence is translated into the asymmetry in power relations[67]. The ability to mobilize critical resources also implies that power is shifting in an exchange transaction. Power as conceptualized by RDT is not synonymous to a zero-sum game. Actors can have power over each other creating the interdependency in the relation. Power relation in RDT is also dyadised because exchange transactions occur between two actors. Hence, power in RDT

---

profitability, industry regulation, and board task performance", *ibid.*; S.A. ZAHRA – J.A. PEARCE, "Boards of Directors and Corporate Financial Performance: A Review and Integrative Model", *Journal of Management*, 1989, pp. 291-334.

[62] J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, *op. cit.*

[63] D. ULRICH – J.B. BARNEY, "Perspectives in Organizations: Resource Dependence, Efficiency, and Population", *Academy of Management Review*, 1984, 9(3), pp.471–481.

[64] J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, *op. cit.*

[65] R.M. EMERSON, "Power-Dependence Relations", *American Sociological Review*, 1962, 27(1), p. 31.

[66] K.S. COOK – C. CHESHIRE – E.R.W. RICE – S. NAKAGAWA, "Social Exchange Theory", *Handbook of Social Psychology*, 2013, pp. 61-88; G.F. DAVIS – J. ADAM COBB, "Chapter 2 – Resource dependence theory: Past and future", *Research in the Sociology of Organizations*, 2010, pp. 21-42; J.P. EMERSON, "Negotiating the Serious Import of Humor", *Sociometry*, 1969, 32(2), p. 169; W. NIENHÜSER, "Resource Dependence Theory – How Well Does It Explain Behavior of Organizations?" *Management Revue*, 2008, pp. 9-32.

[67] R.M. EMERSON, "Power-Dependence Relations", *ibid.*; J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, *op. cit.*

has been treated as relational, a capacity to mobilize resources and the exercise of control over those resources[68].

Conventional theories of CG	Conceptualization of power	Actors
Agency theory *(Berle and Means, 1991)*[69]	Power is coercive Power is possessed by virtue of structural position Power by associated with position in hierarchy *(Hobbes and Curley, 1994)*[70]	Board as the Sovereign sanctioning behavior
Stakeholder theory *(Freeman, 1984)*[71]	Power as an ability and a capacity to influence *(French and Raven, 1959)*[72] Power is seen as an attribute that can be possessed If one has enough power, then it can influence behavior Power is latent – can be exercised or not Power is a function of personal characteristic	Board is the target of influence Stakeholders are the influencing agents

[68] T. CASCIARO – M.J. PISKORSKI, "Power Imbalance, Mutual Dependence, and Constraint Absorption: A Closer Look at Resource Dependence Theory", *Administrative Science Quarterly*, 2005, 50(2), pp. 167-199; J.M. DREES – P.P.M.A.R. HEUGENS, "Synthesizing and Extending Resource Dependence Theory", *ibid.*; R.M. EMERSON, "Power-Dependence Relations", *ibid.*; E.J. LAWLER – J. YOON, "Commitment in Exchange Relations: Test of a Theory of Relational Cohesion", *American Sociological Review*, 1996, 61(1), p. 89; J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, *op. cit.*

[69] A.A. BERLE – G.G.C. MEANS, *The modern corporation and private property*, *op. cit.*

[70] T. HOBBES – E. CURLEY, *Leviathan: with selected variants from the Latin edition of 1668*, *op. cit.*

[71] E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, *op. cit.*

[72] J.R. FRENCH – B. RAVEN – D. CARTWRIGHT, "The bases of social power", *Classics of organization theory*, 1959, *7*, pp. 311-320.

Resource Dependence Theory *(Pfeffer and Salancik, 2003)*[73]	Power as a capacity to mobilise resources *(Emerson, 1962)*[74] Power is a function of personal characteristics Existence of power differentials because of asymmetric dependence	Board is a resource mobiliser

Figure 1:Summary of conceptualization of power within conventional theories

F. Critical review of literature

After studying power through theoretical triangulation, it is seen that power in those theories is conceptualized within a dyad, is mechanistic, uni-directional and relational. Power is conceptualized as power over and between a dominant and a dominee. Furthermore, it is seen as a capacity or a possession. Power is conceptualized as personal or as a function of structure. After reviewing the conceptualization of power, this part attempts to critically analyze the work that grounds power research in CG with the aim to identify research gaps. Firstly, it is argued that the three theories used to study power within CG provides a very limited and simplistic accounts of the power. The literature paints an incomplete canvass and is fraught with a parsimonious account of power, thus hindering its explanatory capacity. It is contended that the literature suffers from a limited capacity to explain power. Furthermore, existing studies of power in CG literature indicates that structural and contextual influences factors such as norms, rules, pedagogy, discourses, regulations and so on, have been left out of the theoretical perspectives. Besides, with the rise of NPM and the demise of hierarchical structure and the rise of changes in ways of governing, power as conceptualized by those conventional theories are simplistic in nature.

In light of the above, the following research gaps has been identified:

– Power is conceptualized within a reductionist framework;

– Structural and contextual factors hinder the provision of a holistic account of power within the fabric of CG.

Hence, by acknowledging the limited accounts of power provided by the traditional theories of private sector CG and in view of broadening research of power in PSG, it is suggested that power be investigated from the lens of Michel

[73] J. PFEFFER – G.R. SALANCIK, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, *op. cit.*
[74] R.M. EMERSON, "Power-Dependence Relations", *ibid.*

Foucault. The productive power of Michel Foucault looks beyond structures, domination and power wielded by a sovereign. The analytics of power by Michel Foucault has been recognized to provide a holistic understanding of the power works. Echoing this thought, it is proposed that this research is guided by the power formulations of Michel Foucault. The following section provides an account of the Foucauldian power.

G. Foucauldian perspective of power

The formulations of power by Michel Foucault are inclusive of the structural and contextual influences. Following a review of past organizational studies that have employed the conceptions of power by Michel Foucault, this research is premised on the assumption that conceptualizing power from the lens of Foucault provides a comprehensive and fuller account of power within CG[75]. The analytics of power by Michel Foucault provides a very different account of power from that of mainstream theories. The Foucauldian perspective of power is inherent to and is deeply rooted in relationships. It is neither a commodity nor an attribute, but power is something that is pervasive and invisible in social relations. Power does not come from a source; it circulates within circuits of relationships and structures. Furthermore, the Foucauldian power is not repressive. Instead, power operates through mechanisms, processes and systems. It pays attention to systems of signification and meaning. For Foucault, power is productive because it produces selves, knowledge, identities, discourses and regimes of truths.

Foucault, in providing for a distinctive method to investigate power, suggested that power should be investigated through the various mechanisms and practices that actualize the phenomenon[76]. This is so, because power is only visible through its exercise and is demonstrated by its effects[77]. Owing to the fact that power is circulated within the capillaries of micro-relations[78], mechanisms and practices that enable the exercise of power in those capillaries need to be mapped. The following sections formulate a brief account of the practices of power propounded by Michel Foucault.

---

[75] P. BENTLEY – T. CATLAW – J. LUCIO – M. MUSHENO, "Objectification of the Subject through the Exercise of Power: An Ethnographical Inquiry of Power in an American Policing Organization", *Arizona State University. ProQuest Dissertations Publishing*, 2013; S.R. CLEGG – D. COURPASSON – N. PHILLIPS, *Power and organizations*, *op. cit.*; S. LUKES, *Power: A Radical View*, Macmillan International Higher Education, 2004, 199 pp.

[76] M. FOUCAULT, Two Lectures Lecture One: 7 January 1976 – URL: https://philpapers.org/rec/FOUTLL

[77] B. TOWNLEY, "Foucault, power/knowledge, and its relevance for human resource management", *Academy of Management review*, 1993, 18(3), pp.518-545.

[78] S.R. CLEGG – D. COURPASSON – N. PHILLIPS, *Power and organizations*, *op. cit.*

Foucault's formulations of power are scattered in his works. More than often, his concepts contradict themselves. However, he acknowledges that power should be studied while acknowledging that power changes with epistemes, which means different periods of time. There have been several practices that have been identified by Foucault which involves the manifestation of power; surveillance, disciplining, normalization and internalization, exclusion, cataloguing, individualizing, distribution, classification. In addition, Foucault suggested that discourses produce regimes of truth. Foucault posits knowledge as a means through which power is created. Foucault also propounded that power is inextricably linked to knowledge as knowledge generates power. Furthermore, disciplinary practices are suggestive of the exercise of power. Using Jeremy Bentham's Panoptican as example, Foucault illustrated that disciplinary power transforms an outlaw into law-abiding citizens. The practices through which power is exercised is complemented with techniques of normalisation. Under these techniques, power is internalised by subjects, who in turn normalise the power effects. Central to Foucault's new conceptualisation of power is the concept of governmentality which suggests a particular modality for the exercise of power which is not reduced to the sovereign. Governmentality is understood as the power practices that work at distance to shape *'the conduct of conduct'*. Foucault associates conduct to a mechanism of coercion. Hence governmentality studies the practices which disperse and decentralize the coercive form of power[79].

III. Research Methodology

The preceding chapter discussed the theoretical underpinnings of the research. This chapter provides an overview of the research methodology. The author provides the study context followed by an explanation of the philosophical assumptions of the study. The research approach is introduced, followed by the data analytical technique.

"All progress is born from inquiry. Doubt is often better than overconfidence, for it leads to inquiry and inquiry leads to invention"[80].

[79] A. ALLEN, "The Anti-Subjective Hypothesis: Michel Foucault and the Death of the Subject", *The Philosophical Forum*, 2000, 31(2), pp. 113-130; M. ALVESSON – D. KARREMAN, "Varieties of Discourse: On the Study of Organizations through Discourse Analysis", *Human Relations*, 2000, 53(9), pp. 1125-1149; S.R. CLEGG – D. COURPASSON – N. PHILLIPS, *Power and organizations*, *op. cit.*; M. FOUCAULT, Qu'est-ce qu'un auteur?, *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, 1969, 63(3); M. FOUCAULT, "Subjectivité et Vérité", Résumé des cours, 1970-1982, Conférences, essais et leçons du Collège de France, 1989, p. 134.

[80] H. MAXIM, *Dynamite Stories, and Some Interesting Facts About Explosives*, Good Press, 2019, 78 pp.

Research is concerned with the search for knowledge. Kothari defined research as a "*systematized process to acquire new knowledge*" [81]. Furthermore, Walliman defined research as a process of finding out the unknown[82]. The methodology is a framework associated with "*paradigmatic assumptions*" that guides research. Hence, echoing the definition provided above, the tenets of that make up this chapter are: Study context (A); Research Philosophy (B); Research Methodology (C).

A. Context of study

The literature suggests that there is comparatively little research at the micro level of governance, in the public sector bodies[83]. PSG research has focused mainly on the relationship between public institutions and the State. The author intends to enlighten the unexplored micro level of PSG through the study of power by using the analytical framework of Foucauldian power. It is advanced that such a study will contribute to an understanding of behavior, structures and social interaction in PSG. Hence, this study focuses on the public sector bodies in Mauritius. The next section of this chapter looks at the philosophical assumptions underpinning the study the researcher intends to conduct.

B. Research philosophy

Debates about the most appropriate research philosophy abound in the literature and have led to the polarization of research approaches in several cases[84]. Research philosophies, also described as 'world views' or 'paradigms', are "*basic sets of belief that guide actions, whether of the everyday garden variety or action taken in connection with a disciplined inquiry*"[85]. They are characterized by three basic questions that relate to ontology (nature of reality), epistemology (nature of relationship between the knower and the known) and research methodology (how should the researcher go about to discover truth).

---

[81] C.R. KOTHARI, *Research methodology: Methods and techniques*, New Age International, 2004, 414 pp.

[82] N. WALLIMAN, *Research methods: The basics*, Routledge, 2011, 208 pp.

[83] M. CLATWORTHY – H. MELLETT – M. PEEL, "Corporate Governance under 'New Public Management': an exemplification"; C. CORNFORTH – C. EDWARDS, "Board Roles in the Strategic Management of Non-profit Organizations: Theory and Practice", *ibid.*; A. HINNA – E.-D. NITO – G. MANGIA, "Board of directors within public organizations: a literature review", *ibid.*

[84] A.J. ONWUEGBUZIE – N.L. LEECH, "On Becoming a Pragmatic Researcher: The Importance of Combining Quantitative and Qualitative Research Methodologies", *ibid.*

[85] E.G. GUBA, "The Alternative Paradigm Dialog", in E. G. Guba (Ed.), *The paradigm dialog*, Sage, 1990, 1, pp. 17-27.

At the ontological level, this study follows the principles of an interpretivist approach. Accordingly, at the epistemological level, it is posited that CG is a phenomenon characterized by a subjective reality and is influenced by the context in which it occurs. Truth and meanings associated with CG are created out of our interactions and engagement with the world in which it occurs. To understand the dynamics of power within CG, the realities should be constructed from the researcher's active engagement with the phenomenon. Under this epistemological belief, interaction with the participants creates meaning. Besides, the construction of knowledge can only be performed in understanding the different meanings participants attribute to that knowledge.

C. Research methodology

Research methodology is the approach adopted to conduct the research. The outset of this study is that power in CG is a social phenomenon that does not represent one single objective reality. In employing the analytical framework of Foucauldian power to conduct research, it is critical to position the investigation of power within an interpretivist paradigm. Power as conceptualized by Michel Foucault does not represent an objective and independent phenomenon. Power is highly subjective and arises from social contexts and it is an outcome of interactions[86].

CG research has been highly dominated by quantitative methods[87]. Furthermore, scholars called for more qualitative studies in CG[88]. Some researchers have expressed the need to look for research alternatives because the hegemony of quantitative paradigms has excluded challenging and revealing concepts such as power, trust, conflict, norms and so on. Hence, echoing the concern to broaden research avenues, a qualitative approach to research is opted.

---

[86] D. LADKIN – J. PROBERT, "From Sovereign to Subject: Applying Foucault's Conceptualization of Power to Leading and Studying Power Within Leadership", *ibid.*

[87] A.J. ONWUEGBUZIE – N.L. LEECH, "On Becoming a Pragmatic Researcher: The Importance of Combining Quantitative and Qualitative Research Methodologies", *ibid.*; P. STILES – B. TAYLOR, *Boards at work: How directors view their roles and responsibilities: How directors view their roles and responsibilities*, Oxford University Press, 2002.

[88] B. DURISIN – F. PUZONE, "Maturation of Corporate Governance Research, 1993-2007: An Assessment", *Corporate Governance: An International Review*, 2009, 17(3), pp. 266-291; D.G. MIHRET – B. GRANT, "The role of internal auditing in corporate governance: a Foucauldian analysis", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2017, 30(3), pp. 699-719; A. ZATTONI – T. DOUGLAS – W. JUDGE, "Developing Corporate Governance Theory through Qualitative Research", *Corporate Governance: An International Review*, 2013, 21(2), pp. 119-122.

Such a naturalistic inquiry allows the researcher to use intuition and insights to study participants' views on a phenomenon[89] such as power relationships. Power, which is socially and culturally constructed, is best studied using an approach that facilitates the study of such processes. Furthermore, qualitative approach that allows conversations between researchers and their communities provide a basis for theory development as such conversations provide a means to go beyond the obvious parameters of the research context. Furthermore, a qualitative approach to research generates contextualized theoretical perspectives[90].

1. Data Collection and analysis

Qualitative research relies on in-depth interviews with participants so as to access participants' feelings, experiences and their perceptions of reality[91]. Participants were chosen using a purposive sampling technique. Choice of participants is based on their suitability to provide the information required to answer the research question of the study[92]. For the study of power within PSG, Chairperson and CEOs of public sector institutions were chosen on purpose. Ten participants were interviewed, out of which 5 were CEOs and 5 were Chairpersons. Theoretical saturation was reached by the end of the 10th interview. New interviews did not generate new insights on the concepts[93]. At this stage, the themes appeared to be well-established.

The researcher uses a semi-structured interview as a method of data collection, owing to the flexibility it provides[94]. As such, the interviewer does not follow a rigid and formalized questionnaire. Open-ended questions are asked to the participants. However, probing questions were also asked when needed to generate additional insights on the subject matter. Questions were sometimes modified in order to spawn further responses.

Interviews were carried out in the office of the participants. An overview of the study was provided to the participants as a framework for the interview.

---

[89] F. COALTER, "Leisure Sciences and Leisure Studies: The Challenge of Meaning", *ibid.*

[90] P. HIBBERT – J. SILLINCE – T. DIEFENBACH – A.L. CUNLIFFE, "Relationally Reflexive Practice", *ibid.*

[91] K. CHARMAZ, *Constructing grounded theory: A practical guide through qualitative analysis*, *Sage*, 2006, 244 pp.

[92] M.J. SIRGY – R.N. WIDGERY – D.-J. LEE – G.B. YU, "Developing a Measure of Community Well-Being Based on Perceptions of Impact in Various Life Domains", *Social Indicators Research*, 2009, 96(2), pp. 295-311.

[93] K. CHARMAZ, *Constructing grounded theory: A practical guide through qualitative analysis*, *op. cit.*; B. GLASER – A. STRAUSS, *The discovery of grounded theory*, London, Weidenfield & Nicolson, *London*, 1967, pp. 1-19.

[94] M.N. SAUNDERS – P. LEWIS, *Doing research in business & management: An essential guide to planning your project*, Pearson, 2012, 250 pp.

Prior to the interview, approval for recording of the interview were sought from the interviewees. Besides, the interviewees were given the guarantee of confidentiality and anonymity. The interviews took place during the month of February and March 2020. Interviews lasted for a maximum of 2 hours. Tape transcripts which were accessible only to the researcher and the supervisor were assigned a code. The interviews were then transcribed by the researcher soon after the interview ended.

2. Directed content analysis

Transcripts were analysed using a directed content analysis. This technique has been widely used as a tool to analyse text data. Text data include interviews, books, articles, documents, conversation and so on. Directed content analysis is chosen as the goal of such technique is to conceptually broaden or validate the existing theoretical framework[95]. Such a method is considered as the optimum technique as this study is framed by the analytical framework of Foucauldian power and is considered as a conceptual extension to the works of Michel Foucault in PSG. Categories were predetermined. Transcripts were highlighted and concepts that fit the predetermined categories were identified. However, the researcher also paid attention to any meaningful emerging findings[96].

3. Ethics in qualitative research

Owing to the high level of interaction between the researcher and the participants, qualitative research is bound to face several ethical issues. Most of the time, the researcher had to address privacy and confidentiality concerns of the participants. This has helped participation in the interview process. Researcher also had to ensure that the participants were under no pressure and that the interview was conducted as per their accordance. This was particularly important while asking probing questions. It was the researcher's responsibility to understand the boundaries of the participant. The researcher was under the obligation to make the participant comfortable and not let the participant feel any form of coercion to answer. Besides, before conducting the interview, approval was sought before recording the interview. When approval was not granted, the researcher took down notes. In addition to this, the researcher informed the interviewee about the inability to maintain eye contact during the interview as attention was split between note-taking and asking questions.

---

[95] H.F. HSIEH – S.E. SHANNON, "Three Approaches to Qualitative Content Analysis", *Qualitative Health Research*, 2005, 15(9), pp. 1277-1288.

[96] A. ASSARROUDI – F. HESHMATI NABAVI – M.R. ARMAT – A. EBADI – M. VAISMORADI, "Directed qualitative content analysis: the description and elaboration of its underpinning methods and data analysis process", *Journal of Research in Nursing*, 2018, 23(1), pp. 42-55.

IV. Findings

Using the analytical framework of Foucault and after the analysis of transcribed data using a directed content analysis, several modalities of power have been identified. The subjective experience of the actors of CG implicated in the exercise of power have also been studied. By regrouping recurrent themes, the following findings have been identified.

A. Accountability

All of the participants (referred to as "P" below), including the CEOs, stressed on the importance of accountability and responsibility in governing the institution. Many of the participants considered accountability to guide them in their work. Interpretive codes such as "to be accountable to myself" "to be accountable to the community", "accountable for my actions" were emerged.

> *"Accountability is my motto. It helps and guides my work. It is not only my legal duty and responsibility to be accountable, but it is also my core belief that drives my work... Well, accountability is a term that can have several interpretations, but at the very core, it just means to give an account of what you do to a legitimate authority… But I think firstly, I am accountable to myself, then to the public and the Ministry, Prime Minister and so on. Without accountability, the situation will be chaotic."* – P5

> *"Every board member and the CEO are and should be accountable for their own actions. This is so, because we have been given a mandate and it is our duty to respect it… Accountability goes beyond responsibility because not are we only responsible for our actions, but we are also answerable for our actions."* – P6

Participants were questioned about how the rhetoric of accountability shapes them and their actions. Their responses were:

> *"I don't think there is any effect. I think being accountable is just a value that guide my life. By being my natural self, I am already being accountable. What I do, my every action, be it in my personal or professional life, everything is genuine, honest, transparent, professional, truthful and to the best of my ability."* – P1

> *"Accountability comes from a personal ethos of mine. I do not have a worry or a pressure on me to be accountable. And everyone in my Board, including my CEO share a set of similar values about leading*

organisation, about how to be, how to do things and how to behave. There is an alignment of values and there is an ethos of openness and transparency that everyone brings to the table." – P3

"Personally, when you are accountable, you give back to the community." – P10

"To me, accountability is a way that ensures what I am doing is accurate, relevant and complete. Accountability cannot be separated from transparency. It just means that I have nothing to hide and there is nothing discrete. Through this very mechanism of accountability, I cultivate my sense of responsibility and it is the same for everyone working in the organisation." – P2

"Accountability builds and strengthens the trust. Being accountable means that you are willing to commit and be responsible for your own actions. It also means that you have been entrusted to safeguard something." – P7

"I work in the interest of the public and hence, I am accountable, by virtue of my legal duties to the Board, but I think of my accountability as something that is extended to the general public. This is what guides me to do my work" – P3

"I give my CEO full autonomy wot work and I encourage him to be proactive. This is because everyone knows to whom and how they are accountable." – P1

From textual analysis, it was noted that it was mandatory for all statutory bodies to have a statement of accountabilities.

B. Evidence-based policy

The testimonies of the participants indicated that some of public sector institutions are knowledge-producing institution. "Evidence-based policing", "giving strong technical advice" and "producing knowledge" were some of the recurrent themes. Citizen participation and involvement were also identified as helping the institution to produce knowledge.

"Our policies, strategies are evidence-based, we do a lot of research" – P8

"Propositions that come from us are without doubt, formulated using evidence. We also make it a must that all our stakeholders participate and collaborate in a transparent manner. Citizen, members of the

public also contribute to the studies we carry out. Most of our propositions are backed by findings." – P8

"All our strategies involve the strong participation and involvement of our stakeholders. For instance, we had to develop a strategy for our stakeholders from Rodrigues, our team took a flight and went to Rodrigues to solicit participation and also to ensure that our stakeholders are involved in our strategic decisions." – P9

Participants were also asked about the ways in which evidence-based policies shape them and their actions. The responses are as follows:

"The very fact that we are bringing forward evidence-based policies implies that we are trusted entities. It means that we have been endowed with the autonomy and freedom to operate". – P5

"Public institutions have changed now. We no more operate in an archaic domination. We are empowered, we are free individuals. The public sector itself has become highly professionalized."– P9

"I believe that we are experts in the field. Everything coming from us are evidence-based and I speak without fear or favor. We operate with high degree of autonomy" – P6

While interviewing the participants, most of them were aware of their moral and ethical stance. They averted that they are steeped in moral and ethical standards. Whilst some of the participants ascribed their moral and ethical conduct to the content of the Code of Ethics, others related that such a conduct is a reflection of themselves and of their profession. Interpretive codes such as "governing morally and ethically", "crafting policies within an ethical framework" and "possessing a strong code of ethics" were used by the participants.

"I have a strong code of ethics that drive my practice. In governing, I draw a lot from my ethical moral principles of equality. My profession requires it" – P4

"I display a good sense of integrity, fairness in my doing and I bring forward my ethical values. I value ethics. Ethics for me goes beyond what is written in the Code. It starts from the very tiny act of saying please and thank you. This is where good governance starts." – P10

"I possess a very high moral ground and strong personal ethical values. I think it is fundamental to good governance, but goes

beyond. A strong set of ethical values gets you to do what needs to be done." – P1

"Ethics and morality are obviously set, agreed and adhered to. But a personal high ethical behaviour ensures that you get the job and you also see to it that it gets done. Ethics are inherent to professional behaviour" – P5

C. Auditing

Most of the participants highlighted the importance of auditing in the public sector in shaping their professional work. The recorded responses of the participants are as follows:

"To me, accounting and auditing are extremely important because they inform decisions. Auditing is the backbone of decision-making. What is fascinating is how numbers and metrics can help in evaluating performance, efficiency and effectiveness. This obviously brings us back to the question of accountability. So, you see, everything is organised in a manner that shape you to become accountable" – P2

"*Accounting and auditing are measurement techniques to evaluate performance. I like to think that because of those mechanisms, one is pushed to give the best of his ability. It is disciplinary in nature and it is even mentioned in the Code of Corporate Governance that is a disciplined approach to evaluate processes and management. It also enhances transparency"* – P5

When participants were asked about the outcomes of accounting and auditing practices on them, the responses recorded were as follows:

"*It is just a reality of governance. I think auditing ensures compliance. It is a control mechanism, but I believe that such control is important as it ensures productivity and it maximises potential"* – P6

"Auditing is a mechanism of control that ensures compliance" – P5

V. Discussion

Using the Foucauldian perspective of power as an analytical tool to study power relations, the findings unearthed several modalities of power prevalent in

public sector institutions. Accountability, Evidence-Based policies and Auditing were the main themes generated from the findings that describe the practices of power. These themes highlight not only the ways in which power is manifested and exercised, but also how actors constituted within the power regimes are subjected to the power effects. Hence, in studying the exercise of power, the ways in which actors view themselves were also investigated. It has been found that productive power produces "disciplinary" and "subjectifying" effects. The discussion framework is provided in Figure 5.1.

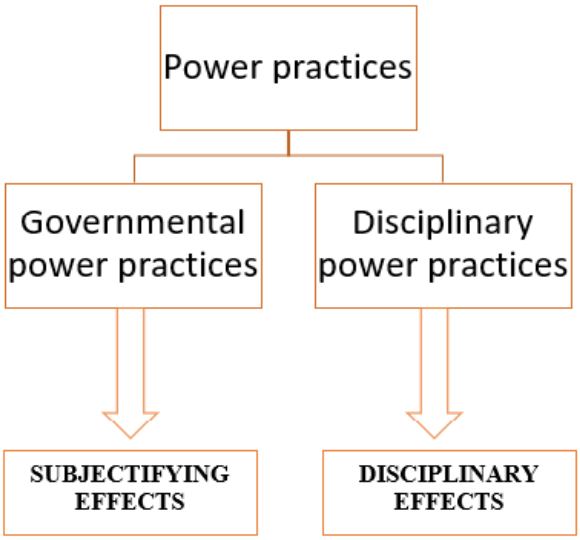


Figure 2: Discussion framework

A. Governmental power practices

1. Accountability as a discursive practice

Despite that at face value, accountability is taken for granted by the participants, our findings demonstrate that accountability emerged as a recurrent theme at various instances during the interviews. The findings suggest that accountability is the golden concept that no one questions. Despite being an undisputed concept, according to our findings, accountability operates as a discursive practice. Loosely, a discourse is described as a written or oral communication. It has been found that the COCG has constructed a vibrant discourse on accountability. The findings corroborate that all actors of CG, including the CEO identify themselves as accountable individuals, indicating that accountability has been espoused by them.

Interestingly, the findings also indicate that accountability propagated as "the grammar of a sacred language"[97], is actively producing effects. Such correlation between discourses and power effects is supported by the literature on 'subjectification'[98], which highlights the interrelation between regimes of power and the means through which individual see themselves. The participants concurred that accountability shapes them and also guides them in their actions. The study demonstrates that at the micro-level, the language of accountability operates as a form of epideictic rhetoric[99], which is essentially a type of persuasive speech designed for constructing desirable conduct. Accountability enhances the actor's commitment to the collective value of working in the public's interest. Furthermore, the findings relate that accountability make actors give back to the community. In line with Suspitsyna, accountability creates and reinforces an ethos of representativeness, whereby all members identify themselves as part of a particular community[100].

These findings suggest that the alignment of values of all the actors of CG is an outcome of the discourse of accountability as a power practice. Whilst the alignment of values is an underlying assumption of Stewardship Theory[101], this study provides evidence that the alignment of values is a product of the rhetoric of accountability. In short, accountability as a rhetoric, aims at constructing conformity among the actors. The conformity among actors, based on consensus and not coercion, is a key element that emerged from our findings. This finding represents a shift from the agency centric literature that perceive the Board as controlling and supervising the management[102]. This finding challenges the traditional repressive form of power conceived as unidirectional. The conformity achieved by all actors is indicative that the Board is moving away from its

---

[97] G. BURCHELL – C. GORDON – P. MILLER, *The Foucault effect: Studies in governmentality*, University of Chicago Press, 1991, 307 pp.; N. ROSE, *Powers of freedom: Reframing political thought*, Cambridge University Press, 1999, 335 pp.

[98] P. RABINOW, *The Foucault reader*, Vintage, 1984, 399 pp.

[99] ARISTOTLE, *On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*, Kessinger Publishing, 2004, 352 pp.

[100] T. SUSPITSYNA, "Accountability in American education as a rhetoric and a technology of governmentality", *Journal of Education Policy*, 2010, 25(5), pp. 567-586.

[101] J.H. DAVIS – F.D. SCHOORMAN – L. DONALDSON, "Davis, Schoorman, and Donaldson Reply: The Distinctiveness of Agency Theory and Stewardship Theory", *The Academy of Management Review*, 1997, 22(3), pp. 611-613; A. KEAY, "Stewardship theory: is board accountability necessary?" *International Journal of Law and Management*, 2017, pp. 1292-1314.

[102] A.A. BERLE – G.G.C. MEANS, *The modern corporation and private property, op. cit.*; C.C. CRUZ – L.R. GÓMEZ-MEJIA – M. BECERRA, "Perceptions of Benevolence and the Design of Agency Contracts: CEO-TMT Relationships in Family Firms", *Academy of Management Journal*, 2010, 53(1), pp. 69-89; K.M. EISENHARDT, "Agency Theory: An Assessment and Review", *ibid.*; M.C. JENSEN – W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", *ibid.*

traditional role of exercising control as the sovereign. Furthermore, this signifies and describes a new form of actors' conduct of CG, which can inform research on BOD in public governance. the alignment of values is achieved through the rhetoric of accountability. Hence, this finding substantially supports the assumption of the Stewardship Theory.

The findings also reveal a reconfiguration of the self of the actors of CG as a consequence of accountability, where discourses induce a consciousness into the actors of CG. Rather than merely desisting from undesirable behavior, actors self-adopt positive behavior. Besides, some CEOs related that because they are answerable for their actions, they carry a greater sense of responsibility toward the organization and decisions taken. Board directors as well as CEOs considered themselves as self-responsible individuals. Rather than being passive actors controlled by the Board, the findings suggest that CEOs construe themselves as empowered, active, autonomous, and self-responsible individuals. Another interesting finding that emerged was that one of the CEOs related that he speaks without fear or favor and he related that such attitude is prompted because he is self-accountable and self-regulate his behavior. Aligning with Foucault's conceptualization of parrhesia, which essentially means speaking the truth, the findings indicate that power is manifested in the ability, boldness and fearlessness to take tasks and actions. Such a mechanism fosters a high level of participation among the actors[103]. Another interesting finding that emerged and is in line with "parrhesia" is that of trust. By being truthful and candid the CEO is constructed as trustworthy. The literature also supports that trust is a necessary concomitant of power. Without acknowledging trust, power structures are sternly undermined and are interpreted within a reductionist framework[104]. Besides, findings reveal that almost all policies and propositions emanate from the CEO, hence substantiating the argument that the CEO's responsibilities are broadened and deepened.

Our findings also indicate that the CEO is considered as an active someone whose capacities should be harnessed. Indeed, it has been identified that the Board encourages self-reflection processes. For instance, it has been related by one of the Chairperson that when there is a divergence of opinion, he will say: "I am only proposing, what do you, is it right?". The Chairperson related this was the optimal manner to approach situations of conflict as each actor is aware of his accountabilities and that he would trespass the accountabilities of the CEO if he imposes his decision. He conveyed that such a practice is in line with good

[103] T.B. DYRBERG, "Foucault on parrhesia", *Political Theory*, 2015, 44(2), pp. 265-288.
[104] R. NUNKOO – H. RAMKISSOON – D. GURSOY, "Public trust in tourism institutions", *Annals of Tourism Research*, 2012, 39(3), pp. 1538-1564; S.M. STEIN – T.L. HARPER, "Power, Trust, and Planning", *Journal of Planning Education and Research*, 2003, 23(2), pp. 125-139.

governance. Furthermore, this practice is in line with the Foucauldian literature on subjectification, which stipulates that CEOs, recognizing their own selves, purposes and desires are made more active in governing their own conduct. In fact, a finding indicates the changes in governing strategies, which is no more in line with dyadic relationship of a powerful and less powerful action. Instead, the CEO takes responsibility for governing and regulating his own conduct. He governs his own body, his own mind, his own desires and purposes. This also echoes the Foucauldian literature which puts forward that to govern successfully is to govern less[105]. It was acknowledged by Board that clear accountability enables the CEO to be autonomous empowered and proactive choosers as the latter is answerable for his actions not only to the Board, but also to the general public.

The discourse of accountability acts within the CEO's self, his identity, his desires and purposes so he is guided by his own will. The CEO is made self-aware of his actions. Besides, it seems that such discursive practices manifest a desire to cultivate the CEO to be entrepreneurial. Hence, it can be said that accountability as a discursive practice operates as a governmental form of power as the CEO is actively engaged in practices of self-formation. Consequently, the findings support the participative and democratic decision-making on the Board which is also advocated by the Stewardship Theory[106].

Whilst studying power through discursive practices can be seen as an imprinting of values and principles onto individuals which offers a simplistic account of productive power, it is acknowledged by the author that power outcomes take place in micro-social processes, influenced and moderated by an array of factors. Instead, the author proposes that the interrelation between accountability as a discursive practice and its effects should be perceived as a reflexive and ongoing process that triggers the active consideration and engagement of who one wishes to be. However, it is also recognized that such an account of power generates new insights about the behavioral dynamics at Board level.

2. Evidence based practices as knowledge bases

As suggested by the findings, the public sector institutions are making an increasing use of evidence-based policies, which represent knowledge bases. As such, Board's policies are increasingly backed by evidence. The wave of New

[105] S. RAFFNSOE – A. MENNICKEN – P. MILLER, "The Foucault Effect in Organization Studies", *Organization Studies*, 2017, 40(2), pp. 155-182.

[106] C. CALDWELL – R. KARRI, "Organizational Governance and Ethical Systems: A Covenantal Approach to Building Trust", *Journal of Business Ethics*, 2005, 58(1-3), pp. 249-259; J.H. DAVIS – F.D. SCHOORMAN – L. DONALDSON, "Davis, Schoorman, and Donaldson Reply: The Distinctiveness of Agency Theory and Stewardship Theory", *ibid*.

Public Management encourages and requires Board to produce evidence-based policies. The findings suggested that the actors of CG construes themselves as professionals guided by strong ethical and moral values. Guided by scientism, it is argued that evidence – based policing converts the actors of CG into experts. From the findings, it was found that Board members along with the CEO give strong technical advice to Government and the Ministry.

The findings suggest that evidence-based policy-making encourages the professional autonomy of actors of CG in the public sector. As such, Board is empowered to make decisions driven by scientific and objective knowledge and values, without being subjected to outside authoritarian directives[107]. The findings corroborate that the Board and the CEO move away from passive compliance to exhibit a strong professional behavior. Concurrently, the findings suggest that evidence-based practices have secured the professional engagement and activity of actors. Such a finding echoes the governmental form of power which suggests that knowledge influences and constructs subjects who are independent, responsible, autonomous and active. In addition to a subjectifying effect within the actors of CG, the findings hinted that professional interaction prompts behavioral changes. Such a finding indicates that knowledge bases produce not only individual effects, but it also effects on collective professional behavior of board members.

Evidence-based policies as knowledge bases exhibit a productive form of power. This is in line with Foucault's formulation that knowledge produces power. The power is exemplified in the production of professionalism, characterized by professional autonomy, independence and strong ethical and moral values. The Foucauldian power-knowledge nexus contradicts the traditional conceptualization of power, which explains that the more knowledge in one's possession implies that one wields more power[108].

[107] M. DOWLING – J. EDWARDS – M. WASHINGTON, "Understanding the concept of professionalisation in sport management research", *Sport Management Review*, 2014, 17(4), pp. 520-529; L. FERKINS – D. SHILBURY – I. O'BOYLE, "Leadership in governance: Exploring collective board leadership in sport governance systems", *ibid.*; I. HENRY – P.C. LEE, "Governance and ethics in sport", *The business of sport management*, 2004, pp. 25-41.

[108] M.X.D. CARPINI, "Voters, Candidates, and Campaigns in the New Information Age", *Harvard International Journal of Press/Politics*, 1996, 1(4), pp. 36-56; J. JERIT – J. BARABAS – T. BOLSEN, "Citizens, knowledge, and the information environment" *American Journal of Political Science*, 2006, 50(2), pp. 266-282.

B. Disciplinary power practices

The findings indicate that auditing is a monitoring mechanism of CG that oversees the activities of management. Internal auditing is an independent activity from the Board. When participants were asked about their experience of auditing, many related while they were initially concerned about the outcomes of auditing in the cases of poor practices, over time, they became used to the mechanism. Some also related that auditing is part of their reality and as such they have adjusted their behavior accordingly to ensure compliance. Participants also manifested low reactivity when it comes to auditing. The participants recognized auditing as a practice producing positive effects, although it is a form of surveillance and control.

Using the Panopticon from the Foucauldian literature, it is argued that auditing acts as a disciplinary mechanism that is not based on coercion. Contrary to a prohibitory form of power, auditing acts upon the subjects to maximize their potential and their productivity. Our findings have attempted to understand the relationship between auditing and the actors of CG. Hence, audit systems represent a Panopticon for the surveillance of activities of the actors of CG. Besides, our findings substantiate that control through audit systems, have been internalized and normalized by actors of CG. As a consequence, even though audit system is a control mechanism, it is not associated with any negative connotations of power, but is rather associated with a productive and positive form of power that produces intended effects.

The findings identify auditing and transparency as recurrent theme. All the participants emphasize on transparency as a guiding principle guiding their work. For instance, one of the participants said "When everything is transparent, I have no fear, everything is disclosed and is on the table." Arguably from the lens of Foucault, transparency is two-fold. On one hand transparency is associated with purity, but on the other hand, observed from the Foucauldian framework, transparency is a power practice that produces disciplinary effects. Transparency, hiding subtle forms of power, acts as a Panopticon. The actors of CG are constantly in the field of visibility, but do not know when they are going to be observed. Such a practice induces them to discipline themselves to become docile bodies and to regulate themselves. Such a mechanism highlights that governing is done at distance. Discipline is normalized and internalized by the actors of CG. However, the power to discipline cannot be possessed or wielded by any actor. Besides, it is argued that disciplinary power concurs with the idea of power as control of the AT. However, the difference lies in that transparency operating as disciplinary form of power does not require a constant scrutiny by the Board on the actions of the CEO as the latter self-disciplines himself.

Power practices identified by this study can be regrouped as the exercise of a governmental form of power and a disciplinary form of power. Whilst governmental power practices construct CG as requiring "empowering", "responsibilising" professionals that have the ability to self-reflect on their actions, the disciplinary form of power which is still a productive form of power is a form of social control.

While both the governmental and disciplinary practices have been identified as practices that generate power, it is seen that such power is productive in nature as it produces and reproduces effects, realities, subjects and truths. Our study shows that the Foucauldian perspective allows us to look beyond structures and deconstruct the micro-capillaries through which power circulates. Even the disciplinary forms of power, manufactures subjects in subtle forms. Such an account of power contradicts other convention theories. Our study has shown that power is not repressive, it is not centralized, it is not a possession nor a capacity that can be wielded. Power is not an authority. Instead, it has bodily effects. The productive power rejects agency and mechanistic power. Our study demonstrates that power is not something that can be tamed or harnessed. It has rippling effects within institutions and within actors. Actors are actively constructing themselves in the social contexts by virtue of the circulation of power. While Foucault establishes that those two forms of power exist in different epistemes, our findings suggest that governmental power practices are complemented with disciplinary ones in NPM.

C. Recommendation and direction for future research

The findings of the study provide valuable insights that can be used to improve public sector governance in Mauritius. The government of Mauritius has established a regulatory framework for CG for statutory bodies, which are essentially public sector institutions. Governance structures, practices and processes are well defined in the COCG. However, further to the findings generated from the research, some recommendations are being proposed to improve public sector governance.

Our findings suggest that there was little to zero executive presence on the Board in public sector institutions. Furthermore, even in Boards where the CEO is a board member, the latter was not given the right to vote. Such a practice contradicts the principles of good governance as the findings of the study suggests. Our findings support that power practices produce highly ethical, self-responsible, and autonomous CEOs. It was observed that there was a high level of trust prevailing among the CEO and the members of the Board. Therefore, to foster trust, cooperation and participation in the governance processes of public sector institutions, it is recommended that executive presence on the Board is

increased or even become mandatory. Executive presence on the Board will shift the CEO's duties of informing and reporting to the Board, to a duty of participation in decision-making.

Furthermore, our findings have also demonstrated that discursive practices have resulted in the reconfiguration of responsibility of the CEO, which prompted the increasing need for CEO empowerment. In conformity with this finding, it is proposed that there be an increasing use of discursive practices in policy documents to empower the CEO. Some of the proposed discursive practices are:

– *"Empowering the CEO to exercise choice";*

– *"Increasing the CEO's participation in decision-making";*

– *"Giving responsibility to the CEO to take decisions for management"*.

The discussion on professionalization of Board also made mention of the independence and autonomy of the public sector institutions. In line with this perspective, it is proposed that the mode of appointment of board directors and CEOs is reviewed. Furthermore, it is suggested that political representation on Board of public sector institutions is minimized. For instance, the author is of opinion that public sector institutions will operate under the appeal of independence and autonomy if a bipartisan mode of appointment is implemented. In so doing, the role of the State will automatically be reconfigured and hence, appropriate regulatory measures should be catered for. In addition to this, it is also proposed that training and development for actors of CG will undeniably professionalize the public setting.

This research has adopted a novel mode of inquiry to generate insight about CG in public sector institutions. It has successfully established that the use of analytical tool of governmentality can add explanatory value to existing governance frameworks in public institutions. Besides, this research suggests that a shift from traditional research paradigms can enlighten practices, systems and processes. In line with this thought, it is proposed that public sector institutions should pursue new lines of inquiry in the aim to further behavioral research in CG.

D. Limitation

Despite the theoretical and practical value of this study, it is not without limitations which readers should take into account when interpreting its findings. After reviewing the conceptualization of power within contemporary CG theoretical underpinnings, this study takes into account other factors and mechanism that influence power dynamics, such as culture and norms. Hence, the

provision for a holistic account of power was prompted. As such, there has been a conscious effort on the part of the researcher to choose a theoretical framing that caters for influences beyond structural ones. As a result, the research offers only a fragmented appreciation of power of CG at micro-level in public sector institutions. However, the researcher recognizes that power that caters for influences other than structural ones can be studied from other vantage points such as from the lens of Pierre Bourdieu.

Furthermore, this study does not provide an exhaustive account of power practices in CG. Power has been studied only to the recurrent practices that emerged from the analysis of the findings. Furthermore, the deployment of the Foucauldian analytical framework of power should be done in such a way that it does justice to the essence of Michel's Foucault philosophical oeuvre. By studying power within an idiosyncratic setup, historicism for instance has not been acknowledged. Such an account of Foucauldian power can result in shallow exploration of the phenomenon. Furthermore, the Foucauldian perspective of power is broad. Hence, it is acknowledged by the author that such looseness has resulted in missed opportunities for research.

Another shortcoming of this research emanates from the choice of the naturalist philosophical position of the researcher. The use of an interpretivist paradigm to study power is subjective in nature and hence is prone to biases and errors. The naturalistic standpoint implies that reality is co-constructed by the participants and the researcher and hence, the influences, personal beliefs and experiences of the researcher cannot be separated from the research. Besides, participants were intentionally chosen. As a consequence, participants responses may be tainted with bias when they became aware of the study. The researcher, however, recognizes that there exists other alternative to study the modalities of power such as ethnographic research.

Contextual limitation is also acknowledged in this research. This study was conducted in public sector institutions in Mauritius. Undeniably, CG structures, processes and practices are subjected to the legal framework of the country. Hence, such a study's findings have limited external generalizability. Furthermore, the extent to which our findings can be transposed to the private sector also remains to be known.

E. Conclusion

The purpose of the study was to study the modalities of power within PSG to enhance our understanding of governance within NPM, which represents a changing logic of governing. Changing forms of government implies changing power structures. As such, the review of accounts of power within conventional theories were deemed to be simplistic in nature. Hence, to avoid replication of the

simplistic accounts of power, a novel perspective of power has been used as an analytical framework to map modalities of power within PSG; the Foucauldian perspective of power.

The findings have illustrated that power within NPM is a combination of both disciplinary and governmental forms of power. Governmental forms of power indicate that the actors are under the freedom to operate, whilst disciplinary form of power hides subtle forms of social control. However, despite the differences, both disciplinary and governmental forms of power are complemented by each other in NPM.

The discussion highlights how power practices have been experienced in modes of thoughts. Individual subjective experiences have been studied in relation to the modalities of productive power. This study moves away from the traditional approaches of considering power as being a capacity, a skill or a possession. Rather than exploring power as being wielded by actors of CG, the Foucauldian lens of power applied to CG suggests that actors of CG act as a conduit of power constituted within the power regimes of discourse, knowledge and surveillance. Such a conceptualization of power takes into account the influences of power practices.

This study does not reject the traditional conceptualization of power. Instead, the research agenda of this study was to complement existing contemporary CG theories by extending the lines of inquiry. Furthermore, the findings indicated that several power practices within CG contribute to an assessment of the underlying assumptions of some theories for example, the agency theory and the stewardship theory. This study has broadened the theoretical span of CG in the public sector. As such, in moving from traditional constructs that offers a parsimonious account of the CG, this study displays that behavioral dynamics influenced by CG practices should be further investigated empirically.

It is the contention of the author that the Foucauldian lens to study power provides us with a critical inquiry of PSG. Such inquiries do not criticize per se, but generate emancipatory understanding of the social contexts. However, critical inquiry can be considered devoid of value, if they are not tested and validated.

Articles

DROIT ADMINISTRATIF
DROIT DES RISQUES NATURELS

L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » dans l'affaire *Bujon*

—

La vision trouble du juge administratif sur la répartition de la charge du risque requin

Olivier DUPÉRÉ

Maître de conférences en droit public à l'Université de La Réunion

Directeur de la Revue Juridique de l'Océan Indien

Résumé

L'affaire *Bujon* a posé une question inédite du point de vue de l'ordre juridique français : celle d'une éventuelle responsabilité administrative du fait d'une attaque de requin.

Relative à une attaque mutilante survenue en pleine aggravation de la « crise requins » en 2012, l'affaire *Bujon* a conduit les juridictions administratives françaises à rendre des décisions globalement très contestables. En premier lieu, le cadre juridique de la gestion du risque requin paraît trouble : alors que la juridiction administrative suprême avait clairement consacré une obligation de *réduction* de ce risque en 2013, les juridictions du fond ont en cette affaire débattu du statut juridique d'une éventuelle obligation de *prévention* dudit risque, face à laquelle le Conseil d'État est resté étonnamment peu disert même si une approche juridique en termes de réduction du risque requin est perceptible dans son arrêt. En second lieu, les juridictions du fond se sont méprises sur certains éléments du droit applicable le jour de l'attaque, et elles-mêmes ainsi que le Conseil d'État s'en sont tenus à une évaluation particulièrement superficielle du risque requin existant à ce moment. La ventilation de la charge du risque s'en est trouvée faussée, au point que toute possibilité de responsabilité administrative a été indûment exclue par les juridictions administratives en cette affaire, au détriment du requérant.

L'analyse critique des décisions rendues par les juridictions administratives en cette affaire, toutefois, permet de préciser substantiellement les modalités de mise en œuvre, par les autorités publiques compétentes, de l'obligation de réduction du risque requin qui leur incombe de

manière certaine. Elle permet également de spécifier le type de raisonnement adéquat pour apprécier l'éventuelle responsabilité des personnes publiques dans ce contexte.

Mots-clés

Requin – Risque – Obligation de réduction/prévention – Évaluation – Obligation de prudence – Responsabilité des personnes publiques.

Abstract

The *Bujon* case raised a new question from the standpoint of the French legal order, namely the possibility of administrative liability in the case of a shark attack.

Regarding a mutilating shark bite that occurred in the midst of the amplification of the "shark crisis" in 2012, the *Bujon* case led the French administrative courts to render some highly questionable decisions overall. Firstly, the legal framework of shark-related risk management is seemingly troubled: Although the French administrative supreme court clearly set forth an obligation to *reduce* these risks in 2013, the lower courts have debated the legal status of a possible obligation to *prevent* the above-mentioned risks in this case, before which the Council of State remained surprisingly silent even if a reduction-based legal approach toward shark-related risks is noticeable in its decision. Secondly, the lower courts made an important mistake regarding the law that was appliable on the day when the attack occurred, and they as well as the Council of State stook to a particularly shallow assessment of shark-related risks that existed at that time. This led to a breakdown of the burden of risks so flawed that any possibility of administrative liability has been unduly excluded by the administrative courts in this case, to the detriment of the complainant.

However, the critical analysis of the decisions rendered by the administrative courts in this case allows for the substantial clarification of how the competent public authorities shall implement the obligation to reduce shark-related risks, which is theirs beyond all doubt. This also allows for the specification of the relevant reasoning for assessing the possible liability of public bodies in this legal context.

Keywords

Shark – Risk – Obligations regarding reduction/prevention – Assessment – Duty of care – Liability of public bodies.

Remerciements – Cette étude a bénéficié des commentaires attentifs et critiques de Géraldine Giraudeau (Professeure de droit public à l'Université de Perpignan – Via Domitia ; actuellement Professeure invitée à l'Université de Waikato, Nouvelle-Zélande), Guillaume Futhazar (Docteur en droit public, Université d'Aix-Marseille – OT-MED/CERIC ; actuellement post-doc CRJ/CSR), Erwann Lagabrielle (Maître de conférences en Géographie à l'Université de La Réunion – UMR ESPACE-DEV), Mathieu Maisonneuve (Professeur de droit public à l'Université d'Aix-Marseille – Centre de recherches administratives, EA 893), Loïc Peyen (Maître de conférences en droit public à l'Université Toulouse I Capitole – IEJUC, EA 1919 ; membre associé du CRJ). Je ne saurais trop les en remercier, surtout au vu de la longueur très inhabituelle de la réflexion ici présentée.

Plan sommaire de l'article

Introduction

I. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » conçue par le tribunal administratif : une spécificité contestable

A. La distinction de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » des autorités de police administrative et de l'obligation globale de prudence du surfeur averti

B. La nécessité d'articuler l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » des autorités de police administrative et l'obligation générale de prudence du surfeur averti

II. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » remodelée par la cour administrative d'appel : un système imparfait

A. La « *prévention du risque d'attaques de requins* », objectif impliquant d'articuler les obligations des usagers de la mer et des autorités de police administrative : une redéfinition sans application convaincante

B. La nécessité de clarifier l'articulation entre les droits de la police et de la responsabilité administratives pour déterminer les implications de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* »

III. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » au filtre de la juridiction de cassation : une dilution bienvenue ?

A. Les « *risques d'attaques de requins* » vus par le Conseil d'État : une approche factuelle réitérant les insuffisances et erreurs d'évaluation du risque commises par les juridictions du fond

B. La nécessité de situer les leçons juridiques de l'affaire *Bujon* dans le cadre de l'obligation de réduction du risque requin consacrée par le Conseil d'État dans l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* de 2013

Conclusion générale

"everything about him was beautiful except his jaws"

Ernest Hemingway, *The Old Man and the Sea,* 1952

Introduction

Voilà dix ans, La Réunion glisse vers ce qui a été appelé la « crise requin »[1]. Les autorités administratives compétentes se retrouvent au pied d'un mur sans précédent en France : comment appréhender et gérer un risque requin[2] élevé et persistant ? Aujourd'hui, la question reste pendante : une interdiction générale de la baignade et des activités utilisant la force motrice des vagues est toujours en vigueur, dans l'attente de solutions aussi éprouvées que moins restrictives de

[1] D'origine médiatique, l'expression « crise requin » désigne la situation issue de la croissance rapide de la fréquence des attaques de requin à La Réunion depuis 2011 (sept attaques recensées cette année-là, dont deux mortelles), dans le contexte (et sans préjuger d'un lien de causalité) : d'un fort développement des usages récréatifs de l'océan et des secteurs économiques relatifs à ces derniers (depuis une dizaine d'années alors) ; de la création en 2007 de la Réserve naturelle nationale marine de La Réunion (dans le périmètre de laquelle, ou à proximité immédiate duquel ont eu lieu la plus grande partie de ces attaques) ; d'une intensification des activités de pêche côtière et hauturière ; d'une dégradation des écosystèmes marins ; du changement climatique et d'une forte progression de l'aménagement et de l'urbanisation des territoires de la côte Ouest. La notion de « crise » renvoie au caractère soudain de cette recrudescence, à la multiplicité et l'intrication de ses déterminants, aspects et conséquences (qui sont d'ordre à la fois environnemental, économique, social, culturel et politique).

[2] Nous comprenons le risque, d'un point de vue général, comme une situation où des enjeux (de nature physique, matérielle, environnementale, etc. ; plus ou moins vulnérables intrinsèquement) sont exposés (d'une manière plus ou moins source de vulnérabilité) à des aléas (un aléa étant un phénomène naturel auquel se trouve associée une probabilité abstraite d'effet préjudiciable). Le « risque requin » réunionnais désigne alors l'interaction entre les trois catégories d'éléments suivants. Les enjeux sont d'abord et avant tout la vie et l'intégrité physique des baigneurs et pratiquants d'activités nautiques (des enjeux accessoires de nature économique et sociale sont également présents, tels par exemple que l'activité des secteurs économiques qui bénéficient de l'attractivité du territoire pour la pratique de ces sports et loisirs). L'aléa, quant à lui, tient à la fréquentation de la zone côtière par deux espèces de requins mondialement et localement connues comme potentiellement dangereuses pour l'homme. Il s'agit surtout du requin-bouledogue à La Réunion, le requin-tigre étant plus rarement impliqué. Les caractéristiques biologiques et comportementales des populations de requins précisément concernées, ainsi que les conditions environnementales, doivent être prises en compte pour déterminer l'intensité de l'aléa en ce lieu. L'exposition (et donc, l'existence du risque) résulte de la mise à l'eau d'une personne, généralement pour pratiquer une activité professionnelle ou de loisir. Les caractéristiques de cette activité influent sur le degré de vulnérabilité du pratiquant : en particulier, certaines activités sont incompatibles avec une surveillance permanente de l'environnement sous-marin par l'usager, et exposent donc bien davantage à l'aléa (puisqu'elles n'offrent que de très faibles chances d'anticiper une attaque) que celles qui – comme la plongée – permettent une telle surveillance. Les conditions de pratique influent également sur le degré de vulnérabilité du pratiquant.

liberté. Cette interrogation ne saurait être abordée sur un plan purement opérationnel : la recherche de solutions techniques doit intégrer une analyse juridique du risque requin. À cet égard, les trois décisions rendues par la juridiction administrative dans l'affaire *Bujon* permettent d'approfondir une réflexion débutée en 2019[3].

Arrivé à La Réunion en 1981, au moment même où le surf y fait son apparition, Fabien Bujon y grandit alors que l'activité connaît un développement notable sur l'île[4]. Après plus de vingt ans passés à pratiquer la glisse sans encombre, sa vie bascule le 5 août 2012 : il est happé par un requin-bouledogue sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. Grièvement blessé – il sort doublement mutilé (main et pied droits) des multiples morsures que lui inflige le requin –, il ne doit son salut qu'à un heureux concours de circonstances[5]. Un jugement[6] et deux arrêts[7/8] jalonnent son parcours contentieux devant la juridiction administrative, entrepris en vue de faire reconnaître à titre principal la responsabilité de l'État pour carence fautive du préfet de La Réunion dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative. En vain : les trois décisions

[3] O. DUPÉRÉ, « L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes », *R.J.O.I.*, 2019, pp. 7-41 – URL : https://droit-oi.univ-reunion.fr/index.php?id=38085 (dernière consultation le 9 février 2021).

[4] Nous entendons la notion de « surf » au sens fédéral du terme, c'est-à-dire comme recouvrant toutes les activités de glisse dont l'organisation, la réglementation et le développement ont été délégués par l'État – depuis 1964 – à la Fédération Française de Surf : le surf *stricto sensu*, mais aussi toutes les disciplines aujourd'hui associées à celui-ci (longboard, bodyboard, kneeboard, skimboard, bodysurf, surf Tandem, Stand-Up Paddle). Sur ce point, voir le site Internet de la F.F.S. – lien U.R.L. : https://www.surfingfrance.com/federation/missions.html (dernière consultation le 29 janvier 2021).

[5] La victime a livré sa vision de l'évènement à plusieurs organes de presse. Voir par exemple l'article paru dans le numéro 3300 de *Paris-Match*, dont une partie se trouve en ligne (lien URL : https://www.parismatch.com/Actu/Societe/Fabien-Mon-corps-a-corps-avec-le-requin-157762 – dernière consultation le 27 janvier 2021).

[6] T.A. La Réunion, 12 mai 2016, *Bujon* (affaire n° 1400880) – *R.J.O.I.*, 2018, p. 355 (note O. DESAULNAY, URL – dernière consultation le 17 février 2021 : https://droit-oi.univ-reunion.fr/fileadmin/Fichiers/droit-oi/Revues/25/RJOI_25_complet.pdf). Le texte du jugement a été reproduit en annexe.

[7] C.A.A. Bordeaux, 28 mai 2018, *Bujon* (affaire n° 16BX02294) – URL : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000036972007 (dernière consultation le 30 mai 2021).

[8] C.E., 22 novembre 2019, *Bujon* (affaire n° 422.655), T. pp. 594, 874, 1010 – *La Gazette des Communes*, 8 janvier 2020 (note L. BORDEREAUX) ; *J.C.P. A*, 2019, n° 48, act. 751 (note L. ERSTEIN) ; *J.C.P. A*, 2020, n° 5, 2035 (comm. H. PAULIAT) ; *A.J.C.T.* 2020, p. 152 (note S. RENARD et É. PÉCHILLON) ; *Droit administratif*, 2020, n° 5, comm. 26 (note J.-S. BODA et B. POUYAU) ; *Juris Tourisme*, 2020, n° 226, p. 12 (note C. DEVÈS) ; *Juris Tourisme*, 2020, n° 231, p. 35 (note C. DEVÈS) ; *Jurisport*, 2020, n° 209, p. 32 (note J.-P. VIAL) ; *A.J.D.A.*, 2020, p. 1867 (note J.-P. FERREIRA). Lien URL relatif à l'arrêt du Conseil d'État : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000039417374/ (dernière consultation le 30 mai 2021).

rejettent les conclusions du requérant. Pour ce faire, les juridictions administratives du fond s'appuient sur une obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » que le Conseil d'État se garde ensuite de reprendre à son compte. Cette situation mérite assurément une analyse juridique approfondie.

Compte tenu de la complexité de l'affaire, il est essentiel de la situer dans ses multiples contextes pour pouvoir appréhender à leur juste mesure les trois décisions de rejet. Aussi jugeons-nous préférable, pour introduire leur étude, d'introduire ce travail par une contextualisation précise de l'affaire et, dès lors, de renvoyer aux développements la présentation des motifs de ces trois rejets. D'un point de vue sémantique, il convient de relever que l'expression « *attaque de requin* » recèle un certain nombre de préjugés qu'il convient d'identifier afin de les tenir à distance. D'un point de vue factuel et institutionnel maintenant, l'accident dont est victime Fabien Bujon s'insère dans la série sans précédent d'attaques de requins que connaît La Réunion depuis 2011, et survient dans une période d'exacerbation confuse des problématiques relatives à la détermination des mesures nécessaires pour faire face à celles-ci. Le contexte jurisprudentiel doit aussi être évoqué puisqu'à peine un an après, en 2013, le Conseil d'État constate en référé la carence fautive des autorités publiques réunionnaises dans la mise en œuvre de l'obligation de **réduction** du risque requin qui leur incombe. Un débat juridictionnel se dessine ainsi quant à la manière d'appréhender juridiquement le « *risque d'attaques de requins* ». S'il convient d'axer le propos autour de l'obligation de « *prévention* » de ce risque mise en valeur par les juridictions du fond, en raison de son caractère largement inédit, c'est pour souligner que cette appréhension juridique déçoit de par les importantes incertitudes et erreurs d'appréciation qui la grèvent.

• Le contexte sémantique : « attaques de requin », une expression grevée de préjugés à écarter

Le principal objet de l'article est donc d'examiner l'obligation de prévention du « *risque d'attaques de requins* » mise en exergue par les juridictions administratives qui ont eu successivement à connaître de l'affaire *Bujon*, et ce dans tous ses aspects. Ne pouvant faire l'impasse sur l'expression « *attaques de requins* » qu'elles ont ainsi employée, le juriste doit d'autant plus signaler qu'elle est susceptible d'orienter la compréhension du phénomène pertinent en un sens arbitraire et obsolète, et s'efforcer en conséquence de considérer celui-ci d'un point de vue bien plus objectif.

En effet, l'expression « attaque de requin » est très chargée d'un point de vue sémantique. Évoquant un fait d'agression, d'assaut, d'intrusion violente, elle oriente facilement la perception du phénomène concerné vers une compréhension très particulière de l'animal impliqué et de son comportement : celle d'un spécimen volontairement déviant ayant pris goût à la chair humaine, et dédaignant

tout sauf satisfaire ce penchant si l'occasion s'en présente. Elle offre également une prise considérable aux réactions émotionnelles les plus fortes, et s'avère ainsi susceptible de biaiser la conception des réponses audit phénomène[9]. Maintenue voire valorisée par une certaine littérature et plusieurs films à grand succès (tels que *Les Dents de la Mer*), une telle représentation constitue l'esprit dans lequel ont été originellement conçus et rédigés, en France, certains textes juridiques de portée générale toujours en vigueur en dépit d'une ancienneté pluriséculaire. L'actuel article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, dont la rédaction sur ce point est issue de la célèbre loi des 16 et 24 août 1790 (article 3 du Titre XI), confie ainsi au maire – au titre de ses pouvoirs de police administrative générale – le « *soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces* ». Le texte évoque ainsi l'existence de spécimens ou d'espèces d'animaux réputés se complaire dans le meurtre voire l'assassinat, et plus généralement le mal – il y a là une représentation particulièrement anthropocentrée des animaux en question, toute empreinte de certaines vulgates religieuses. Leur « *divagation* » serait donc de nature à leur donner l'occasion de céder à leurs penchants. Que des accidents adviennent ou non, cette « *divagation* » serait donc aussi de nature à troubler la tranquillité publique, de par les larmes et/ou la peur qu'elle ne manquerait pas de provoquer (la notion d'« *évènements fâcheux* » évoque explicitement le registre fortement émotionnel de cette disposition législative). En ce qui concerne les mesures adéquates pour prévenir ou mettre fin à de telles atteintes à la tranquillité publique, la réputation des animaux concernés les destine tout naturellement à la mort. L'organisation de battues, en conséquence, constitue historiquement un mode emblématique d'exercice de ces pouvoirs de police administrative par les maires.

L'étude scientifique de ces phénomènes, qui se développe après la fin de la Seconde Guerre mondiale en vue de concevoir des moyens de nature à prévenir les morsures de requins[10], met à bas ces préjugés en soulignant la très grande

[9] C. NEFF – R. HUETER, « Science, policy and the public discourse of shark "attack": a proposal to reclassifying human-shark interactions », *J Environ Stud Sci* (2013) 3:65–73 – https://doi.org/10.1007/s13412-013-0107-2 (dernière consultation le 6 février 2021).

[10] Les premières recherches scientifiques sont menées en Australie au cours de l'entre-deux-guerres, suite à un nombre anormal d'attaques dans la première moitié des années 1920. Elles sont en particulier le fait de Victor Coppleson, chirurgien auquel sont dus d'importantes avancées de la médecine d'urgence ainsi que le premier ouvrage de référence en matière d'attaques de requins : *Shark Attack*, Sydney, Angus & Robertson, 1958, 266 pp. En Afrique du Sud, les recherches scientifiques se déploient plus particulièrement suite au « *Black December* », l'expression désignant une série de sept attaques de requin (dont cinq mortelles) survenues sur les côtes du Natal entre le mois de décembre 1957 (qui concentre quatre des sept attaques) et le mois d'avril 1958 – voir notamment M.-J. VAN OORDT, *A Historical Overview Of The Origins of Anti-Sharks Measures in Natal (1940-1980)*, Master of Arts Thesis, University of KwaZulu-Natal (Howard College), 2006, 182 pp. – URL: https://researchspace.ukzn.ac.za/xmlui/bitstream/handle/10413/10475/Van%20Oordt_Melissa

variété et la complexité de leurs caractéristiques, ainsi que des conditions dans lesquelles elles se produisent. L'expression générique « morsure de requin » est en conséquence recommandée pour son fort degré d'objectivité et de précision (le fait pour un requin de saisir une personne ou un objet dans sa mâchoire – elle permet en particulier d'assigner une juste importance aux hypothèses d'observation et de simple contact), à charge pour son utilisateur de préciser les caractéristiques particulières (il s'agit des éléments médico-légaux – lorsque la morsure concerne une personne – et/ou des éléments techniques lorsque la morsure concerne un bien tel qu'une planche de surf) et circonstances concrètes (il s'agit du contexte environnemental et social dans le cadre duquel survient la morsure) de chacune d'entre elles en vue, notamment, de cerner son ou ses motifs avec le moins d'approximation possible (prédation alimentaire, comportement de défense, confusion, *etc.*)[11].

En conséquence, si l'expression « attaque de requin » est utilisée dans le cadre de cet article, il faut la considérer comme étant exempte de l'ensemble des représentations arbitraires susceptibles de s'y rattacher : il s'agit d'une morsure de requin présentant/susceptible de présenter des caractéristiques médico-légales et/ou techniques déterminées, survenue/survenant dans des conditions environnementales et sociales tout aussi particulières.

• *Le contexte factuel : l'insertion de l'accident de Fabien Bujon dans la série inédite d'attaques de requins survenues à La Réunion depuis 2011*

La zone littorale balnéaire de la commune de Saint-Paul, jusqu'alors réputée la plus sûre de La Réunion[12], est le théâtre de six attaques en 2011[13]. En

_J_2006.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dernière consultation le 28 février 2021). Aux États-Unis, les recherches scientifiques se déploient à compter d'une date légèrement ultérieure – voir à ce titre l'histoire et la fonction actuelle de *l'International Shark Attack Files* (I.S.A.F.), présentées sur son site Internet : https://www.floridamuseum.ufl.edu/shark-attacks/about/isaf/ (dernière consultation le 28 janvier 2021).

[11] C. NEFF – R. HUETER, « Science, policy and the public discourse of shark "attack": a proposal to reclassifying human-shark interactions », *ibid.*

[12] En effet, les attaques survenues jusqu'en 2010 sont très majoritairement situées en d'autres points de l'île, très diversifiés de surcroît. Sur ce point, voir E. LAGABRIELLE – A. ALLIBERT – J. J. KISZKA – N. LOISEAU – J.-P. KILFOIL – A. LEMAHIEU, « Environmental and anthropogenic factors affecting the increasing occurrence of shark-human interactions around a fast-developing Indian Ocean island », *Sci Rep* 8, 3676 (2018). https://doi.org/10.1038/s41598-018-21553-0 (dernière consultation le 28 janvier 2021). L'annexe 1 reprend les principaux tableaux de synthèse de cet article.

[13] Deux mortelles sur des surfeurs à Boucan-Canot (15 juin 2011 – Eddy Aubert ; 19 septembre 2011 – Mathieu Schiller) ; une mutilante sur un surfeur à Trois-Roches (19 février 2011 – Éric Dargent) ; un surfeur, un kayakiste et un piroguier sortent de justesse et respectivement indemnes de trois autres attaques, au prix de la destruction complète de leur engin toutefois (Roches-Noires les 6 et 15 juillet 2011 ; Cap La Houssaye le 5 octobre 2011).

tout, au moins sept attaques de requin surviennent cette année-là[14], très supérieure donc à la moyenne statistique d'une attaque par an établie entre 1980 et 2010 (ces deux années comprises)[15]. Les circonstances dans lesquelles ces accidents sont survenus sont relativement variables[16].

L'année 2012 débute dans la droite ligne de cette tendance atypique : le 5 mars 2012, un bodyboarder est ciblé par un requin, sans autre dommage que des traces de morsure sur sa planche[17] ; le 24 mai 2012, un pêcheur est mordu par un petit requin-bouledogue dans le port de Saint-Pierre[18] ; surtout, le 23 juillet, un surfeur (Alexandre Rassiga) décède après s'être fait happer sur le spot de Trois-Bassins, commune limitrophe de Saint-Paul au Nord et de Saint-Leu au Sud. C'est une douzaine de jours plus tard que survient l'attaque sur Fabien Bujon.

[14] En marge des six attaques survenues à Saint-Paul, les restes du corps d'une femme, portant les traces de multiples morsures de requins, sont récupérés à la mer au niveau de La Possession le 13 octobre 2011 (une prédation *post-mortem* n'est pas exclue) ; voir à ce sujet « La Possession : les restes d'une femme retrouvés, 'on voit que c'est l'acte d'un requin' », *Zinfos974*, 13 octobre 2011 – URL (dernière consultation le 29 janvier 2022) : https://www.zinfos974.com/La-Possession-Les-restes-d-une-femme-retrouves-on-voit-que-c-est-l-acte-d-un-requin_a33011.html. Enfin, un chasseur sous-marin apnéiste perd un doigt de pied lors d'une attaque subie le 11 novembre 2011 à Sainte-Rose.

[15] Entre 1980 et 2010 compris, on compte 29 attaques (dont 13 mortelles), leur succession connaissant parfois des irrégularités : certaines années comptent ainsi plusieurs attaques (par exemple, quatre en 1992), tandis que plusieurs années peuvent séparer une attaque de la suivante (1981-1988 ; 1992-1994 ; 2000-2004 ; 2007-2010). Si les chasseurs sous-marins sont les premières puis de régulières victimes des attaques recensées sur la période (8 attaques), les surfeurs deviennent vite les plus fréquemment touchés (14 attaques). Baigneurs et windsurfers sont concernés d'une manière occasionnelle mais très rapprochée (2 attaques pour chaque catégorie). Une attaque a par ailleurs visé un pêcheur de bichiques, et les deux dernières – il n'est pas possible d'exclure qu'elles soient survenues *post-mortem* – ont affecté des personnes dont l'activité n'a pas pu être déterminée. Par ailleurs, la grande majorité des attaques survient alors dans le Sud (13), l'Ouest (8), l'Est (5) et le Nord (4) de l'île. Sur ces points, voir les tableaux reproduits dans l'annexe 1 précitée.

[16] Au sujet de ces circonstances, voir plus particulièrement E. LAGABRIELLE – A. ALLIBERT – J. J. KISZKA – N. LOISEAU – J. P. KILFOIL – A. LEMAHIEU, « Environmental and anthropogenic factors affecting the increasing occurrence of shark-human interactions around a fast-developing Indian Ocean island », *ibid.*

[17] « Un bodyboarder attaqué par un requin », *ImazPress*, 5 mars 2012 – URL : https://www.ipreunion.com/photo-du-jour/reportage/2012/03/05/saint-benoit-actualise-a-18-heures,un-bodyboarder-attaque-par-un-requin,14708.html (dernière consultation le 29 janvier 2022).

[18] « Saint-Pierre : un pêcheur mordu par un requin-bouledogue », *Zinfos974*, 30 mai 2012 – URL (dernière consultation le 29 janvier 2022) : https://www.zinfos974.com/St-Pierre-Un-pecheur-mordu-par-un-requin-bouledogue_a42254.html.

Suite à cette dernière, la série se gonfle de nouveaux évènements[19]. L'année 2013 compte six évènements, aussi bien dans l'Ouest (commune de Saint-Paul – les Brisants, cimetière marin) qu'au Sud de l'île (L'Étang-Salé, Petite-Île, Saint-Pierre, Saint-Joseph). Ceux-ci concernent quatre surfeurs (une attaque mortelle, une autre mutilante et les dernières sans autre conséquence que des traces de morsures sur les planches), une jeune baigneuse à proximité immédiate du rivage (décédée) et un chasseur sous-marin (indemne). La diversité des sites, des activités concernées et des conditions dans lesquelles celles-ci étaient pratiquées au moment de l'attaque, confirment la portée générale du risque requin sur le territoire de La Réunion (même si les attaques se concentrent majoritairement sur la côte Ouest à partir des années 2010). L'année 2014 n'est le théâtre que d'une seule attaque, sur le spot de la Gauche de Saint-Leu : un surfeur subit de sérieuses blessures. L'année 2015 est scandée par quatre attaques : deux mortelles (sur une baigneuse se trouvant à proximité immédiate du rivage, et sur un jeune surfeur), et deux autres occasionnant d'importantes blessures, dans des conditions environnementales très variées (Étang-Salé, Saint-Paul, Saint-Leu – toujours sur le spot de la Gauche – et commune du Port). L'année 2016 compte une seule attaque : un surfeur en sort mutilé. Trois attaques sont recensées en 2017, toutes sur des surfeurs : deux mortelles (Saint-André et spot de la Pointe au sel à Saint-Leu), et une n'occasionnant que de légères blessures (commune de Saint-Paul – Roches noires). L'année 2018 voit un chasseur sous-marin ciblé par un requin-bouledogue aux Roches-noires (commune de Saint-Paul), mais en sortir indemne. Deux attaques mortelles sont recensées en 2019, la première sur un pêcheur de bichiques à proximité immédiate du rivage (Sainte-Rose), l'autre sur un surfeur pratiquant sur le spot de la Tortue à Saint-Leu. L'année 2020 est la première, depuis 2009, à n'avoir compté aucune attaque.

Il importe de souligner le caractère exceptionnel du taux de létalité des attaques de requins survenant à La Réunion. À l'échelle mondiale, le nombre d'attaques de requin et le taux de décès consécutif tendent à évoluer en sens inverse depuis le début du XXème siècle : le nombre d'attaques non provoquées augmente tandis que le taux de décès consécutif diminue, tous deux d'une manière très prononcée[20]. Dans ce contexte, les attaques survenues à La Réunion aboutissent à une surreprésentation de l'île dans les statistiques mondiales relatives aux attaques de requins, tant en ce qui concerne leur nombre que – et

[19] Les attaques de juillet-août 2012 et celles de 2013 sont les premières à être recensées sur le site Internet de l'actuel Centre Sécurité Requin : http://www.info-requin.re/attaques-recensees-r68.html (dernière consultation le 30 janvier 2021).

[20] Source : https://www.floridamuseum.ufl.edu/shark-attacks/trends/fatalities/ – dernière consultation le 10 février 2021.

bien plus franchement encore – le taux de décès consécutifs à celles-ci (42% des morsures, sur la période 1988-2016, ont été fatales)[21].

• ***Le contexte institutionnel : une exacerbation confuse des problématiques relatives à la détermination des mesures nécessaires pour faire face aux attaques de requins***

— Avant 2011, l'éventuelle action des communes en matière de risque requin s'avère très ponctuelle d'un point de vue géographique et temporel. Abstraction faite de quelques très rares dispositifs de signalisation informant spécifiquement de la présence et de la circulation de requins dans la zone côtière, cette action se résume pour l'essentiel à quelques interdictions de la baignade et des activités nautiques sur une poignée de secteurs du littoral réunionnais, soit temporaires (à la suite d'une attaque) soit permanentes. L'action des communes apparaît de plus globalement superficielle en ce qui concerne la démarche d'évaluation et de détermination des orientations de la gestion de ce risque, et en tout état de cause très dispersée[22]. Considérant la compétence du maire en matière de police de la baignade et des activités nautiques, l'État ne s'est par ailleurs jamais saisi de la question, mais la direction de la Préfecture en charge de la mer semble avoir spontanément estimé que l'état du risque ne méritait pas une attention particulière de sa part tant que la moyenne statistique d'une attaque annuelle restait d'actualité[23].

— Devant la multiplication des attaques de requin dans la zone littorale de la commune de Saint-Paul en 2011, en particulier au droit des plages traditionnellement ouvertes à la baignade et aux activités nautiques et qui comptaient jusqu'alors au nombre des fleurons touristiques internationaux de

[21] E. LAGABRIELLE – A. ALLIBERT – J. J. KISZKA – N. LOISEAU – J. P. KILFOIL – A. LEMAHIEU, « Environmental and anthropogenic factors affecting the increasing occurrence of shark-human interactions around a fast-developing Indian Ocean island », *ibid.*

[22] Nous avons entrepris à ce propos une étude juridique relative à l'évaluation et la détermination des orientations de la gestion du risque requin réunionnais avant 2011, dont les résultats donneront lieu à une future publication.

[23] Cette caractérisation de ce qu'a ou aurait été la position traditionnelle de l'État – de futurs travaux devront se prononcer sur la réalité de celle-ci – est établie à partir des déclarations faites par deux de ses fonctionnaires en poste à La Réunion au moment des premières attaques de 2011 : Jean-Luc Hall (alors Directeur adjoint de la Mer Sud Océan Indien, et ce depuis 2010) et Nicolas Le Bianic (administrateur des affaires maritimes, en poste à La Réunion depuis 2010, par la suite Chargé de mission auprès du Préfet pour la gestion du risque requin), in P. et S. DURVILLE – T. MULOCHAU, *Comprendre la crise requins à La Réunion*, La Saline-lès-Bains, Les Éditions du Cyclone, collection « Témoignages », 2016, 131 pp., spéc. pp. 62-63 et 70-71. Chantal Ambroise, qui en 2012 devient Sous-Préfète de l'arrondissement de Saint-Paul en remplacement de Thomas Campeaux, précise que le risque requin est à ce moment-là considéré par l'État comme « *un risque émergeant, relevant du domaine de la protection civile* » (*idem*, spéc. pp. 12-13).

l'île, une volonté de concertation s'affirme et se concrétise. Ainsi la commune de Saint-Paul et l'État organisent-ils, dès le 25 juillet 2011 – soit une dizaine de jours après la quatrième attaque de l'année – une table-ronde associant l'ensemble des parties prenantes publiques et privées. Il en ressort un programme du travail à effectuer dans trois domaines : connaissance scientifique des requins/évaluation du risque/étude des moyens de protection ; information et prévention du risque requin ; gestion opérationnelle de l'alerte requin. Ainsi, ces réflexions visent à déterminer la nature et portée des mesures juridiques et opérationnelles pertinentes en matière de risque requin, à la lumière notamment des résultats des recherches prévues pour déterminer les caractéristiques écologiques des populations de requins à La Réunion (il s'agit du programme CHARC)[24], particulièrement nécessaires en l'absence de tout travail scientifique préexistant à ce sujet[25]. Il importe d'insister sur un point : aucune mesure n'est alors prévue à titre transitoire, c'est-à-dire dans l'attente de l'aboutissement de travaux scientifiques devant s'échelonner sur une période conséquente. Cette situation s'avérait donc favorable à un maintien provisoire des positions traditionnelles des communes face au risque requin, et à un renvoi de principe de l'État à la compétence des maires en matière de police de la baignade et des activités nautiques.

— L'important travail de réflexion et de recherche ainsi prévu se trouve bousculé par le décès de Mathieu Schiller le 19 septembre 2011. Cette nouvelle attaque de requin contraint l'État à prendre immédiatement deux mesures dans un contexte agité par de violentes crispations et polémiques à caractère simultanément économique, social et environnemental[26].

---

[24] Le programme CHARC (2012-2015) est « *un programme scientifique financé par l'Europe (FEDER), la Région Réunion et l'Etat (DEAL) qui a pour but d'établir un état initial des connaissances sur l'écologie et de l'habitat des deux espèces de Requins Côtiers sur la côte Ouest de La Réunion : le requin tigre (Galeacerdo cuvier) et le requin bouledogue (Carcharhinus leucas)* ». Les points d'étapes et le rapport final du projet sont disponibles en ligne – URL : http://www.info-requin.re/le-programme-charc-2012-2015-r15.html (dernière consultation le 3 février 2021 ; la citation est tirée du paragraphe introduisant cette page).

[25] Le seul travail scientifique alors disponible sur les requins à La Réunion se situait effectivement dans le champ de la médecine légale : G. VAN GREVELYNGHE, *Les requins à la Réunion : mythes et réalités – Étude de douze cas d'accidents liés aux requins*, Thèse Médecine, Lille 2, 1994.

[26] Ces crispations et polémiques, qui n'ont pas lieu d'être évoquées ici, constituent une part non-négligeable de la « crise requin ». Elles ont été étudiées d'un point de vue sociologique par M. THIANN-BO MOREL et P. DURET, « Le risque requin, mise en risque de la pratique du surf à La Réunion », *STAPS*, 2013/1, n° 99, pp. 23-36 (lien URL : https://www.cairn.info/revue-staps-2013-1-page-23.htm?try_download=1 – dernièrement consulté le 14 mars 2021) ; et M. THIANN-BO MOREL, « Tensions entre justice environnementale et justice sociale en société postcoloniale, le cas du risque requin », *VertigO*, 2019, volume 19, n° 1 – DOI : https://doi.org/10.4000/vertigo.24299 (dernière consultation le 3 février 2021).

La **première mesure** a un but préventif et se trouve d'emblée conçue sur un mode durable. Sur le fondement du pouvoir de police administrative générale qui est le sien en vue d'assurer l'ordre public à l'échelle supra-communale, le préfet prévoit : d'une part, l'interdiction de la mise à l'eau des surfeurs par les maîtres-nageurs sauveteurs des zones communales surveillées, lorsque ceux-ci estiment que les conditions sont excessivement favorables à une attaque de requin ; d'autre part, que cette interdiction doit alors faire l'objet d'une signalisation appropriée (drapeau rouge de droit commun, le temps de concevoir et de rendre opérationnelle une signalétique propre aux activités de surf)[27].

En dépit de la modestie de son dispositif, cet arrêté préfectoral est lourd d'implications et d'interrogations, celles-ci étant d'autant plus considérables qu'il est applicable sur l'ensemble du territoire réunionnais. Les communes sont ainsi clairement chargées d'apprécier les conditions du moment pour déterminer si elles sont ou non excessivement favorables à une attaque de requin, en vue le cas échéant d'interdire temporairement et à titre préventif – ce qui constitue une innovation vis-à-vis des pratiques traditionnelles évoquées plus haut – la baignade et les activités nautiques telles que le surf. Cela ne peut toutefois concerner que les zones et périodes pour lesquelles les communes ont mis en place un dispositif de surveillance et de secours. En dehors de celles-ci, à qui revient la charge de l'évaluation du risque requin – et donc de la détermination des possibilités de mise à l'eau des usagers de la mer concernés –, et quelles sont les conditions de mise en œuvre de cette évaluation et d'adoption des décisions consécutives ? Le risque requin est alors peu étudié à La Réunion, et les causes de l'augmentation du taux d'incidence de ce risque sont inconnues. Dans ce contexte difficile – toujours d'actualité à bien des égards – le préfet met en exergue la compétence de principe des maires en matière de police de la baignade et des activités nautiques, pour ce qui est de réguler les conditions de celles-ci au sein des zones dont ils ont décidé d'assurer la surveillance ; son arrêté implique donc nécessairement qu'il renvoie au maire la charge de déterminer, au vu du risque requin et sans que le cadre de son pouvoir discrétionnaire ait été spécifié par voie d'arrêté préfectoral, s'il y a lieu d'adopter des règles relatives à la pratique desdites activités au sein des espaces non-surveillés et, si oui, lesquelles. C'est ce qu'explicite l'article 3 de l'arrêté : le préfet renvoie expressément au maire la totalité de la charge d'apprécier s'il y a lieu de restreindre le principe éminemment libéral posé par l'article L. 2213-23 du code général de collectivités territoriales d'après lequel cette pratique se fait aux risques et périls des intéressés, et si oui dans quelle mesure[28].

[27] Arrêté n° 2011-1400 du 20 septembre 2011 portant interdiction des activités nautiques pratiquées avec des engins de plage et des engins non immatriculés lorsque le drapeau rouge vif est hissé sur les plages et lieux de baignade.

[28] Vu cette mise en exergue, par le préfet, de la compétence de police du maire au titre de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, ainsi que les prévisions de

Une telle attitude, de la part de l'État, s'avère alors très problématique. D'une part, le fondement juridique de l'arrêté préfectoral suppose que l'État a considéré et qualifié le risque requin comme un potentiel trouble à l'ordre public d'ampleur supra-communale. Dans cette perspective, le simple renvoi aux maires, par le préfet, de la charge de déterminer le régime juridique de la pratique de la baignade et des activités nautiques dans les zones communales non-surveillées, aurait nécessité de sérieuses justifications à tout le moins. Or celles-ci font défaut, alors qu'il s'avère *a priori* difficile de comprendre pourquoi le préfet tient à encadrer les conditions d'exercice des compétences des maires en matière de police de la baignade et des activités nautiques, uniquement pour les zones et périodes dont ceux-ci ont décidé d'assumer la surveillance et non pour les zones non surveillées. Le risque requin étant considéré comme un potentiel trouble à l'ordre public d'ampleur supra-communale, l'inexistence d'un quelconque encadrement préfectoral pour des zones représentant la majeure partie du littoral réunionnais apparaît incohérente. Les travaux parallèlement en cours à ce moment-là ne peuvent justifier cette attitude de l'État, puisque des règles transitoires sont évidemment possibles. Un soupçon de carence pèse dès lors sur l'État. D'autre part, compte tenu notamment de l'extrême difficulté à caractériser et à qualifier le risque requin (en l'absence de connaissances scientifiques déterminantes à cette fin), les maires ne sont clairement pas en mesure d'effectuer le travail d'appréciation requis pour déterminer le régime juridique de la baignade et des activités nautiques au sein des zones non-surveillées. Confronté à l'extrême incertitude inhérente au diagnostic du risque requin, ils peuvent alors être d'autant plus tentés par le maintien de leurs positions traditionnelles que les travaux scientifiques en cours (le projet CHARC), parallèlement, ont précisément pour objet d'étudier les questions pertinentes à cet égard. Qui plus est, dans l'hypothèse d'une carence avérée du préfet dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, toute perspective d'une substitution du préfet au maire en cas de carence de ce dernier dans l'exercice de son pouvoir de police municipale s'avère illusoire. En définitive, les usagers de la mer se retrouvent en pratique seuls à supporter la charge d'évaluer les conditions du moment pour décider de se mettre ou non à l'eau, et cette situation s'avère être le résultat de deux probables carences successives dans l'exercice des pouvoirs de police administrative.

La **seconde mesure** prévue consiste en l'organisation d'une pêche post-attaque, et ce alors à titre « *provisoire dans l'attente de l'acquisition des connaissances scientifiques qui permettront d'établir un plan de gestion des*

celui-ci, l'arrêté préfectoral ne peut être interprété comme attribuant aux seuls pratiquants de la charge de l'évaluation du risque requin et des décisions consécutives relatives à la mise à l'eau, sous réserve nécessairement dès lors de dispositions communales plus contraignantes que justifieraient des circonstances locales particulières et notamment un risque requin localement plus fort que la moyenne départementale au sens de la jurisprudence C.E., 18 avril 1902, *Commune de Néris-lès-Bains*, Rec. p. 275.

risques et des populations de squalidés »[29]. Pour la première fois à La Réunion, une action officielle est entreprise dans l'espoir de limiter un risque requin, dont l'attaque tout juste survenue vient attester l'importance dans la zone concernée. L'idée sous-jacente à la décision est donc celle d'un risque requin temporairement et localement accru, et ses conditions de cohérence avec la qualification du risque requin comme un potentiel de trouble à l'ordre public d'ampleur supra-communale (inhérente à la première mesure) méritent alors d'être sérieusement affinées.

— Le Préfet de la Réunion prend rapidement l'initiative de rehausser les ambitions affichées à l'issue de la réunion de concertation du 25 juillet 2011, en créant le « comité réunionnais de réduction du risque requins (C4R) » le 1er février 2012[30]. Il s'agit d'une structure permanente assurant la représentation des services généraux de la Préfecture (9), des services de secours (8), des collectivités territoriales et E.P.C.I. (11), des usagers de la mer (15), de la communauté scientifique (9), des associations (10) et comprenant également des personnalités qualifiées (8). La fonction assignée au C4R est d'inscrire la conception des mesures de « *réduction du risque requins* », initiée depuis le 25 juillet 2011, dans une « *stratégie* […] *qui permette de concilier les objectifs suivants : assurer la sécurité des personnes, protéger l'environnement, préserver les activités nautiques et touristiques et défendre l'image de notre île au plan international* » (considérant n° 4). Il doit à ce titre œuvrer à la définition, au suivi et à l'adaptation de cette stratégie : celle-ci doit être « *concertée et équilibrée* » (considérant n° 4), et le premier but de la création du C4R est effectivement « *d'offrir un cadre approprié de dialogue et de concertation sur la réduction du risque requins à La Réunion* » (article 1er). Le champ des réflexions qui doivent ainsi porter sur la stratégie et les mesures de réduction du risque requin, de surcroît, se trouve sensiblement élargi. Aux trois thèmes envisagés à l'issue de la réunion du 25 juillet 2011, sont en effet ajoutés « *l'accompagnement des activités nautiques* », « *le soutien économique* », la « *coopération régionale* »[31] (article 5).

---

[29] D.E.A.L. de La Réunion, *Rapport sur une opération ciblée de prélèvements de requins à La Réunion*, 24 septembre 2011, 9 pp. http://administration.reunion.gouv.fr/IMG/pdf/2011-09-26_DEAL_RapportRequins_cle09b588-2.pdf (dernière consultation le 3 février 2021).

[30] Arrêté n° 2012-173 du 1er février 2012 portant création du comité réunionnais de réduction du risque requins (C4R).

[31] Cet objectif de « coopération régionale » en matière d'évaluation et de gestion du risque requin se comprend à la lumière de l'actualité seychelloise de 2011. Au mois d'août cette année-là, deux attaques de requin-bouledogue causent, à une quinzaine de jours d'intervalle, le décès d'un touriste français et d'un touriste britannique dans l'Anse Lazio sur l'île de Praslin. La *Seychelles Maritime Safety Administration* réagit en lançant un programme exceptionnel de prélèvement de requins (auquel a succédé un programme permanent de pêche à la *drum-line*), puis en installant trois filets anti-requins dans la zone concernée (enlevés en 2017, en raison du coût trop important de leur entretien) et en y instituant un système de surveillance (voir sur ces points l'article de la Seychelles News Agency, « Seychelles Maritime Safety Administration removes safety nets at Anse Lazio beach 5 years after shark attacks », 3 janvier 2017 – URL :

Les perspectives ainsi ouvertes ne modifient en rien l'état du droit issu de l'arrêté préfectoral du 20 septembre 2011, ainsi que l'ensemble des implications, incertitudes et questions inhérentes à celui-ci.

— Le mois de **juillet 2012** se caractérise par une intensification brutale du débat public sur la nature et la portée des mesures adéquates en vue de la réduction du risque requin.

Le 18 juillet 2012 tout d'abord, une seconde mesure permanente est arrêtée par le préfet, usant de son pouvoir de police administrative générale en mer : l'interdiction du rejet en mer de tout produit de la mer, dans la bande des 2,5 milles nautiques à compter de la laisse de basse mer, expressément et exclusivement motivée par l'objectif de prévenir et/ou de tarir la source d'intérêt et de relative sédentarisation que ces rejets peuvent ou pourraient susciter chez les requins tigres et bouledogues[32]. Applicable à l'ensemble de La Réunion, cette mesure s'avère parfaitement cohérente avec la qualification du risque requin comme un potentiel de troubles à l'ordre public d'ampleur supra-communale, inhérente à l'arrêté du 20 septembre 2011 : il renforce donc la portée de cette qualification. Il importe d'insister sur deux aspects fondamentaux de cette interdiction : il s'agit de la première mesure officielle permanente à avoir pour objet d'agir sur l'aléa – la

---

http://www.seychellesnewsagency.com/articles/6534/Seychelles+Maritime+Safety+Authority+removes+safety+nets+at+Anse+Lazio+beach++years+after+shark+attacks (dernière consultation le 4 février 2021). Cette série survenant alors que La Réunion vient de connaître les débuts de sa « crise requin », la solidarité inter-îles consécutive trouve un écho au sein de la Commission de l'Océan Indien, dont la présidence était alors assurée par les Seychelles. Dans le cadre de réunions de travail tenues à La Réunion en décembre 2011, La Réunion et les Seychelles souhaitent instituer, au profit de l'ensemble des États membre de la C.O.I., une plateforme destinée à partager et comparer les données ainsi que les expériences pertinentes en matière de risque requin. Voir sur ce point B. GRAIGNIC, « La COI renforce l'axe Environnement et Transport », *Journal de l'Île de la Réunion*, 14 décembre 2011 – URL : https://www.clicanoo.re/Economie/Article/2011/12/14/La-COI-renforce-laxe-environnement-et-transports_192625 (dernière consultation le 4 février 2011). Probablement trop dépendante de la conjoncture seychelloise, cette velléité n'a pas connu de lendemain (il faut attendre décembre 2019 pour que les Seychelles connaissent une nouvelle attaque de requin).

[32] Arrêté n° 2012-1022 du 18 juillet 2012 interdisant le rejet en mer des produits de la mer à l'intérieur des 2,5 milles nautiques dans les eaux territoriales de La Réunion. L'interdiction est ainsi formulée : « *Le rejet en mer de produits de la mer frais, surgelés ou congelés, entiers ou non, prélevés ou détenus à bord de tout navire pratiquant la pêche professionnelle ou de plaisance est interdit à l'intérieur des 2,5 milles nautiques (env. 4,7 kilomètres) à partir de la laisse de basse mer de La Réunion* » (article 1). L'article exclut du champ de l'interdiction les « *techniques de pêche traditionnelle de saumurage et d'appatâge* », ce qui indique clairement que l'interdiction concerne l'immersion de déchets. Les motifs de fait tiennent à « *la présence observée et reconnue de requins aux abords des côtes réunionnaises et des risques qu'ils engendrent pour la sécurité des personnes* » et à « *la nécessité de sauvegarder les personnes et les biens dans le cadre des activités professionnelles, nautiques et de loisirs pratiquées à partir des côtes réunionnaises* ».

fréquentation des eaux côtières réunionnaises par des requins bouledogues et tigres – en vue de réduire le risque requin ; elle traduit la représentation d'une relation causale potentielle entre les rejets en mer visés et le risque requin.

En effet, c'est précisément la portée et les modalités de l'action sur cet aléa qui sont au cœur des débats consécutifs à l'attaque mortelle dont est victime Alexandre Rassiga sur le spot de Trois-Bassins le 23 juillet 2012. Alors député-maire de Saint-Leu, Thierry Robert sollicite tout d'abord auprès de l'État la restriction du périmètre de la Réserve naturelle marine de La Réunion. Dès le surlendemain de l'attaque de Trois-Bassins, le député soutient devant l'Assemblée nationale que cette Réserve est devenue le « *garde-manger* » (*sic*) des requins. Il en déduit – en substance – qu'en restreignant le périmètre de celle-ci, la masse de nourriture disponible diminuerait proportionnellement, de même par suite que la fréquentation des eaux proches du rivage les requins bouledogues et tigres[33]. Cette prise de position est manifestement sous-tendue par une certaine représentation de l'éco-socio-système littoral, caractérisée par une relation causale entre la réserve naturelle marine et le risque requin. Affichant sa volonté de ne pas restreindre la libre pratique du surf et de ne pas compromettre les activités économiques qui y sont liées, le maire de Saint-Leu affiche ensuite publiquement son soutien aux acteurs et associations favorables depuis 2011 à un programme officiel de pêche préventive des requins à La Réunion[34]. Il contribue ainsi à une polarisation de l'opinion publique, opposant un groupe pro-pêche et anti-réserve à un ensemble d'acteurs pro-réserve et anti-pêche. Le maire de Saint-Leu se joint d'abord au rassemblement organisé par la communauté du surf au port de Saint-Gilles le 29 juillet 2012[35]. Invoquant son pouvoir de police municipale en matière de gestion des « *animaux malfaisants et féroces* »[36], ainsi qu'un improbable pouvoir de substitution au Préfet en cas de carence de sa part s'agissant de la gestion de la Réserve marine, il défie dès le lendemain le Gouvernement *via* un arrêté autorisant la pêche aux requins-bouledogues sur l'ensemble du territoire de la commune, par tous moyens, en tous temps et par toute personne et en incitant de surcroît tout citoyen à s'y livrer en garantissant l'achat par la commune de tout spécimen supérieur à 1,5 mètre au prix de 2 euros

[33] Assemblée nationale Question au Gouvernement n° 37, 25 juillet 2012 – Outre-mer – DOM-ROM : La Réunion – Mer et littoral, accidents, attaques de requins, lutte et prévention. – M. Thierry Robert – Ministère des Départements et territoires d'outre-mer.

[34] Il s'agit notamment de Jean-François Nativel et de l'association *Océan Prévention Réunion* dont il est alors le président. Sur ses positions et son action durant la période, voir son ouvrage : J.-F. NATIVEL, *Requins à La Réunion. Une tragédie moderne*, auto-édition, 2015, 269 pp., spéc. pp. 17-84.

[35] *Idem*, spéc. p. 80.

[36] Sur ce pouvoir, voir le premier point de cette introduction. Nous insisterons notamment, dans un futur article, sur les problèmes juridiques que pose ce pouvoir.

le kilo (dans la limite de 30 spécimens)[37]. Cette mesure, radicalement et ostensiblement incompatible avec la réglementation applicable dans les différentes zones de protection de la réserve naturelle marine, est retirée par le maire de Saint-Leu dès le 31 juillet, après qu'il ait reçu du ministre des Outre-mer – il s'agit alors de Victorin Lurel – l'assurance que le préfet de La Réunion prendra des dispositions en faveur de la pêche préventive des requins dès la semaine suivante[38].

En définitive, le débat public du mois de juillet 2012 se focalise largement sur la problématique relative à la réduction de l'aléa que constitue la présence et la circulation de requins bouledogues et tigres à proximité immédiate des rivages réunionnais. Il n'est d'ailleurs pas à exclure que les incertitudes liées aux rôles respectifs de l'État et des communes s'agissant des mesures à prendre à l'égard des enjeux, ait pesé dans l'orientation du débat public vers la question des mesures envisageables à propos de l'aléa. Quoi qu'il en soit, la tournure des débats n'amène pas à questionner l'état du droit issu de l'arrêté préfectoral du 20 septembre 2011 : l'ensemble des implications, incertitudes et questions inhérentes à celui-ci reste valable et n'est pas mis en cause. Bien au contraire : ces dernières s'avèrent d'autant plus prégnantes que l'arrêté du 18 juillet 2012 confirme la qualification du risque requin comme un potentiel de troubles à l'ordre public d'ampleur supra-communale (inhérente à l'arrêté du 20 septembre 2011), tout en mettant en exergue la possibilité pour l'État de prendre d'autres mesures en vue d'y faire face.

• *Le contexte jurisprudentiel : la carence des autorités publiques dans la mise en œuvre de leur obligation de réduire le risque requin, reconnue en 2013 par le Conseil d'État*

L'attaque sur Fabien Bujon survient cinq jours après le retrait de l'arrêté municipal susmentionné (le 5 août 2012 donc), sur le spot de la Gauche de Saint-Leu (qui ne figure pas parmi les zones communales surveillées), alors qu'aucune mesure visant spécifiquement à réduire ou à prévenir le risque requin n'y est applicable en dépit de l'ampleur de ce dernier. Inévitablement, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'état du droit local issu des arrêtés préfectoraux des 20 septembre 2011 et 18 juillet 2012 a pu contribuer à la survenance de l'attaque

---

[37] Arrêté n° 284/2012 du 30 juillet 2012 portant autorisation de la chasse aux requins bouledogues sur tout le territoire maritime de la commune de Saint-Leu placé sous la responsabilité du Maire (du rivage jusqu'à une limite fixée à 300 mètres à compter de la limite des eaux) – cet arrêté est reproduit en annexe.

[38] Anonyme, « Saint-Leu – Thierry Robert revient sur sa décision – Le maire n'autorise plus la chasse aux requins », *Imaz Press Réunion*, 1er août 2012 – URL : https://www.ipreunion.com/requins/reportage/2012/08/01/saint-leu-thierry-robert-revient-sur-sa-decision,le-maire-n-039-autorise-plus-la-chasse-aux-requins,16672.html (dernière consultation le 4 février 2021).

de requin, tant en ce qui concerne l'État (auteur de ce droit) que la commune de Saint-Leu au titre de son attitude consécutive notamment au premier arrêté. Le 8 septembre 2014, soit deux ans environ après l'accident, la victime saisit la juridiction administrative en première instance en vue d'obtenir la réparation de divers préjudices subis en rapport avec l'attaque de requin (chiffrés à hauteur de 150.000 euros), estimant que ceux-ci ont pour principale cause une faute de l'État. Dans cette perspective très spécifique, la victime appelle ainsi la juridiction administrative à se prononcer sur certains éléments au moins de la problématique susmentionnée.

Il importe cependant de souligner qu'entre l'accident et la saisine de la juridiction administrative, une évolution juridique majeure est survenue avec l'ordonnance de référé-liberté dite « *Commune de Saint-Leu* » rendue par le Conseil d'État le 13 août 2013[39]. Nous avons à ce propos mis en évidence, dans le cadre d'une comparaison avec la situation juridique mauricienne, que le Conseil d'État s'est alors appuyé sur une obligation générale de « *réduction* » du risque requin[40]. Celle-ci exprime la particulière nécessité, en ce qui concerne ce risque, de concilier le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme (seul fondement juridique explicite de cette obligation d'après l'ordonnance) et d'autres exigences fondamentales (auxquelles la référence reste implicite dans cette ordonnance) : la libre pratique des sports et loisirs de nature, dont le rattachement à la liberté d'aller et venir et à la liberté personnelle – de valeur constitutionnelle – a été raffermi par le Conseil d'État dans le cadre du contentieux suscité par la crise sanitaire liée à la Covid-19[41] ; la protection de l'environnement, dont le statut constitutionnel a également été renforcé depuis, sous la forme d'un objectif de valeur constitutionnelle de portée générale consacré par le Conseil constitutionnel à partir d'une interprétation des motifs de la Charte de l'environnement[42]. Le Conseil d'État estime en

[39] C.E., ord., 13 août 2013, *Ministre de l'Intérieur c./ Commune de Saint-Leu* (affaire n° 370.902) – *A.J.D.A.*, 2013, p. 2105 (note O. LE BOT) ; *R.J.O.I.*, 2014, n° 18 (note L. PEYEN – URL : http://www.lexoi.fr/docannexe/file/5954/ce_refere_liberte_lpeyen3.pdf – dernière consultation le 9 février 2019) ; *Cah. Dr. Sport.*, 2013, n° 33 (note F. AUMOND).

[40] O. DUPÉRÉ, « L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes », *ibid.*

[41] C.E., ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette* (affaire n° 440.179) – *A.J.D.A.*, 2013, p. 2438 (note M. COTTEREAU).

[42] C.C., décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes* [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques] – *A.J.D.A.*, 2020, p. 425 et p. 1126 (note V. GOESEL-LE BIHAN et note F. SAVONITTO) ; *Gaz. Pal.*, 3 mars 2020 et 30 juin 2020 (note M. KAMAL et note S. SALLES) ; *J.C.P. G.*, 2020, p. 466 (note Y. AGUILA et L. ROLLINI) ; *Énergie – environnement – infrastructures : actualité, pratiques et enjeux*, mars 2020, n° 3 (note M. TORRE-SCHAUB) ; *Droit administratif*, avril 2020, n° 4 (note L. FONBAUSTIER) ; *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 24 février 2020 (note V. CHAMPEIL-DESPLATS) ; *L.P.A.*, 22 avril 2020 (note J. ATTARD) ; *J.C.P. A.*, 25 mai 2020 (note P. BILLET) ; *Dalloz,*

l'occurrence que la mise en œuvre de cette obligation doit combiner deux temporalités. Le premier est le temps long, consistant à « *déterminer les mesures les mieux à même de réduire les risques d'attaques de requins, et leur degré d'urgence* », ce qui nécessite de mettre en balance la « *faisabilité* » et « *l'efficacité* » des mesures envisageables d'une part, leurs « *coûts* » et leurs « *inconvénients* » d'autre part, et d'effectuer à cet égard un bilan « *au vu notamment des études scientifiques et des expérimentations menées* ». Le second temps est celui de l'urgence à agir en l'occurrence. D'une part, le risque requin réunionnais est caractérisé comme étant « *mortel* » et son intensité se trouve qualifiée de particulièrement « *exceptionnelle* ». D'autre part, la série de mesures prises jusqu'alors par les maires et l'État n'ont permis qu'une réduction insuffisante de ce risque, d'où une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie à laquelle il est nécessaire de remédier d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. En conséquence, il s'avère nécessaire de « *supprimer* » le risque requin en interdisant la pratique de la baignade et des activités nautiques, dès lors que ne pourrait être mis en œuvre un « *dispositif efficace de surveillance et d'alerte* », et de « *mettre en place une signalisation adaptée des interdictions ou des limitations de baignade et d'activités nautiques, en précisant clairement la nature des risques, ainsi que d'assurer une information sur ces interdictions et risques non seulement de la population permanente mais aussi des personnes ne résidant pas habituellement dans l'île et qui sont donc moins sensibilisées à ces risques* », et ce à titre provisoire : « *dans l'attente des effets éventuels des autres mesures annoncées ou envisagées* ». D'où les injonctions faites à l'État en l'occurrence.

Dans la perspective du recours en responsabilité introduit par Fabien Bujon, l'ordonnance du Conseil d'État est *a priori* des plus intéressantes en raison de son constat en pratique définitif d'une carence des autorités publiques réunionnaises dans la mise en œuvre de l'obligation générale de réduction du risque requin qui leur incombe, compte tenu du fait qu'il s'agit en l'occurrence d'un risque mortel exceptionnel, cette carence étant constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie : « *Considérant, il est vrai, qu'à la suite de la recrudescence des attaques de requins à La Réunion, des maires des communes concernées ont pris des arrêtés limitant l'accès aux plans d'eau des plages communales dans certaines circonstances ; que l'Etat a engagé un programme d'études sur le comportement des deux espèces de requins côtiers en cause, afin notamment d'étudier leur éventuelle sédentarisation ; que le préfet a pris des mesures d'interdiction de certaines activités nautiques, notamment par un arrêté du 19 décembre 2011*[43] *; qu'il résulte cependant de l'instruction que*

2020, p. 1159 (note S. MABILE et B. PARANCE) ; *Titre VII*, octobre 2020 (chron. T. PIAZZON ; E. CARTIER et J.-P. DEROSIER ; H. SURREL).

[43] Le Conseil d'État se trompe en ce qui concerne l'arrêté du 19 décembre 2011 qu'il invoque alors : celui-ci n'a pas été pris par le préfet de La Réunion, mais par le maire de la commune de

ces mesures étaient insuffisantes pour remédier à la situation résultant de la multiplication des attaques de requins, notamment de celles qui se sont produites à proximité du rivage ; qu'une situation aussi exceptionnelle, qui impose aux autorités publiques de déterminer d'urgence les mesures de leur compétence de nature à réduire ce danger, constitue, en l'espèce, une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit au respect de la vie […] »[44]. Puisque toute illégalité est en principe fautive[45], et compte tenu des caractères grave et manifeste de celle-ci, il est indubitable qu'elle constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité des personnes publiques concernées : communes et État[46], y compris potentiellement s'agissant du pouvoir de substitution dont dispose le préfet pour pallier les carences de l'autorité de police municipale[47]. Portée en août 2013, l'appréciation du Conseil d'État était-elle valable un an auparavant, le jour de l'attaque de requin sur Fabien Bujon ? La référence à des faits survenus en 2011 constitue un élément en ce sens, mais la rédaction de l'ordonnance est globalement trop imprécise pour permettre de cerner le moment à partir duquel la carence s'est trouvée constituée d'après le

Saint-Paul aux fins d'instituer un dispositif de surveillance à Boucan de 9h à 15h30 et d'interdire l'usage des engins de plage (arrêté n° 2011-825). Un arrêté municipal n° 2012-03 du 4 janvier 2012 puis un arrêté municipal n° 12110092 du 26 décembre 2012 l'ont ensuite modifié en un sens relativement moins restrictif.

[44] Cet intérêt a été souligné par la doctrine, en premier lieu par Olivier Desaulnay dans sa note sous le jugement rendu par le tribunal administratif de La Réunion (*R.J.O.I.*, 2018, spéc. p. 357).

[45] C.E., 30 janvier 2013, *Imbert* (affaire n° 339.918) – A.J.D.A., 2013, p. 792 (chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU) : « *en principe, toute illégalité commise par l'administration constitue une faute susceptible d'engager sa responsabilité, pour autant qu'il en soit résulté un préjudice direct et certain* ».

[46] Pour être de nature à engager la responsabilité de la personne publique concernée, une carence dans l'exercice des pouvoirs de police administrative devait traditionnellement être qualifiée de faute lourde : C.E., Section, 14 décembre 1962, *Doublet*, Rec. p. 680 (affaire n° 50.114) – *Dalloz*, 1963, p. 117 (conclusions M. COMBARNOUS) ; *A.J.D.A.*, 1963, p. 85 (chronique M. GENTOT et J. FOURRÉ). Cette jurisprudence a été abandonnée, une telle carence devant désormais recevoir la qualification de faute simple : C.E., 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. p. 464 (affaire n° 238.349) – *B.J.C.L.*, 2004, p. 60 (conclusions G. LE CHATELIER et note J.-C. BONICHOT) ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 988 (note C. DEFFIGIER) ; *J.C.P. A.*, 2004, 1053 (note J. MOREAU).

[47] La responsabilité de l'État, s'agissant de l'exercice ou de toute carence dans l'exercice du pouvoir de substitution dont dispose le préfet pour pallier les carences de l'autorité de police municipale, nécessite qu'il soit dans ce cadre l'auteur d'un fait dommageable qualifié de faute lourde : C.E., Section, 5 décembre 1958, *Commune de Dourgne*, Rec. p. 606 (avec les conclusions d'E. GULDNER) – *A.J.D.A.*, 1959, p. 40 (chronique M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT) ; *R.D.P.*, 1959, p. 950 (note M. WALINE). Cette jurisprudence est toujours valable aujourd'hui : C.E., 25 juillet 2007, *Société France Télécom* (affaire n° 283.000), *T.* p. 707 ; C.E., 25 juillet 2007, *Ministre d'État, Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire* (affaire n° 293.882). En l'occurrence, les caractères grave et manifeste de l'illégalité relevée constituent au moins de sérieux indices, sinon plus, en faveur de sa qualification de faute lourde.

Conseil d'État : si tel était indubitablement le cas le 13 août 2013, de quand datait exactement cette carence alors ?

Dans la perspective du recours en responsabilité administrative introduit par Fabien Bujon, et notamment de la détermination de la mesure dans laquelle l'état du droit local issu des arrêtés préfectoraux des 20 septembre 2011 et 18 juillet 2012 a pu contribuer à la survenance de l'attaque de requin – tant en ce qui concerne l'État (auteur de ce droit) que la commune de Saint-Leu au titre de son attitude consécutive notamment au premier arrêté – l'ordonnance rendue par le Conseil d'État pouvait donc être perçue aussi bien comme une aubaine que comme un défi.

• L'obligation de « prévention du risque d'attaques de requins » mobilisée par les juges du fond en l'affaire Bujon : quels rapports avec l'obligation de réduction du risque requin consacrée par le Conseil d'État ?

Pour traiter le recours en responsabilité administrative de Fabien Bujon, les juridictions du fond se sont appuyées sur une obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* ». À première vue, cette obligation paraît originale, car l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013 évoque une obligation générale de « réduction » du risque requin, qui se concrétise en l'espèce sous la forme d'une obligation pour l'État de veiller à la « suppression » de ce risque au vu de son caractère simultanément mortel et exceptionnel en l'occurrence et compte tenu du cadre procédural particulier que constitue le référé-liberté. La question se pose donc de savoir si l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » est susceptible de se rattacher à l'obligation générale de réduction du risque requin dégagée par le Conseil d'État dans l'ordonnance susmentionnée et, si oui, de quelle manière. Elle se pose d'autant plus que le Conseil d'État ne mentionne expressément aucune de ces deux obligations dans l'arrêt qu'il rend en 2019 en sa qualité de juridiction de cassation.

L'analyse du jugement et des deux arrêts rendus en l'affaire *Bujon* ne permet pas d'éclaircir l'ensemble des points pertinents en vue de répondre à la question des rapports qu'ils entretiennent avec l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013. Tout d'abord, les juridictions du fond ne se sont pas accordées quant au titulaire principal de l'obligation. S'agit-il des autorités publiques, et en particulier des autorités de police administrative, ainsi que cela ressort du jugement rendu par le tribunal administratif de La Réunion ? S'agit-il également des usagers de la mer concernés, auquel cas il s'avère nécessaire de distinguer la part de l'obligation qui leur incombe de celle qui revient auxdites autorités publiques, à l'instar de la conception retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux ? La transition entre ces deux conceptions est survenue sur un mode feutré : la seconde a simplement succédé à la première dans l'arrêt de la cour, mais le Conseil d'État n'a formellement fait droit à aucune de ces deux

conceptions. Par ailleurs, les appréciations des trois juridictions sont toutes viciées par diverses erreurs : le tribunal s'est manifestement trompé sur un point de droit essentiel en vue de la vérification de l'imputabilité de l'attaque de requin à la commune de Saint-Leu et le cas échéant à l'État (le surf n'était pas interdit sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque) ; la cour a repris cette erreur, et a de surcroît manifestement dénaturé certains faits tout aussi importants en vue de se prononcer sur la répartition de la charge de l'obligation de prévention du « *risque d'attaques de requins* » entre les autorités publiques et les usagers de la mer concernés ; si le Conseil d'État a vu et subrepticement gommé la première erreur, son comportement à ce titre ne fait qu'amplifier la portée de la seconde erreur, qui se trouve donc maintenue au prix d'une visibilité renforcée des incohérences des appréciations administratives et juridictionnelles en matière d'évaluation et de gestion du risque requin.

Il appert ainsi que les juridictions administratives ont toutes éprouvé de sérieuses difficultés à dire le droit en l'espèce, qui nuisent à la clarté et à la cohérence du droit applicable à la gestion du risque requin. Le rejet des prétentions du requérant par les trois juridictions laisse à cet égard dubitatif : celles-ci étaient-elles si infondées que ce rejet s'imposait nonobstant l'ensemble des variations juridiques que l'on constate d'une décision à l'autre ? Le requérant n'a-t-il pas au contraire été victime de ces variations ? Assurément, il importe de critiquer le manque de rigueur et de précision des juridictions administratives en l'espèce. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » consacrée par le tribunal administratif de La Réunion souffre certainement d'un degré de spécificité trop prononcé d'un point de vue juridique (I). Si cette obligation a été remodelée dans un sens systémique par la cour administrative d'appel de Bordeaux, le *satisfecit* qu'il importe de lui adresser pour cette modification bienvenue se heurte vite aux multiples imperfections du système ainsi conçu et mis en œuvre (II). Enfin, si rien ne semble subsister de l'obligation en question à l'issue de l'arrêt rendu par le Conseil d'État, très probablement soucieux de s'appuyer sur l'obligation de réduction du risque requin consacrée en 2013, il reste que la juridiction de cassation n'en tire pas toutes les implications nécessaires en l'occurrence. La démarche erratique des juridictions administratives en l'espèce semble donc traduire de multiples difficultés relatives à la conception et à la mise en œuvre de cette obligation, à la résorption desquelles il s'avère nécessaire d'œuvrer en capitalisant l'ensemble des leçons juridiques qui se dégagent de l'analyse critique des trois décisions juridictionnelles (III).

I. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » conçue par le tribunal administratif : une spécificité contestable

Victime d'une attaque de requin le 5 août 2012, alors qu'il surfait sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, le requérant demande à la juridiction administrative de reconnaître la responsabilité de l'État à cet égard. D'après lui, le Préfet de la Réunion n'aurait pas suffisamment exercé les compétences qui sont les siennes en vue d'assurer la sécurité publique, de sorte que l'accident serait directement dû à sa carence. Dans son jugement du 12 mai 2016[48], le tribunal administratif de la Réunion signifie clairement au requérant que ses conclusions, moyens et arguments n'ont aucune chance de prospérer devant lui. À la source de ce résultat se trouve une distinction entre deux obligations, à laquelle la juridiction réunionnaise a pris l'initiative de procéder : d'une part, une obligation spécifique de « *prévention du risque d'attaques de requin* » est mise à la charge des autorités de police administrative compétentes en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer concernés ; d'autre part, une obligation globale de prudence est imputée au surfeur averti de la réglementation et des risques de son activité. Dans une première partie à vocation analytique, nous détaillerons le cheminement qui mène le tribunal de cette distinction de principe au résultat évoqué plus haut (A). Toutefois, la distinction des deux obligations manque de cohérence : la juridiction réunionnaise se réfère effectivement à la réglementation de police en vigueur au moment de l'attaque afin de statuer sur les questions d'imputabilité liées à l'obligation globale de prudence du surfeur averti (B).

A. La distinction de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » des autorités de police administrative et de l'obligation globale de prudence du surfeur averti

Cette distinction caractérise l'ensemble du raisonnement développé par le tribunal administratif de La Réunion. C'est effectivement de manière cloisonnée que celui-ci consacre l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requin* » comme objectif spécifique inhérent aux polices administratives générales et spéciales pertinentes en vue de la sécurité des usagers de la mer (1), et se réfère à une obligation globale de prudence qui incombe au surfeur averti en ce qui concerne la détermination des conditions de sa pratique (2). Plus encore : relevant une double imprudence du surfeur, la juridiction réunionnaise exclut en

[48] T.A. La Réunion, 12 mai 2016, *Bujon* (affaire n° 1400880) – *R.J.O.I.*, 2018, p. 355 (note O. DESAULNAY, URL – dernière consultation le 17 février 2021 : https://droit-oi.univ-reunion.fr/fileadmin/Fichiers/droit-oi/Revues/25/RJOI_25_complet.pdf). Le texte du jugement a été reproduit en annexe.

conséquence tout contrôle juridictionnel des mesures de police pertinentes, en vigueur au moment de l'attaque, au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requin* » (3).

1. La « *prévention du risque d'attaques de requins* », un objectif spécifique inhérent aux polices administratives générales et spéciales pertinentes en vue de la sécurité des usagers de la mer

Tout en donnant *a priori* un certain crédit à la stratégie contentieuse du requérant, dont l'action en responsabilité est exclusivement dirigée contre l'État, la juridiction réunionnaise précise surtout à cette occasion que la « *prévention du risque d'attaques de requins* » constitue un objectif inhérent à l'ensemble des régimes de police administrative pertinents en matière de sécurité des usagers de la mer (considérant n° 3).

Le maire est certes compétent pour « *déterminer les mesures les mieux à même d'assurer la sécurité des usagers des lieux de baignade ou d'activités nautiques tels que le surf* [sic], *notamment par la prévention du risque d'attaques de requin* », sur le fondement du pouvoir de police administrative spéciale que lui attribue l'article L. 2213-23 du Code général des collectivités territoriales à titre principal, et de son pouvoir de police administrative générale pour le reste.

Mais la compétence du maire n'exclut pas celle du préfet à cette même fin (la « *prévention du risque d'attaques de requin* »), la formation de jugement insistant toutefois sur le caractère davantage conditionné de l'exercice de cette dernière. Les compétences du préfet incluent celle de prendre des mesures de police administrative générale dont le champ d'application excède le territoire d'une seule commune, ou destinées à pallier la carence de l'autorité de police municipale (article L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales). Elles comptent également celle de prendre des mesures de police administrative spéciale à l'intérieur du périmètre de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion, sur le fondement du décret (modifié) qui institue celle-ci[49].

Un point doit être relevé au sujet de la référence faite au régime réglementaire de la réserve marine. En effet, le tribunal administratif interprète ce dernier en considérant que certains au moins des pouvoirs de police administrative attribués à ce titre au préfet de La Réunion peuvent être mobilisés à des fins de sécurité des usagers de la mer (et donc de « *prévention du risque d'attaques de requins* »), nonobstant le fait qu'ils aient été institués en vue de la protection de

[49] Décret n° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 23 février 2007.
Décret n° 2014-542 du 26 mai 2014 modifiant le décret n° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 28 mai 2014.

l'environnement marin. Cette interprétation dispose d'une assise jurisprudentielle explicite, suite en particulier à un arrêt alors tout juste rendu par le Conseil d'État[50]. Elle pose évidemment une question d'importance : celle des conditions dans lesquelles l'objectif de sécurité des usagers de la mer peut être cumulé avec celui de protection de l'environnement marin. Si les tenants et aboutissants de cette interprétation ne sont guère développés, dans le jugement du tribunal administratif comme ailleurs, il est vrai que c'est d'une manière très abstraite que la juridiction réunionnaise la mentionne : il n'en est plus question dans la suite de sa décision[51].

2. L'imputation, au surfeur averti de la réglementation et des risques de son activité, d'une obligation globale de prudence concernant la détermination des conditions de sa pratique

L'imputation d'une obligation de prudence au surfeur constitue une opération intellectuelle qui, pour n'être guère apparente dans le jugement du tribunal, se trouve nécessairement impliquée par ses conclusions terminales estimant que le surfeur a fait preuve d'imprudence (a). Le processus qui conduit à cette imputation se trouve toutefois explicité, et permet de mettre en évidence que l'obligation de prudence ainsi imputée revêt une portée globale qui tranche avec le caractère spécifique de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » par ailleurs mise à la charge des autorités de police administrative. Tout d'abord, le tribunal souligne que des mesures générales de police administrative étaient applicables *in situ* à la baignade et aux activités nautiques

[50] C.E., 27 novembre 2015, *Commune de Saint-Leu* (affaire n° 381.826) : « *si le décret du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion a notamment pour objet d'interdire en principe toute atteinte aux animaux d'espèces non domestiques, d'interdire ou de réglementer la pêche professionnelle, de loisir et la pêche sous-marine et d'encadrer la circulation humaine et de véhicules nautiques, des autorisations dérogeant à l'ensemble de ces mesures peuvent être délivrées par le préfet en vue d'assurer la gestion de la réserve ; qu'en vertu du 2° de l'article 2 du décret précité, le préfet peut également prendre toutes mesures pour limiter les espèces surabondantes ou éliminer les espèces envahissantes ; qu'ainsi, le préfet peut notamment autoriser, à des fins de protection de la sécurité des personnes, des mesures de prélèvement des espèces dangereuses ; qu'il n'est, par ailleurs, pas établi que les mesures de protection prévues par le décret du 21 février 2007 favoriseraient, par elles-mêmes, la prolifération et la sédimentation des requins à l'abord des côtes de l'île de La Réunion ; que, par suite, la commune requérante n'est, en tout état de cause, pas fondée à soutenir que le décret litigieux dont elle a demandé l'abrogation porterait par lui-même une atteinte excessive à la sécurité publique et que pour ce motif la décision implicite attaquée serait entachée d'une erreur d'appréciation et méconnaîtrait l'article 16-1 de la loi du 12 avril 2000 relative aux relations des citoyens avec les administrations et le droit à la vie, garanti par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

[51] Nous reviendrons sur cette question dans une publication ultérieure, s'agissant notamment des enjeux de l'affaire *Commune de Saint-Leu* citée dans la note précédente.

le jour de l'attaque de requin (b). Ensuite, la formation de jugement met en évidence le fait que le surfeur avait nécessairement connaissance de la réglementation et des risques de son activité, cette connaissance déterminant l'imputation au surfeur d'une obligation globale de prudence dont la portée est fonction des éléments de cette connaissance (c).

a. L'imputation d'une obligation de prudence au surfeur : une opération intellectuelle implicite, décelable au vu des conclusions postérieures du tribunal relatives à son « *imprudence* »

Après avoir, dans le troisième considérant de son jugement, défini la « *prévention du risque d'attaques de requins* » comme un objectif spécifique inhérent à l'ensemble des polices administratives générales et spéciales pertinentes en vue de la sécurité des usagers de la mer concernés, le tribunal administratif de La Réunion développe un long quatrième considérant dont la finalité juridique apparaît difficile à cerner avec précision de prime abord.

La juridiction réunionnaise cite effectivement une série de mesures municipales et préfectorales de police administrative qui ont toutes pour objet de déterminer – à des titres divers – le cadre juridique de la baignade et des activités nautiques sur la commune de Saint-Leu ou sur l'ensemble du département, avant de préciser que le requérant avait connaissance au jour de son accident – « *n'ignorait pas* » – du fait « *qu'en ce lieu, la baignade et la pratique du surf étaient, en application des mesures de police prises par le maire et par le préfet, des activités soumises à restriction et ne pouvant s'exercer qu'aux risques et périls des pratiquants* » et du fait que « *le risque d'attaque de requin est accentué en fin de journée* ». Le rapport entre l'énumération des mesures de police administrative et l'objet du premier élément de connaissance est évident : le catalogue des normes pertinentes et applicables vise à justifier le caractère « restreint » de la baignade et de la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, et à préciser les bases juridiques de leur exercice aux risques et périls des pratiquants. Mais la formation de jugement s'en tient alors à un constat de fait : le surfeur victime était averti de ces éléments juridiques, complétés par un élément de savoir empirique tenant à l'accentuation du risque requin en fin de journée. Cette connaissance établie, les juges n'en tirent aucune conséquence d'ordre juridique à l'issue du considérant en question.

Dans la suite du jugement, le tribunal administratif parvient à la conclusion suivant laquelle l'attaque de requin est exclusivement imputable à l'« *imprudence* » du requérant : « *l'accident dont a été victime* [ce dernier] *le 5 août 2012 doit être regardé comme imputable à sa seule imprudence* » (considérant n°5). Cette conclusion implique plusieurs appréciations : d'abord, le requérant a méconnu une obligation de prudence qui lui incombait ; ensuite, l'attaque de requin est imputable à cette imprudence ; enfin, cette imputation est

la seule à pouvoir être mise en exergue en l'occurrence. En ce qui concerne le premier élément, force est de constater que la juridiction réunionnaise n'évoque pas sur un mode général l'obligation de prudence qui incombe au surfeur, contrairement à la démarche qu'elle a suivie s'agissant de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui échoit aux autorités de police administrative pertinentes.

Il semble donc bien que l'avertissement du surfeur sur la réglementation et les risques de son activité, relevé par le tribunal administratif à l'issue de son quatrième considérant, ait pour fonction implicite de justifier l'imputation à celui-ci d'une obligation de prudence dans la détermination des conditions de sa pratique. Ceci étant établi, il importe d'approfondir l'analyse des conditions dans lesquelles la juridiction réunionnaise procède à cette imputation.

b. Première étape de l'imputation : la mise en exergue des mesures générales de police administrative applicables à la baignade et aux activités nautiques le jour de l'attaque de requin

Les mesures de police mises en exergue par le tribunal administratif de La Réunion, à ce stade de son raisonnement, n'ont pas pour objet spécifique d'assurer la mise en œuvre de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe aux autorités administratives compétentes, et ne font l'objet d'aucune vérification de leur caractère approprié ou non au regard de cette dernière obligation. La formation de jugement se contente ainsi de mettre en valeur certains éléments du cadre juridique général régissant la baignade et les activités nautiques sur le territoire de la commune de Saint-Leu ou plus largement de La Réunion.

• La juridiction réunionnaise commence par recenser les mesures municipales pertinentes applicables au moment de l'accident. Celles-ci sont d'ordre général : elles n'ont pas été prises en vue de poursuivre spécifiquement l'objectif de « *prévention du risque d'attaques de requins* ».

D'une part, le tribunal relève qu'un arrêté municipal du 1er mars 2011 classe expressément le lieu de l'accident parmi les secteurs littoraux de la commune caractérisés comme étant « *dangereux* » au regard de leurs modes d'accès et de leurs autres caractéristiques (« *accès et site dangereux* »), où la charge des « *risques et périls* » revient exclusivement aux pratiquants et où une interdiction de la baignade se trouve applicable[52]. Il souligne également l'insistance de cet arrêté sur le fait que la charge des « *risques et périls* » pèse exclusivement sur les pratiquants, s'agissant de « *toute personne qui se baigne dans les zones non*

[52] Arrêté n° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint-Leu – reproduit en annexe.

surveillées signalées par des panneaux et dont l'accès est libre » (article 15 de l'arrêté).

D'autre part, la juridiction met en exergue le caractère « *explicite* » du panneau signalant, sur le site, la « *dangerosité des lieux* » et le « *fait que la baignade y était interdite* ». Elle insiste sur ce point, en citant la formule de signalisation – qui est la suivante : « *baignade interdite, site dangereux, accès à vos risques et périls* » – puis en relevant que celle-ci se trouve assortie d'une référence expresse à l'arrêté susmentionné.

Ces mesures municipales suivent certes de quelques jours l'attaque dont a été victime Éric Dargent sur le spot de surf de Trois-Roches – situé sur la commune de Saint-Paul – le 19 février 2011[53]. S'il est d'usage aujourd'hui de considérer cette attaque comme le marqueur du début de la « crise requin », cette représentation est anachronique puisqu'elle a été élaborée de manière rétrospective. Nonobstant sa localisation inédite au cœur de la station balnéaire, et en dépit des craintes et avertissements exprimés par ceux des usagers de la mer qui avaient observé la présence répétée de gros requins bouledogues dans le secteur les années précédentes[54], les autorités de police administrative compétentes – préfet et maires – ont considéré l'attaque d'Éric Dargent comme un accident d'ordre purement conjoncturel et non comme le reflet d'un problème public nécessitant une réponse administrative générale et durable. D'une part, les services de la préfecture ont estimé que l'accident se situait dans la norme statistique d'une attaque annuelle, et ne méritait donc pas de réaction particulière[55]. D'autre part, la maire de Saint-Paul, conformément à un certain usage, a mis en œuvre ses pouvoirs de police administrative pour interdire très temporairement la baignade et les activités nautiques sur le territoire de sa commune, en sorte que ces dernières sont alors vite redevenues possibles. Il en a été d'autant plus ainsi qu'aucune véritable pression sociale n'a trouvé alors à s'exercer sur ces diverses autorités : « *la première attaque de 2011 a été traitée comme un fait divers* », d'après un journaliste du *Journal de l'Île de La Réunion*[56] ; la communauté des surfeurs de Saint-Leu n'a pas considéré l'attaque,

[53] L'attaque n'a pas été mortelle, mais le surfeur a dû subir une amputation chirurgicale de sa jambe droite au-dessus du genou.

[54] Voir par exemple J.-F. NATIVEL, *Requins à La Réunion. Une tragédie moderne*, *op. cit.*

[55] Jean-Luc Hall, alors Directeur adjoint de la mer sud océan indien, écrit ainsi postérieurement : « *Lors des premières attaques de 2011, je n'avais bien évidemment pas pris la vraie mesure de ces tristes évènements. Les statistiques indiquaient qu'il y avait toujours eu des accidents sur l'île et j'avais tendance à penser que ces premières attaques correspondaient aux données existantes, espérant que le nombre de victimes n'aille pas au-delà de celui plus ou moins communément admis. Hélas, la répétition des drames m'a fortement interpellé* », in P. et S. DURVILLE – T. MULOCHAU, *Comprendre la crise requins à La Réunion*, *op. cit.*, spéc. p. 62.

[56] Romain Latournerie, in P. et S. DURVILLE – T. MULOCHAU, *Comprendre la crise requins à La Réunion*, *op. cit.*, spéc. p. 66.

survenue à une vingtaine de kilomètres au Nord, comme une menace pour la pratique du surf sur le territoire de « leur » commune[57]. Reflet de cette situation, l'unique motif de l'arrêté pris par le maire de Saint-Leu le 1er mars 2011 est d'un laconisme qui témoigne de l'absence de prise en considération de toute situation inédite : « *il est de l'intérêt général de prescrire des mesures propres à prévenir les accidents sur les plages, d'y faire respecter l'ordre public et de garantir la sécurité de la baignade* ».

• Le tribunal recense ensuite les mesures préfectorales pertinentes, applicables au moment de l'accident. Une mesure spécifiquement conçue en vue de la gestion du risque requin réunionnais, mais dont seuls les éléments généraux sont mis en exergue par la juridiction réunionnaise, voisine à ce titre avec le rappel préfectoral d'une mesure réglementaire nationale dont l'objet est éminemment général.

S'agissant des mesures contenues dans l'arrêté du 20 septembre 2011, il met en exergue la portée « *plus générale* » de celle rappelant que l'article L. 2213-23 du Code général des collectivités territoriales attribue aux seuls usagers de la mer la charge des risques et périls de la baignade et des activités nautiques pratiquées « *hors des zones surveillées et des périodes de surveillance* », par rapport à l'interdiction de toute activité nautique au sein de ces zones lorsque le drapeau rouge est hissé (ce qui suppose que l'on soit dans le temps de surveillance)[58]. Ce rappel a pour objet d'insister sur l'applicabilité de ces dispositions générales du code général des collectivités territoriales en vue, spécifiquement, de la « *prévention du risque d'attaques de requins* ». En effet, l'arrêté a été pris au lendemain de l'attaque de Mathieu Schiller sur le spot de surf de Boucan-Canot, le 19 septembre 2011[59]. Même si le drapeau rouge avait été

[57] Christophe Mulquin, qui fait partie de cette communauté et exerce alors les fonctions d'entraîneur des équipes de France junior de surf, écrit ainsi quelques années plus tard : « *Historiquement à La Réunion, les surfeurs se divisent en territoires : il y a ceux de Boucan, ceux des Roches à Saint-Gilles, ceux de Trois-Bassins qui rassemblent une frange plus éclectique de pratiquants, ceux de Saint-Leu, les plus durs, qui s'allient souvent à ceux d'Étang-Salé, puis ceux de Saint-Pierre qui sont respectés par tous les autres car la vague est la plus consistante. Chacun a alors regardé les premières attaques de loin, sans se sentir vraiment concerné lorsque ce n'était pas son territoire* », in P. et S. DURVILLE – T. MULOCHAU, *Comprendre la crise requins à La Réunion*, *op. cit.*, spéc. p. 82.

[58] Arrêté n° 1400 du 20 septembre 2011 portant interdiction des activités nautiques pratiquées avec des engins de plage et des engins non immatriculés lorsque le drapeau rouge vif est hissé sur les plages et lieux de baignade. Le rappel en question est effectué à travers l'article 3 de cet arrêté, tandis que l'interdiction de la baignade et des activités nautiques en période de « drapeau rouge » est prévue par son article 1er. Pour plus de précisions quant à la portée de cet arrêté, nous renvoyons aux analyses pertinentes de l'introduction.

[59] Mathieu Schiller a été chargé à plusieurs reprises par un requin bouledogue de très grande taille, et vraisemblablement par plusieurs autres spécimens de la même espèce, alors qu'il

hissé par les maîtres-nageurs-sauveteurs de la commune de Saint-Paul en raison de la puissance des vagues, les conditions environnementales étaient favorables à la pratique du surf. L'arrêté préfectoral a deux objets complémentaires : préciser expressément que la prévention du risque d'attaques de requin relève de la compétence du maire au titre de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales ; spécifier à cet égard que le drapeau rouge hissé a pour objet de matérialiser une interdiction de la baignade et de toutes activités nautiques – y compris celles utilisant la force motrice des vagues donc – au sein des zones surveillées et pendant le temps de surveillance[60] (le décret du 8 janvier 1962 n'attribuant formellement au drapeau rouge que la signification d'une interdiction de baignade[61], il incombe normalement aux maires de régler le régime applicable au surf à cet égard[62] ; l'arrêté préfectoral du 20 septembre 2011 a donc pour objet de fixer un régime temporaire applicable sur l'ensemble du

---

pratiquait le bodyboard et se trouvait à une vingtaine de mètres du rivage en compagnie d'autres surfeurs. Rien de son corps n'a jamais pu être retrouvé.

[60] L'article 1er de l'arrêté prévoit que : « *Les activités nautiques pratiquées avec des engins de plage et des engins non immatriculés sont interdites dans la bande des 300 m à compter de la limite des eaux lorsque le drapeau rouge vif tel que défini au 2° a) de l'article premier du décret n° 62-13 du 8 janvier 1962 est hissé sur décision de l'autorité municipale sur les plages et lieux de baignade* ».

[61] Décret n° 62-13 du 8 janvier 1962 relatif au matériel de signalisation utilisé sur les plages et lieux de baignade, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 12 janvier 1962, p. 369. Son article 1er prévoit que « *Le matériel de signalisation utilisé sur les plages et lieux de baignade, situés ou non en bordure de mer, est constitué par : 1° Un mât pour signaux, bien placé en évidence, de couleur blanche, d'une hauteur variable suivant l'étendue de la plage ou du lieu de baignade, mais de dix mètres au minimum ; 2° Des signaux à hisser sur ce mât, à savoir : a) Un drapeau rouge vif, en forme de triangle isocèle (longueur de la base : 1,50 mètre ; hauteur : 2,25 mètre), ce signal hissé en haut du mât signifiant : 'interdiction de se baigner' […]* ».

[62] En précisant que le drapeau rouge signifie une « *interdiction de se baigner* », le décret de 1962 se réfère clairement à la baignade comme activité, et non pas au lieu où une telle activité se pratique (avec d'autres éventuellement). Meilleur spécialiste français du droit des baignades, Christian Belhache soutient en substance le contraire, mais l'absence de justification de son propos ne permet pas d'y adhérer (C. BELHACHE, *Le droit des baignades*, Paris, Berger-Levrault, collection « Les indispensables », 7ème édition, 2018, 988 pp., spéc. n° 300-307). Le décret de 1962 ayant été adopté où les actuelles « activités nautiques » étaient encore très réduites, sa mise à jour est nécessaire pour couper court à toute hésitation. Cette réforme est actuellement en cours, notamment suite à la volonté du ministère en charge des sports de tenir compte des normes techniques internationales adoptées en la matière ces quinze dernières années (norme ISO 20712-2:2007 – *Signaux de sécurité relatifs à l'eau et drapeaux de sécurité pour les plages - couleur, forme, signification et performance* ; et norme ISO 20712-2:2020 – recommandations d'uilisation associées). Dans cette perspective, l'AFNOR a rendu publique en juin 2020 la norme spéciale d'application volontaire X50-001 – *Zones de baignade - Signalétique des zones de baignade publique et d'activités aquatiques et nautiques*. Cette norme sert de base aux travaux d'élaboration d'un décret qui devrait venir se substituer au décret de 1962 en 2022 – sur ce point, voir par exemple AFNOR, « Vacances : des drapeaux de plage aux normes », 24 juillet 2020, URL : https://normalisation.afnor.org/actualites/vacances-drapeaux-de-plage-aux-normes/ (dernière consultation le 28 août 2021).

département, et pour effet pratique de priver les maires de la faculté de régler différemment la question pendant la période concernée, sauf à prendre des mesures plus restrictives lorsque les circonstances locales le nécessiteraient). En effet, cette assimilation du surf à la baignade est alors explicitement motivée par la poursuite de l'objectif de prévention du risque requin : « *considérant les attaques par des requins de personnes pratiquant des activités nautiques, survenues sur la bande côtière de La Réunion depuis février 2011* ». Sa vocation est définie comme étant transitoire : le nouveau régime applicable aux activités utilisant la force motrice des vagues doit s'appliquer jusqu'à la mise au point d'une « *signalétique spécifique destinée à prévenir les risques d'attaque par des requins de pratiquants d'activités nautiques telles que le surf, le bodyboard,…* », laquelle doit nécessairement servir à matérialiser des mesures relevant d'un régime propre à ces activités – c'est-à-dire, différent de celui applicable en matière de baignade. C'est dans le prolongement de ce nouveau contexte juridique, caractérisé par la confirmation de la compétence de principe du maire en vue de la prévention du risque d'attaques de requins et par l'apparition d'une réglementation et d'une signalétique propres à la pratique du surf à La Réunion, que se situe le rappel réglementaire de l'attribution légale aux pratiquants de la charge des risques liés à la pratique des activités nautiques hors zones et périodes de surveillance.

S'agissant des mesures prévues par un arrêté du 15 juillet 2008, la formation de jugement relève la présence de restrictions « *quant aux heures d'utilisation des engins de plage, notamment ceux destinés à la pratique du surf* », et prend la peine de citer la restriction pertinente : ces engins sont « *autorisés à circuler depuis le lever du soleil jusqu'à une heure avant son coucher* »[63]. Si cet arrêté a ainsi pour objet de restreindre à la période diurne la pratique des sports de glisse, il ne fait que réitérer une norme réglementaire nationale dont l'objet est de garantir la sécurité générale de la navigation maritime[64].

---

[63] Arrêté n° 1744 du 15 juillet 2008 portant réglementation générale de la circulation des navires, des engins de plage et de sports nautiques dans les eaux maritimes de la Réunion. La restriction en question est définie par l'article 5 de cet arrêté.

[64] Cette norme réglementaire nationale est aujourd'hui l'article 240-2.08 de l'arrêté ministériel du 6 mai 2019 remplaçant l'arrêté du 23 novembre 1987 relatif à la sécurité des navires, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 12 mai 2019, texte n° 20. Ces arrêtés ont pour base juridique le décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à la prévention de la pollution, à la sûreté et à la certification sociale des navires, *J.O.R.F., Lois et décrets*, 1er septembre 1984, p. 2778 (modifié). Ce décret lui-même a vocation à assurer l'application de la loi n° 83-581 du 5 juillet 1983 relative à la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires et la prévention de la pollution, *J.O.R.F., Lois et décrets*, p. 2063 (modifiée). Cet ensemble juridique permet à la République française de mettre en œuvre diverses conventions internationales initialement conclues dans les années 1970, notamment celle signée à Londres le 1er novembre 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (convention dite « SOLAS » – acronyme de l'expression « *Safety Of Life At Sea* »).

c. Seconde étape de l'imputation : la mise en exergue de l'avertissement du surfeur, au jour de l'attaque de requin, au sujet de la réglementation et des risques de son activité

La démarche du tribunal sera ici d'abord déconstruite, avant d'être analysée d'un point de vue théorique.

• Le tribunal administratif souligne qu'au vu tant de la haute expérience de la pratique du surf que de la « connaissance particulière » du spot de la Gauche de Saint-Leu qui caractérisent le requérant[65], celui-ci avait nécessairement connaissance de – « *n'ignorait pas* » – plusieurs éléments.

Le premier tient à l'application, sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, d'un cadre réglementaire de la pratique de la baignade et du surf destiné à garantir la sécurité publique (« *la baignade et la pratique du surf étaient, en application des mesures de police prises par le maire et par le préfet, des activités soumises à restriction* »). La juridiction administrative vise ici toutes les limites posées par la réglementation à la libre pratique de la baignade et des sports de glisse en mer, indépendamment de leur nature (interdiction et limitations précédemment énumérées). Elle cible ainsi le fait que le requérant savait nécessairement, de par son niveau élevé d'expérience – en tant que pratiquant du surf – et sa connaissance approfondie du lieu surfé, que sa liberté se trouvait limitée par des mesures prises par les autorités publiques en vue de garantir la sécurité des usagers de la mer, et ainsi que les circonstances locales n'étaient globalement pas propices à cette sécurité en elles-mêmes.

Le second tient à l'attribution légale et réglementaire, aux pratiquants, de la charge des risques liés à la pratique de la baignade et du surf (celles-ci constituent des « *activités* […] *ne pouvant s'exercer qu'aux risques et périls des pratiquants* »). La juridiction administrative traite ici de la charge de l'ensemble des risques inhérents à la pratique de la baignade et des sports de glisse en mer, indépendamment de leur nature (le risque d'attaques de requins n'est alors que l'un d'entre eux à ce titre). Elle cible ainsi le fait que le requérant savait nécessairement, de par son niveau élevé d'expérience – en tant que pratiquant du surf – et sa connaissance approfondie du lieu surfé, que sa décision de pratiquer

[65] En ce qui concerne le degré de connaissance indispensable à la pratique du surf, il importe de souligner, d'un point de vue bien plus général que celui nécessaire à l'étude du cas, que la difficulté intrinsèque de l'activité, combinée à la très grande variation des conditions de sa pratique en fonction des différents spots, justifient que le « *surf de mer* » fasse l'objet d'un régime juridique spécifique d'après le code du sport. L'article L. 212-2 de ce dernier prévoit ainsi que lorsqu'une activité sportive « *s'exerce dans un environnement spécifique impliquant le respect de mesures de sécurité particulières* », l'encadrement de cette activité nécessite la détention d'un diplôme délivré par l'autorité administrative. L'article R. 212-7 dudit code range le « *surf de mer* » parmi ces activités sportives.

le surf impliquait nécessairement d'accepter l'ensemble des risques inhérents à cette pratique (y compris implicitement le risque d'attaques de requins et les conséquences de son éventuelle concrétisation), acceptation que doit normalement concrétiser la conduite du pratiquant consistant à déterminer puis mettre en œuvre les conditions de pratique adaptées au vu de ces risques.

Le troisième élément a pour objet de spécifier le second à certains égards. Il s'agit du niveau accru du risque requin à l'approche de la nuit (« *le risque d'attaque de requin est accentué en fin de journée* »). Davantage que l'existence d'un risque requin d'un point de vue général, le tribunal vise ici celle d'un risque requin aggravé avec l'approche de la nuit – dans sa généralité, ce risque est donc indistinctement rattaché à l'ensemble des risques dont l'acceptation est inhérente à toute décision de mise à l'eau. Il cible ainsi le fait que le requérant savait nécessairement, de par son niveau élevé d'expérience – en tant que pratiquant du surf – et sa connaissance approfondie du lieu surfé, que sa décision de pratiquer alors le surf impliquait un risque requin aggravé.

Dans la mesure où l'avertissement du surfeur à ces trois égards conduit implicitement mais nécessairement la juridiction administrative à lui imputer une obligation de prudence, il est alors possible de préciser ses implications en l'espèce : le respect des restrictions imposées à la baignade et aux activités nautiques en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer concernés, compte tenu de l'ensemble des dangers du site ; à titre subsidiaire (à défaut de restrictions applicables et/ou en cas de violation des restrictions éventuellement existantes), la détermination puis la mise en œuvre par chaque usager de la mer des conditions de pratique adaptées aux risques inhérents à toute mise à l'eau, et ce spécialement en vue de tirer les conséquences de l'aggravation du risque requin à l'approche de la nuit.

• La démarche ainsi suivie par le tribunal administratif doit voir son analyse approfondie d'un point de vue théorique.

En premier lieu, la particularité de la démarche du tribunal doit être soulignée. D'une part, l'obligation de prudence mobilisée a une finalité générale en ce qu'elle vise à la prévention de tous les risques liés à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, ce qui la distingue de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » jugée inhérente à l'ensemble des polices administratives pertinentes en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer concernés (et qui ne concerne donc que le risque requin). D'autre part, si cette obligation a une portée générale en ce qu'elle se réfère à la détermination de l'ensemble des conditions de nature à prévenir ces risques, elle a tout à la fois une portée spécifique en ce qu'elle se réfère également à des comportements prédéterminés en vue de cette prévention (l'interdiction de pratiquer le surf sur le spot ; l'interdiction de circulation de certains engins nautiques à compter de

l'heure précédant le coucher du soleil). Enfin, cette obligation trouve ses sources formelles dans de multiples fondements juridiques exprès, tant législatifs que réglementaires. De ces trois constats, il ressort que la démarche du tribunal est de s'appuyer sur l'ensemble des normes juridiques formellement applicables et pertinentes pour construire une obligation de prudence la plus adéquate possible en vue de son imputation à tout surfeur averti du spot de La Gauche de Saint-Leu. De cette recherche d'adéquation et du caractère composite de l'obligation de prudence qui en découle, il résulte que la démarche du tribunal diffère de celle qui consisterait à appliquer une obligation de prudence de portée générale ou spécifique, expressément posée par une norme juridique dont le champ d'application serait plus ou moins général et spécial[66]. Pour exprimer cette différence, nous dirons que l'obligation de prudence construite en l'espèce par le tribunal administratif de La Réunion constitue une **obligation globale de prudence** (voir figure 1 ci-dessous).

En second lieu, cette démarche particulière semble bien être une conséquence du recours du tribunal à la technique du standard. Tout indique que la formation de jugement s'est spécifiquement posé la question de savoir quel contenu conférer à l'obligation de prudence de tout surfeur averti, c'est-à-dire de tout « *surfeur expérimenté et* [qui] *connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint-Leu* »[67], au lieu de fondre son appréciation dans la recherche d'un éventuel manquement à ladite obligation[68]. L'imputation de l'obligation globale de prudence au requérant résulte ainsi de sa qualification de « *surfeur expérimenté et* [qui] *connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint-Leu* ».

La formation de jugement, qui a manifestement voulu rendre apparent le caractère méthodique de ses appréciations, devait alors se prononcer sur le point de savoir si le requérant a ou non manqué à cette obligation globale de prudence. À cet égard, la juridiction réunionnaise estime que le surfeur a commis deux imprudences, et exclut en conséquence tout contrôle des mesures de police administrative alors applicables au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe à leurs auteurs respectifs.

---

[66] Cette deuxième hypothèse est celle qu'analyse à titre exclusif G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, Thèse Droit, Bordeaux, 2020, 745 pp., spéc. n° 156-186.

[67] Sur la technique du standard appliquée à la victime en droit de la responsabilité administrative, voir G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 200-214.

[68] C'est dans cette dernière perspective que la question est évoquée par G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 199-254.

3. L'imprudence du surfeur relevée par le tribunal, cause d'exclusion de tout contrôle juridictionnel des mesures de police au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Estimant en l'espèce que le surfeur a complètement méconnu l'obligation globale de prudence qui lui incombait en ce qui concerne la détermination des conditions de sa pratique (a), le tribunal en déduit que le fait dommageable – l'attaque de requin – a pour cause unique cette imprudence intégrale, d'où l'exclusion de tout contrôle juridictionnel des mesures de police au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » (b).

a. L'obligation globale de prudence du surfeur averti concernant la détermination des conditions de sa pratique : une mise en œuvre inexistante en l'espèce d'après le tribunal

Le tribunal ne relève pas de manière spécifique l'imprudence intégrale du surfeur qu'il y a lieu de constater d'après lui, celle-ci étant mentionnée dans le cadre d'un raisonnement plus global que le considérant n° 5 a pour fonction d'exposer. Toutefois, cette appréciation ressort nettement de la confrontation de plusieurs propositions expresses figurant dans ce raisonnement, qui traduisent la mise en œuvre d'une méthode de recherche d'un éventuel manquement que Geoffrey Beyney a qualifiée d'« *'in abstracto subjective'* »[69].

Dans un premier temps, la formation de jugement relève d'un point de vue objectif la contrariété qui existe entre le comportement du requérant et chacune des deux implications de l'obligation globale de prudence susmentionnées. La première proposition du considérant n° 5 met tout d'abord en exergue la contrariété entre le comportement de celui-ci et la première implication de cette obligation (le respect des restrictions imposées à la baignade et aux activités nautiques en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer concernés, compte tenu de l'ensemble des dangers du site). En effet, le requérant a laissé libre cours à son envie de pratiquer le surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, alors qu'y était en vigueur – d'après le tribunal – une interdiction de se livrer à cette activité (il a « *estimé devoir pratiquer le surf en un lieu où cette activité était prohibée* »). Dans la même proposition, la juridiction réunionnaise souligne qu'en outre le comportement du requérant est également contraire à la seconde implication de l'obligation globale de prudence (la détermination puis la mise en œuvre par chaque usager de la mer, en cas d'absence de restriction et/ou de violation des conditions de pratique adaptées aux risques inhérents à toute mise à l'eau, et ce spécialement en vue de tirer les conséquences de l'aggravation du risque requin à l'approche de la nuit). En effet, le requérant « *a prolongé sa pratique après 17 heures alors que la plupart des autres surfeurs avaient regagné le rivage* ». Il

[69] *Idem*, spéc. n° 187-290.

importe de préciser la portée de ce constat à vocation objective. D'une part, la fixation d'un seuil à 17 heures résulte manifestement de la prise en considération de la règle nationale, reprise par la réglementation préfectorale, fixant une interdiction de la circulation de certains « *engins* » nautiques au-delà de l'heure précédant le coucher de soleil. En effet, l'heure du crépuscule civil est précisément 18h00 le 5 août 2012[70]. D'autre part, le juge exploite cette réglementation dans le cadre d'une analyse du risque, et non de la régularité de la situation du requérant. L'explication tient à ce que le tribunal considère par ailleurs que la réglementation municipale prohibe d'une manière générale et absolue la pratique du surf sur le spot en question. Enfin, la formation de jugement procède à une comparaison objective entre le comportement du requérant (qui est resté dans l'eau) et celui de « *la plupart des autres surfeurs* », ce dernier étant manifestement jugé représentatif de celui qu'on est en droit d'attendre de tout « *surfeur expérimenté et* [qui] *connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint-Leu* ».

Dans un second temps, le tribunal rappelle avoir imputé au surfeur ladite obligation globale de prudence dans la détermination des conditions de sa pratique : « *comme il a été dit ci-dessus,* [le surfeur] *avait connaissance du risque auquel il s'exposait en pratiquant le surf en ce lieu et, plus encore, en prolongeant sa pratique à une heure avancée de la journée* » (troisième proposition du considérant n° 5). À ce stade du raisonnement juridictionnel, un tel rappel implique nécessairement d'imputer au surfeur les deux contrariétés précédemment relevées, c'est-à-dire de relever son imprudence intégrale en l'occurrence. En effet, comme le souligne de manière synthétique et générale Geoffrey Beyney : « *Lorsque la victime agit malgré la connaissance du risque, son attitude est d'autant plus irréfléchie. En effet, la connaissance du risque, mettant en lumière sa conscience du résultat dommageable, aurait dû inciter la victime à ne pas agir comme elle l'a fait. Or, agissant malgré tout, elle savait que son fait pouvait être dommageable. Elle n'a pas adapté son comportement afin d'éviter le dommage* »[71]. À ce propos, deux degrés successifs de prudence transparaissent ainsi dans le jugement du tribunal administratif : celle dont le requérant aurait dû faire preuve en ce qui concerne sa mise à l'eau (il aurait dû respecter l'interdiction de la pratique du surf, que la juridiction réunionnaise estime en vigueur sur le spot le jour de l'accident) ; celle dont il aurait dû faire preuve en ce qui concerne son maintien dans l'eau (il aurait dû, à tout le moins, ne pas prolonger aussi tardivement sa pratique). Le raisonnement du juge administratif repose ainsi sur un dégradé de qualifications prudentielles : les deux

[70] Source : https://www.sunrise-and-sunset.com/fr/sun/la-reunion/saint-leu/2012/aout (dernière consultation le 21 février 2021).
[71] G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 555, et plus largement n° 517-555.

extrêmes de ce dégradé sont la prudence complète (ne pas se mettre à l'eau) et l'imprudence totale (se mettre à l'eau et y prolonger sa présence malgré la tombée de la nuit) ; entre ces deux extrêmes, une transition mêlant intimement imprudence (se mettre à l'eau) et prudence (ne pas y prolonger sa présence jusqu'à la tombée de la nuit). Ce point présente un intérêt pour la conceptualisation de l'**obligation globale de prudence** évoquée plus haut : il permet de mettre en évidence que dans ce cadre, l'obligation générale de prudence compte, parmi ses fonctions, celle de mitiger les conséquences de tout irrespect des obligations spécifiques de prudence éventuellement applicables (voir figure 1 ci-dessous).

b. L'imprudence intégrale du surfeur averti, cause unique du dommage subi par la victime de l'attaque de requin d'après le tribunal

Pour juger que les préjudices liés à l'attaque de requin ont pour cause unique l'imprudence intégrale du surfeur averti, le tribunal administratif combine visiblement le relevé de cette imprudence avec un constat de fait qu'il a voulu irréprochable : « *il est établi, au vu notamment des procès-verbaux de gendarmerie, que l'attaque de requin est survenue vers 17h15* » (deuxième proposition du considérant n° 5). C'est effectivement du cumul de ces « *conditions* » que la formation de jugement déduit que « *l'accident dont a été victime* [le surfeur] *le 5 août 2012 doit être regardé comme imputable à sa seule imprudence* » (quatrième proposition du considérant n° 5). De cette unicité de la cause juridique du préjudice découle une importante conséquence, l'exclusion de tout contrôle juridictionnel des mesures de police au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe aux autorités administratives compétentes : « *par suite, et sans qu'il soit besoin de prendre position sur le caractère suffisant ou non, à la date de l'accident, des mesures qui avaient été prises par le maire de Saint-Leu et le préfet de La Réunion en vue de limiter le 'risque requin', les consorts* [Bujon] *ne sont pas fondés à rechercher la responsabilité de l'État au titre des conséquences dommageables de l'accident du 5 août 2012* ». Jugeant que le fait générateur du dommage réside uniquement dans le comportement fautif de la victime, le tribunal écarte ainsi toute possibilité de responsabilité des personnes publiques pertinentes en l'espèce (commune de Saint-Leu et État)[72].

[72] Il s'agit bien d'une exclusion de responsabilité, et non d'une exonération de responsabilité comme semble l'avoir estimé Olivier Desaulnay (*R.J.O.I.*, 2018, spéc. p. 355). Indépendamment de sa portée – totale ou partielle – une exonération suppose que la responsabilité d'une personne publique soit établie en premier lieu, avant que le juge n'estime nécessaire d'effacer à due proportion le lien de causalité qu'il a établi en premier lieu entre le fait de la personne publique et le préjudice, en conséquence de l'existence d'un fait extérieur à celle-ci dont il estime qu'il a joué un rôle causal dans la production du dommage. Sur ces points, voir G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 1463 et s.

L'heure de l'attaque de requin, si elle reste approximative, est toutefois jugée suffisamment précise et pertinente par le tribunal pour qu'il lui soit possible d'en déduire un rapport direct entre l'attaque en question et l'imprudence du surfeur averti. Un tel rapport justifie certainement une imputation de l'attaque de requin à l'imprudence du surfeur. Il aurait d'ailleurs été d'autant plus direct que l'attaque se serait produite tardivement. Le caractère intégral de l'imprudence justifie quant à lui que cette dernière soit considérée comme étant la cause unique du préjudice allégué par la victime, provoquant l'exclusion de tout contrôle juridictionnel des mesures de police au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe aux autorités administratives compétentes. La juridiction réunionnaise n'aurait donc accepté d'effectuer un tel contrôle juridictionnel que dans un certain nombre d'hypothèses, non vérifiées en l'espèce d'après elle : le respect au moins partiel, par le surfeur averti, des implications de l'obligation globale de prudence qui lui est imputable ; l'impossibilité d'imputer au surfeur, dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait pas été averti ou n'aurait été averti que d'une manière insuffisante, les contrariétés objectives de son comportement vis-à-vis de ces implications juridiques.

Ces dernières considérations permettent de mettre en exergue les limites d'une obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » conçue comme étant réservée aux autorités de police administrative compétentes en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer, c'est-à-dire déconnectée de l'obligation de prudence incombant aux usagers avertis. Il convient désormais de développer la critique à ce propos.

B. La nécessité d'articuler l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » des autorités de police administrative et l'obligation générale de prudence du surfeur averti

Si le tribunal administratif a visiblement conçu l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » comme étant spécifique par rapport à l'obligation de prudence qui incombe aux usagers de la mer avertis, il est clair que cette spécificité doit être relativisée : les deux obligations doivent être articulées. En effet, il ressort de son jugement même que la portée de l'obligation globale de prudence du surfeur averti dépend directement de l'interprétation donnée à la réglementation de police applicable, ce sur quoi l'on insistera d'un point de vue analytique mais aussi et surtout critique (1). De surcroît, il apparaît que le caractère approprié de ces mesures de police au vu de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » conditionne le caractère raisonnable des implications de l'obligation globale de prudence du surfeur averti (2).

1. L'obligation globale de prudence du surfeur averti : une portée directement dépendante de l'interprétation donnée à la réglementation de police applicable

Le jugement rendu par le tribunal administratif de La Réunion permet de vérifier cette dépendance directe à deux égards. Ainsi que cela résulte de l'analyse de sa décision, une part essentielle des appréciations de la juridiction réunionnaise, qu'il s'agisse d'imputer au surfeur une obligation globale de prudence dans la détermination des conditions de sa pratique ou – postérieurement – d'imputer intégralement à son imprudence l'attaque de requin dont il a été victime, repose sur l'interdiction du surf que la juridiction juge en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'accident. Il s'agit maintenant de voir que le rapport en question se vérifie également d'un point de vue critique. En effet, considérer qu'une telle interdiction existe au moment de l'accident constitue une méprise difficilement compréhensible de la part d'une juridiction administrative : une telle interdiction est tout simplement introuvable (a), une éventuelle interprétation en ce sens des mesures de police en vigueur à la date de l'attaque n'est pas susceptible ne serait-ce que d'un début de justification (b), et la méprise s'avère lourde de conséquence puisqu'en l'absence d'une telle interdiction, il est injustifié de considérer l'imprudence de la victime comme étant la cause unique des préjudices qu'elle a subis du fait de l'attaque de requin (c).

a. L'interdiction de surfer sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'attaque de requin : une mesure introuvable

La formule employée pour désigner cette interdiction souligne que celle-ci se caractérise par son champ d'application territorial, et non par son champ d'application horaire : le requérant « *a estimé devoir pratiquer le surf en un lieu où cette activité était prohibée* » et « *a prolongé sa pratique après 17 heures alors que la plupart des autres surfeurs avaient regagné le rivage* ». Cette caractéristique permet d'établir que le fondement juridique de l'interdiction du surf en question réside dans l'arrêté pris par le maire de Saint-Leu le 1er mars 2011, et non dans l'arrêté préfectoral de 2008 qui rappelle la règle nationale interdisant la circulation nocturne des divers engins entrant dans son champ d'application (on a d'ailleurs montré plus haut que cette règle est utilisée par le juge administratif, non pas pour apprécier la régularité de la situation de la victime au moment de la survenance du fait dommageable, mais pour évaluer la connaissance que celle-ci avait des risques inhérents à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu).

Or, l'arrêté municipal du 1er mars 2011, s'il qualifie le site et l'accès du spot de « *dangereux* » et précise à ce propos que son accès et donc sa fréquentation se font aux « *risques et périls* » des personnes concernées, se borne à y interdire la « *baignade* ». L'accès au site, pour dangereux qu'il soit en général, reste libre

mais aux risques et périls des intéressés. Seule la baignade s'y trouve interdite. La pratique du surf et des disciplines associées, pour « dangereuse » qu'elle y soit du point de vue général qui est celui de cet arrêté, reste donc libre et s'effectue aux « *risques et périls* » des pratiquants[73].

Cet état du droit se trouve d'ailleurs confirmé un mois après l'adoption de l'arrêté du 1er mars 2011. Son article 16 spécifie que seront verbalisées les personnes enfreignant « *l'interdiction de baignade et d'accès* » en vigueur dans certaines autres zones littorales de la commune de Saint-Leu limitativement et précisément désignées par l'arrêté, ces personnes pratiquant *a fortiori* baignade et activités nautiques à leurs risques et périls comme le rappelle cette disposition. Les motifs d'un arrêté pris le 6 avril 2011 par le maire de Saint-Leu nous apprennent que l'interdiction d'accès à ces zones a mécontenté diverses catégories d'usagers de la mer, contrariées de ne plus pouvoir y exercer leurs activités favorites : « *les associations et clubs nautiques* […] *souhaitent pouvoir continuer à dispenser leurs activités dans le respect des règles de sécurité liées à la pratique de ce type d'activité* » ; les « *pêcheurs traditionnels* […] *souhaitent pouvoir accès aux sites habituels de pêche, en connaissance des dangers potentiels* ». Le maire choisit alors de « *permettre la continuité des activités nautiques encadrées et l'accès des sites aux pêcheurs traditionnels* », et complète en conséquence l'article 16 de l'arrêté du 1er mars 2011 par les deux alinéas suivants : « *La pratique des activités nautiques (surf, voile, kayak, plongée), encadrée par des professionnels, reste autorisée sur ces sites* » ; « *La pratique des activités de pêche traditionnelle, sous réserve du respect des dispositions réglementant la pêche, notamment dans la Réserve Marine, est autorisée sur ces sites* »[74]. Si semblables protestation et modification consécutive de l'arrêté municipal du 1er mars 2011 sont demeurées inexistantes s'agissant des zones autres que celles dont l'arrêté interdit alors expressément l'accès, c'est car il est bien entendu que la liberté d'accès à ces sites (nonobstant leur dangerosité) implique celle d'y pratiquer les activités nautiques susmentionnées (aux risques et périls des pratiquants), parmi lesquelles le surf. Or, c'est bien de ces autres zones que relève alors le spot de la Gauche de Saint-Leu.

Ce point de droit est d'autant plus clair qu'il se trouve réaffirmé le jour même de l'attaque de requin dont Fabien Bujon est victime. Cette confirmation se fait alors sur un mode qui, pour être des plus tragi-comiques, n'en est pas moins

[73] L'interdiction de la baignade se justifie en réalité par la présence, à cet endroit, de forts courants susceptibles d'emporter les personnes vers le large. Pour ce qui concerne le surf, il importe de signaler que les célèbres vagues du spot de La Gauche de Saint-Leu se situent à environ 300 mètres du rivage de départ (y accéder nécessite un temps de rame d'environ 5 minutes), et que le retour sur celui-ci doit s'effectuer à contre-courant (ce qui exige un temps de rame d'environ 10 minutes).

[74] Arrêté n° 66/2011/AG complétant l'arrêté n° 34/2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint-Leu – cet arrêté est reproduit en annexe.

révélateur autant de l'état du droit que de l'exacerbation confuse qui caractérise à cette époque le débat public relatif à la détermination des mesures pertinentes en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* » (ainsi que cela a été rappelé en introduction). Dans les minutes qui suivent l'accident, le maire de Saint-Leu prend une mesure de police de la baignade et des activités nautiques dont l'unique objet est de spécifier que seul l'État est compétent pour interdire celles-ci dans le périmètre de la Réserve naturelle marine nationale de La Réunion. Mettant en exergue l'opposition du préfet de La Réunion à la mise en œuvre de son arrêté du 30 juillet 2012 portant « *ouverture de la chasse aux requins* » (en raison de son illégalité manifeste), le maire de Saint-Leu (qui l'avait retiré suite à l'intervention du ministre des Outre-mer évoquée en introduction) en déduit effectivement que « *l'État entend se réserver tous les pouvoirs de police administrative dans les eaux de la réserve naturelle marine de La Réunion et notamment en ce qui concerne la sécurité des usagers face au risque requin* », puis qu'il « *n'y a pas lieu, pour le maire, d'interdire les activités de baignade et nautiques dès lors que l'État entend réserver l'exercice des mesures de police dans le périmètre de la réserve* »[75]. Le raisonnement n'a rien de juridique : de l'illégalité manifeste de l'arrêté du 30 juillet 2012, et de la volonté consécutive du préfet de La Réunion d'empêcher son exécution, il est évidemment impossible d'en déduire le transfert à ce dernier de tous pouvoirs de police administrative pertinents en vue de prévenir le risque d'attaques de requins. Les prétentions du maire sont de pure tactique politique. Il s'agit visiblement pour lui de faire oublier, de manière très opportuniste, qu'il avait cherché à justifier cet arrêté en invoquant l'existence – très fantasmée – d'une sorte de pouvoir de substitution de l'autorité de police municipale au préfet en cas de carence de celui-ci dans l'exercice des pouvoirs de police administrative qui lui ont été attribués en vue de la gestion de la Réserve naturelle marine. Il s'agit également d'un acte de poursuite du combat politique en faveur de la pêche préventive des requins que le député-maire de Saint-Leu avait rejoint peu de temps auparavant, ainsi que d'un geste désespéré traduisant sa parfaite conscience du principe de liberté de la pratique du surf alors en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu (le souci de garantir cette liberté se trouve d'ailleurs expressément affirmé dans cet arrêté) et d'une tentative maladroite de se dédouaner de toute responsabilité à cet égard en montrant du doigt le représentant de l'État[76].

[75] Arrêté n° 293/2012 du 5 août 2012 sur la baignade et les activités nautiques sur la commune de Saint-Leu – cet arrêté est reproduit en annexe.

[76] À ce propos, peut-être n'est-il pas anodin de relever également que la commune de Saint-Leu, quelques semaines auparavant, avait vu sa responsabilité administrative confirmée suite au décès d'une personne qui s'était noyée en voulant porter secours à un baigneur en difficulté dans le secteur de la passe du lagon. S'élevant à environ 250.000 euros, le total des indemnités dues aux ayant-droits de la victime s'avère conséquent pour la commune de taille moyenne qu'est Saint-Leu – C.A.A. Bordeaux, 7 juin 2012, *A.* (affaire n° 10BX01723).

b. L'interdiction de surfer sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'attaque de requin : une interprétation en tout état de cause injustifiable

En application de la réglementation municipale de la baignade et des activités nautiques, la pratique du surf était donc libre sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'attaque de requin sur Fabien Bujon. Prétendre le contraire supposerait d'assimiler le surf à la baignade, au soutien d'une interprétation résolument extensive de la portée de l'interdiction de la baignade prescrite par le maire de Saint-Leu en 2011. Or, une telle assimilation n'est guère soutenable au jour de l'attaque, pour deux raisons qui viennent ainsi conforter davantage – si besoin est – les résultats de l'analyse de la réglementation municipale pertinente.

D'un point de vue général, la spécificité du principe même des activités de surf et des disciplines associées (l'exploitation exclusive de la force motrice des vagues à des fins sportives et de loisirs), ainsi que la mobilité et la manœuvrabilité particulières que procurent à leurs pratiquants les équipements utilisés à ces fins, rendent impossible – exigence de proportionnalité oblige – toute extension de principe à ces derniers des restrictions de police définies pour les baigneurs (la baignade a un principe différent[77], qui relève exclusivement du loisir d'ailleurs, et la très faible mobilité des baigneurs a pour effet de les rendre plus vulnérables que les surfeurs aux aléas liés notamment aux vagues et aux courants). Il ne pourrait en être autrement qu'en ce qui concerne certains aléas, dont la nature particulière impliquerait que surfeurs et baigneurs y sont exposés à un degré équivalent. Or, les justifications et précisions normatives spécifiques nécessaires dans un tel cadre sont complètement absents en l'occurrence, tant de la réglementation municipale susmentionnée que du jugement rendu par le tribunal administratif.

D'un point de vue spécifique, il convient de souligner qu'au jour de l'attaque, les autorités de police administrative compétentes en matière de « *prévention du risque d'attaques de requins* » suivaient une orientation consistant à maintenir le principe d'une distinction entre le surf (et les disciplines associées) et la baignade, s'agissant de la détermination des conditions de cette

[77] S'attachant à préciser les conditions de surveillance des zones réservées aux engins de plage, Christian Belhache est conduit à se poser une question éminemment générale, qui aurait utilement trouvé place dans l'introduction de son maître-ouvrage, et à y répondre en distinguant clairement les activités de baignade et les activités nautiques au sens de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, quoique toutes puissent trouver à s'exercer en un même lieu : « *En quoi consiste l'activité de baignade ? / Une telle activité se caractérise ordinairement par le fait de tremper son corps dans l'eau, de s'y ébattre, voire pratiquer quelques mouvements de flottaison et de propulsion. Cependant le mot 'baignade » peut aussi être pris dans le sens 'lieu', référence désignant un endroit. À ce 'lieu' s'attache toutefois l'action de baignade au sens ci-dessus. Dans ce 'lieu' peuvent aussi évoluer les engins en question* » – C. BELHACHE, *Le droit des baignades, op. cit.*, spéc. n° 278.

prévention. C'est ce que montre l'arrêté préfectoral du 20 septembre 2011, qu'évoque d'ailleurs le tribunal administratif, qui a été analysé plus haut et dont l'objet est de définir pour le surf un régime signalétique applicable à l'ensemble du département. D'une part, si ce régime repose sur l'assimilation du surf à la baignade, le procédé a une portée provisoire, qui se justifie par un motif purement technique et donc indépendant de la prise en considération des spécificités du « *risque d'attaques de requins* ». Cette assimilation ne vaut effectivement que dans l'attente de la conception, de la fabrication et de la mise en œuvre d'une signalétique spécifiquement destinée à prévenir le risque en question à l'égard des seuls surfeurs. D'autre part et de surcroît, cette perspective repose sur une distinction des conditions de pratique du surf et de la baignade nécessaires en vue de cette prévention. En effet, il s'agit de se donner à court terme les moyens d'appliquer effectivement une réglementation propre à chacune des deux catégories d'activités concernées. Enfin, si cet arrêté préfectoral et ses implications valent évidemment pour les seules zones surveillées au sens de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, aucun argument ne peut alors être avancé pour soutenir – au regard notamment des spécificités du « *risque d'attaques de requins* » – qu'il implique un alignement du régime juridique applicable au surf sur celui des baignades en dehors de telles zones. Cela résulte en particulier du caractère purement technique du motif de l'assimilation provisoire du surf à la baignade, du point de vue du régime signalétique applicable. Il n'aurait pu en aller autrement qu'à la condition – préalable, tout au moins – d'une justification de cette assimilation provisoire au vu des spécificités du risque requin réunionnais, ce qui n'a pas été le cas.

c. L'imprudence du surfeur averti comme cause unique de ses préjudices liés à l'attaque de requin : une conclusion injustifiée

En vertu de l'arrêté municipal du 1er mars 2011, la pratique du surf et des disciplines associées était libre sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin, et ce donc moyennant l'attribution aux pratiquants de la charge des « *risques et périls* » inhérents à ces activités ; seule la baignade s'y trouvait interdite. La signalisation présente sur le site donnait fidèlement à voir ces règles. Le tribunal administratif retenant à tort qu'une interdiction du surf était en vigueur sur ce spot, son raisonnement s'en trouve largement faussé.

Fondamentalement, le tribunal ne pouvait pas considérer que le surfeur se trouvait parfaitement averti de l'interdiction du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. Une telle interdiction est inexistante : en application de la réglementation municipale en vigueur au moment de l'attaque, le surf y était libre mais devait y être pratiqué aux risques et périls des usagers de la mer concernés. Cette lourde méprise de la juridiction réunionnaise a évidemment d'importantes conséquences sur l'obligation globale de prudence qui incombait au surfeur dans

la détermination des conditions de sa pratique. On a vu plus haut que celle-ci a deux implications nécessaires en l'espèce, d'après le tribunal : le respect des restrictions imposées à la baignade et aux activités nautiques en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer concernés, compte tenu de l'ensemble des dangers du site ; à titre subsidiaire (à défaut de restrictions applicables et/ou en cas de violation des restrictions éventuellement existantes), la détermination puis la mise en œuvre par chaque usager de la mer des conditions de pratique adaptées aux risques inhérents à toute mise à l'eau, et ce spécialement en vue de tirer les conséquences de l'aggravation du risque requin à l'approche de la nuit. En l'occurrence, lesdites « restrictions » ne pouvaient comprendre une quelconque interdiction du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. Au titre de ces « restrictions », la seule interdiction en vigueur au moment de l'attaque était donc celle relative à l'usage de différents « *engins* » nautiques au-delà de l'heure précédant le coucher du soleil, édictée au niveau national et reprise par la réglementation préfectorale en vue de la sécurité générale de la circulation maritime. En conséquence, la principale implication de l'obligation globale de prudence incombant au surfeur était en l'occurrence celle l'appelant à déterminer puis à mettre en œuvre les conditions de pratique adaptées aux risques inhérents à toute mise à l'eau, et ce spécialement en vue de tirer les conséquences de l'aggravation du risque requin à l'approche de la nuit.

De cela, il résulte que la seule contrariété potentiellement pertinente d'un point de vue objectif constitue la présence à l'eau du surfeur dans l'heure précédant le coucher du soleil. L'obligation globale de prudence incombant au surfeur, combinée avec la congruence de l'heure approximative de l'attaque de requin, aurait certes permis d'estimer que l'imprudence du surfeur en constituait une cause. Toutefois, il apparaît excessif d'exclure *a priori* toute responsabilité des personnes publiques pertinentes à partir d'une conception de l'imprudence de la victime comme cause unique des préjudices qu'elle a subis du fait de l'attaque de requin[78]. Tout d'abord, la présence du surfeur dans l'eau s'inscrivait dans le prolongement d'une mise à l'eau effectuée en toute légalité au regard de la réglementation municipale et préfectorale applicable à la baignade et aux activités nautiques, et peu de temps s'est écoulé entre le basculement de sa situation dans l'illégalité (17h00) et l'heure de l'attaque (17h15 environ, cette heure étant de surcroît approximative). De surcroît, il existe un hiatus entre : d'une part, la réglementation étatique dédiée à la sécurité générale de la navigation maritime, en tant qu'elle interdit la circulation des engins de plage dans l'heure précédant le coucher de soleil ; d'autre part, la recommandation de « *ne pas surfer le matin et le soir lorsque le soleil n'est pas au-dessus de la ligne d'horizon* » qui figure dans le *Cadre réglementaire de la pratique du surf et des activités de vague* adopté en

[78] Nous ne suivons donc pas notre collègue Olivier Desaulnay dans le *satisfecit* qu'il a donné au tribunal administratif de La Réunion eu égard la « *logique* » de son raisonnement (*R.J.O.I.*, 2018, spéc. p. 357).

2007 par la Fédération Française de Surf, et qui renvoie ainsi au coucher du soleil comme début de l'une des « *périodes susceptibles de donner lieu à des attaques de requins* » (or, il est patent que le soleil n'était pas couché au moment de l'attaque de requin sur Fabien Bujon)[79]. En conséquence, il aurait paru davantage adéquat que le tribunal admette – ne serait-ce qu'implicitement – l'imputabilité de l'attaque de requin à la commune de Saint-Leu (eu égard aux compétences du maire en matière de police de la baignade et des activités nautiques) voire à l'État, de manière à apprécier la portée juridique de l'imprudence dans le cadre plus général de la recherche des éventuelles fautes respectives de la commune, de l'État et du surfeur. Un autre argument vient d'ailleurs directement conforter la pertinence d'un tel mode de raisonnement.

2. Le caractère approprié des mesures de police au vu de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* », condition du caractère raisonnable de l'obligation de prudence du surfeur averti

Le jugement du tribunal administratif permet de mettre clairement en évidence qu'un risque est inhérent à sa démarche : si elles s'avèrent inappropriées au vu de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* », pour quelque raison que ce soit, les mesures de police administrative applicables en un cas donné pourraient aboutir le cas échéant à imputer au surfeur averti une obligation de prudence dont la portée serait excessive (a). Ce constat nécessite de poser la question des modalités du contrôle juridictionnel susceptible de garantir le caractère raisonnable de l'obligation de prudence (b).

a. L'insuffisance des mesures de police au vu de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* », source d'une obligation de prudence excessive

En l'espèce, la méprise du tribunal sur la réglementation applicable au surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, le jour de l'attaque de requin, le conduit vraisemblablement à ne pas percevoir un risque lié à sa démarche : celui d'imputer aux usagers une obligation globale de prudence dont les implications seraient excessives.

En effet, la référence à la réglementation municipale et préfectorale applicable sur le spot est effectuée sans aucune vérification de son caractère approprié au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe à titre spécifique aux autorités de police compétentes pour

[79] Fédération Française de Surf, *Cadre réglementaire de la pratique du surf et des activités de vagues*, 2007, 83 pp., spéc. p. 18 – URL (dernière consultation le 29 janvier 2022): https://www.surfingfrance.com/images/documents_officiels/Cadre%20re%CC%81glementaire%20FFS.pdf. Les raisons de ce hiatus restent à éclaircir.

assurer la sécurité des usagers de la mer concernés. Dans une telle perspective, toute carence de ces autorités au regard de cette obligation spécifique, cumulée avec la situation de n'importe quel usager de la mer qui serait averti d'une réglementation insuffisante et donc illégale à cet égard, se traduirait par l'imputation à ce dernier d'une obligation globale de prudence dont une partie au moins se révèlerait indue. La carence des autorités de police administrative serait alors susceptible de se traduire en imprudences des usagers de la mer, lesquelles pourraient en conséquence être considérées comme causes uniques des préjudices liés aux attaques de requins dont ceux-ci seraient victimes. Pour le dire autrement, en forçant le trait, l'action en responsabilité administrative serait alors en situation de fonctionner comme une diabolique mécanique à « blanchir » des autorités de police administrative fondamentalement fautives, et à « salir » des usagers de la mer qui n'auraient éventuellement pas mérité tant de déshonneur. De surcroît, il importe de prendre en considération les inégalités entre usagers de la mer susceptibles de résulter de toute carence fautive des autorités de police administrative, eu égard à l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombe à ces dernières. L'absence de restrictions adéquates à cet égard est effectivement de nature à donner lieu à une diversité de positionnements individuels en ce qui concerne la détermination des conditions dans lesquelles les activités maritimes concernées peuvent être raisonnablement exercées.

En l'espèce, force est de constater que la méprise du tribunal administratif au sujet de la réglementation applicable au surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, le jour de l'attaque de requin, ne garantit en rien que les risques en question aient été évités à l'égard de la victime. La réglementation municipale prévoyant que la pratique du surf était libre mais aux risques et périls des surfeurs sur ce spot, sa portée se trouvant limitée par l'interdiction étatique de la circulation des « *engins* » nautiques à compter d'une heure avant le coucher du soleil, et l'attaque survenant très peu de temps après que cette interdiction ne soit devenue applicable ce jour-là, il y avait assurément matière à s'interroger sur le caractère approprié de cet ensemble réglementaire au regard de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » incombant aux autorités de police administrative compétentes (à ce propos, soulignons avoir rappelé en introduction que la détermination des mesures pertinentes à cette fin faisait l'objet, à l'époque de l'attaque de requin, d'un débat public aussi exacerbé que confus). Reste à préciser de quelle manière.

b. Le contrôle juridictionnel des mesures de police au vu de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » : quelles modalités en vue d'assurer le caractère raisonnable de l'obligation de prudence ?

Le rapport existant entre l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » incombant aux autorités de police administrative et l'obligation de

prudence incombant aux usagers de la mer avertis, les enjeux liés à une appréhension équilibrée de ce rapport, rapprochés de la possibilité pour le juge de commettre des erreurs de droit ne serait-ce que dans l'interprétation des mesures de police pertinentes (possibilité que concrétise malheureusement le jugement du tribunal administratif de La Réunion), rendent à l'évidence difficilement concevable de cantonner cette appréhension dans le cadre d'une vérification simple de l'imputabilité du fait dommageable – l'attaque de requin en l'occurrence – à une ou plusieurs personnes publiques.

Dès lors qu'une obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » se trouve posée comme un objectif spécifique inhérent aux polices administratives générales et spéciales pertinentes en vue de la sécurité des usagers de la mer, il apparaît logique qu'une attaque de requin soit considérée **en première analyse** comme étant imputable – ce qui, en tout état de cause, ne veut pas dire « imputée », au stade premier de la démarche de recherche de la responsabilité administrative, auquel on se situe ici – à la personne publique ou aux personnes publiques compétentes en matière de police. L'imputabilité serait ainsi vérifiée d'un point de vue objectif, notamment en vérifiant la localisation de l'accident au sein ou en dehors de la bande littorale des 300 mètres (certains spots de surf pouvant se situer au-delà) ainsi que la pertinence de certains pouvoirs de police administrative spéciale éventuellement détenus par certaines autorités[80].

Dès lors que cette obligation entretient d'étroits rapports avec l'obligation globale de prudence des usagers de la mer avertis, la possibilité d'un cumul de méconnaissances de ces deux obligations doit être par principe envisagée à titre de cause du préjudice subi par la victime d'une attaque de requin, d'où la nécessité de retenir une conception de la causalité qui ne se limite pas à la seule « causalité adéquate » strictement entendue (ainsi que l'a en substance fait le tribunal administratif en l'occurrence en retenant l'imprudence du surfeur comme seule cause de son accident, au terme d'une appréciation il est vraie viciée par l'erreur de droit susmentionnée), mais fasse appel de manière réaliste à l'approche dite de « l'équivalence des conditions »[81]. En dehors des hypothèses déjà évoquées, toute imputabilité d'une attaque de requin aux personnes publiques compétentes en matière de police ne pourrait être ainsi écartée *a priori* qu'en des cas

[80] Sur la compétence comme critère d'imputabilité, voir par exemple H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., collection « Manuel », 2ème édition, 2020, 492 pp., spéc. pp. 261-267. Une telle vérification de l'imputabilité du fait dommageable à une personne publique est d'autant plus pertinente que la répartition ainsi que l'articulation des compétences et pouvoirs en matière de baignade et d'activités nautiques s'avère particulièrement complexe, comme le rappelle précisément C. BELHACHE, *Le droit des baignades*, *op. cit.*, n° 84-145 (qui critique en particulier « *l'embrouillamini des compétences entre le maire et le préfet maritime* », aux n° 106-109).

[81] Sur ce point, voir en particulier M. DEGUERGUE, « Causalité et imputabilité », *Jurisclasseur Administratif*, Fascicule 830, 2013.

exceptionnels, lorsqu'il s'avère manifeste au vu des pièces du dossier que le comportement fautif ou non-fautif de la victime doit être considéré comme la cause unique ou une cause exclusive de ses préjudices.

De la sorte, le juge administratif serait en mesure de vérifier d'abord si les actions et/ou abstentions des autorités de police administrative compétentes s'imposent ou non au regard des implications de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* », c'est-à-dire de se prononcer sur le caractère fautif ou non de leur comportement. En cas de faute des personnes publiques pertinentes, constituant une cause directe et certaine des préjudices subis par la victime de l'attaque de requin, le juge aurait alors à rechercher si ce lien de causalité ne peut être atténué voire brisé par la présence d'un fait générateur de la victime. En particulier, une faute de la victime pourrait être recherchée en comparant le comportement de cette dernière avec les implications de l'obligation globale de prudence incombant à tout usager de la mer averti, ces implications devant être préalablement déterminées au vu de celles de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* ».

C'est au terme de ces vérifications que le juge administratif pourrait véritablement être en mesure de déterminer la clé d'imputation de l'attaque de requin, et en particulier de se prononcer sur l'existence et la portée d'un droit à réparation de la victime vis-à-vis des personnes publiques compétentes. Si le tribunal administratif de La Réunion ne s'est pas engagé dans cette voie, est-ce parce qu'il a craint d'être confronté à de trop nombreuses difficultés pour spécifier les implications de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qu'il a jugé inhérente à l'ensemble des pouvoirs de police administrative pertinents en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer ? C'est ce que suggère l'accumulation d'imperfections que l'on constate dans l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Conclusions du I. – L'analyse du jugement rendu par le tribunal administratif de La Réunion permet de mettre en lumière les insuffisances d'une exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » seulement conçue comme l'un des objectifs que doivent mettre en œuvre les autorités de police administrative compétentes en vue d'assurer la sécurité des usagers de la mer. En effet, des obligations spécifiques de prudence ont vocation à découler des mesures de police administrative qui doivent être ainsi prises, et à interagir avec l'obligation générale de prudence imputable à ces usagers. Le concept **d'obligation globale de prudence** traduit les rapports systémiques qui unissent les usagers et les autorités de police administrative, et se trouve schématisé ci-dessous (figure 1). En ce qui concerne la portée de cette obligation globale de prudence, deux conditions doivent être remplies pour garantir qu'elle ne soit pas excessive pour l'usager de la mer : les mesures de police administrative doivent être correctement déterminées et justement interprétées ; plus fondamentalement,

elles doivent être suffisantes au regard de l'objectif poursuivi, la « *prévention du risque d'attaques de requins* » ici. Si le tribunal administratif de La Réunion n'a pas satisfait ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a réussi le tour de force d'y faire encore moins droit.

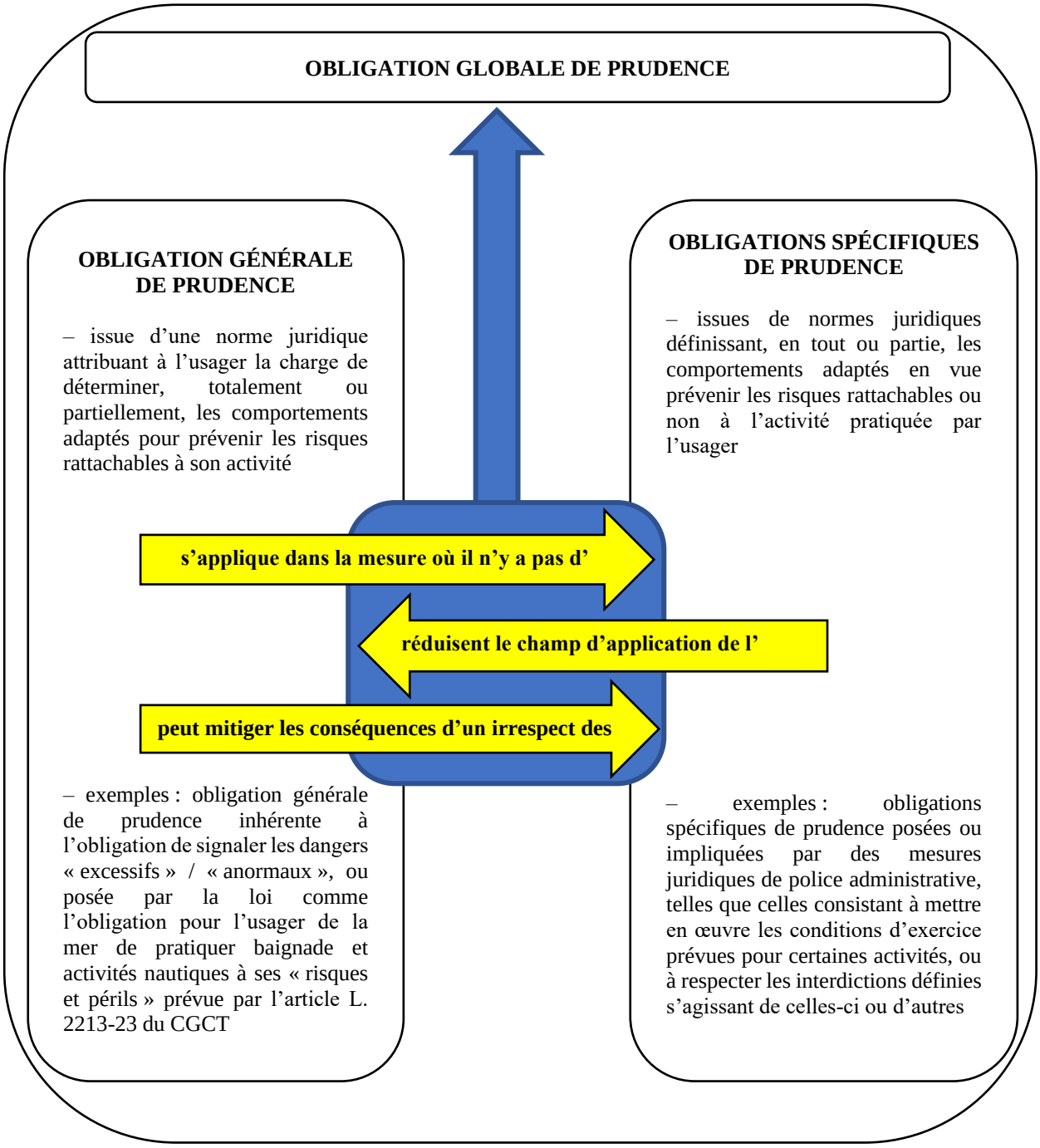


Figure 1 - Schéma d'une obligation globale de prudence imputable au pratiquant d'une activité à un moment donné

II. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » remodelée par la cour administrative d'appel : un système imparfait

Ayant fait appel du jugement du tribunal administratif de la Réunion, le requérant est débouté par la cour administrative d'appel de Bordeaux[82]. Si l'issue de la procédure est identique, cela ne doit pas occulter l'existence de divergences entre les deux juridictions, s'agissant de la conception du droit applicable. Alors que la juridiction de première instance considère que la « *prévention du risque d'attaques de requins* » constitue une obligation qui incombe essentiellement aux autorités de police administrative, la juridiction d'appel estime qu'il s'agit d'un objectif dont la poursuite implique d'articuler des obligations incombant fondamentalement aux usagers de la mer – au titre d'une obligation de prudence qui incombe à ces derniers – et d'autres mises à la charge desdites autorités. Si la dimension systémique ainsi donnée à la « *prévention du risque d'attaques de requins* » constitue indéniablement une avancée au regard des critiques faites à l'encontre du jugement du tribunal administratif de La Réunion, la concrétisation de cette avancée laisse en revanche à désirer, tant l'application en l'espèce de la nouvelle conception s'avère insatisfaisante (A). De surcroît, la dimension systémique donnée à l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » nécessite, en vue de spécifier les diverses implications de cette dernière, une articulation claire et cohérente entre le plan de la police administrative (d'où elle est issue) et celui de la responsabilité administrative (mise en cause par le requérant). Or, l'analyse de l'arrêt rendu par la juridiction d'appel montre que cette articulation reste à clarifier (B).

A. La « *prévention du risque d'attaques de requins* », objectif impliquant d'articuler les obligations des usagers de la mer et des autorités de police administrative : une redéfinition sans application convaincante

Le jugement du tribunal administratif de La Réunion est tout d'abord critiqué par le requérant à travers un moyen soulignant que « *les mesures prises par les autorités locales n'ont pas permis* [à celui-ci], *eu égard à la gravité du danger d'être parfaitement informé des risques encourus par la pratique du surf* » (selon les termes employés par la cour dans son analyse du moyen). Ce moyen n'invoque ainsi aucune obligation d'information qui pèserait sur lesdites autorités s'agissant de la réglementation applicable au surf sur le site de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin. Il vise à obtenir la remise en cause du jugement rendu par le tribunal administratif en ce qu'il impute au surfeur une obligation globale de prudence concernant la détermination des conditions de sa

[82] C.A.A. Bordeaux, 28 mai 2018, *Bujon* (affaire n° 16BX02294).

pratique, en faisant valoir en substance que les conditions de cette imputation relèvent fondamentalement du droit de la police administrative (en ce qu'il comporte une obligation de signalisation des dangers « anormaux »), dont les conséquences devraient donc être tirées sur le plan du droit de la responsabilité administrative (qui régit les conditions d'imputation du fait dommageable aux personnes publiques). À cet égard, la cour s'en tient *a priori* étroitement dans un premier temps à la question de savoir si les autorités de police administrative ont ou non, en l'espèce, manqué à l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » qui leur incombent. La juridiction d'appel rattache alors l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* », à titre principal, à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer (1). À la nécessité subséquente de déterminer si une part de cette exigence relève des obligations des autorités de police administrative pertinentes, et si oui laquelle, la cour fournit une réponse frappée de contradictions (2). Si l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » se trouve ainsi redéfinie comme impliquant d'articuler les obligations des usagers de la mer et celles incombant aux autorités de police administrative, la cour ne fait donc, de cette nouvelle conception, aucune application convaincante en l'espèce.

1. Le rattachement de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* », à titre principal, à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer

Déclinant sa jurisprudence traditionnelle relative à l'obligation, pour les autorités de police administrative, de signaler aux baigneurs et pratiquants d'activités nautiques les dangers anormaux auxquels ils doivent faire face dans le cadre de leur activité, la cour administrative d'appel de Bordeaux rattache à titre principal l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence qui incombe aux usagers de la mer (a). Par conséquent, ce n'est que si et dans la mesure où ce « *risque* » devient excessif que les autorités de police administrative compétentes ont l'obligation d'intervenir pour prendre des mesures de « *prévention* » à cet égard (b). À cet égard, la cour rappelle les différentes autorités identifiées comme étant compétentes par le tribunal administratif (c).

a. Le « *risque d'attaques de requins* », une « *prévention* » relevant normalement de l'obligation générale de prudence des usagers de la mer suivant la cour

En vue de répondre au premier moyen d'appel, la cour rappelle tout d'abord que c'est principalement sur le maire, titulaire des pouvoirs de police spéciale prévus par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, que pèse l'obligation jurisprudentielle d'information du public sur les risques

anormaux liés à la baignade ou à la pratique d'activités nautiques : « *il incombe au maire d'une commune sur le territoire de laquelle sont situés des lieux de baignade qui, sans avoir été aménagés à cet effet, font l'objet d'une fréquentation régulière, notamment pour la pratique de sports nautiques tels que le surf, de prendre les mesures nécessaires pour signaler les dangers qui excèdent ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir, notamment par la prévention du risque d'attaques de requins et pour assurer le sauvetage des baigneurs et des pratiquants de ces sports en cas d'accident* » (considérant n° 3). Cette conception appelle trois remarques.

Si la rédaction de ce point de l'arrêt n'est pas d'une parfaite clarté, ses ambiguïtés peuvent toutefois être dissipées. Dans l'hypothèse considérée, il revient assurément au maire de prendre deux catégories de mesures : « *prendre les mesures nécessaires pour signaler les dangers qui excèdent ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* […] *et pour assurer le sauvetage des baigneurs et des pratiquants de ces sports en cas d'accident* ». En revanche, à quoi se rapporte la proposition « *notamment par la prévention du risque d'attaques de requins* » ? L'absence de virgule à l'issue de cette proposition pourrait indiquer qu'elle désigne une troisième catégorie de mesures dont l'adoption incombe au maire. Toutefois, une telle interprétation n'est pas soutenable. Elle ne résiste tout d'abord pas à une analyse lexicale : « *par* » est une préposition signifiant « *à travers* », tandis que « *pour* » marque « *le motif, la destination* »[83]. Il en résulte que la proposition « *notamment par la prévention du risque d'attaques de requins* » n'est pas autonome, mais a pour fonction d'expliciter et de mettre en exergue une déclinaison de la proposition précédente : « *pour signaler les dangers qui excèdent ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* ». Une seule interprétation est alors concevable : la cour estime ainsi, d'un point de vue général, que le « *risque d'attaques de requins* » compte au nombre des « *dangers* […] *contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* ». L'exigence de « *prévention* » de ce « *risque* », qui correspond en tous points en l'occurrence à l'obligation de se « *prémunir* » du « danger » concerné, se trouve ainsi en principe imputée auxdits « *intéressés* » à l'issue d'une analyse générale et impersonnelle dudit risque. Ce n'est que dans l'hypothèse où le « *risque d'attaques de requins* » serait excessif, que le maire aurait l'obligation de le signaler afin que les usagers soient mis en mesure de le prévenir à leur égard[84].

---

[83] *Dictionnaire de la langue française, par Émile Littré* – URL : https://www.littre.org/ (dernière consultation le 29 août 2021).

[84] La notion jurisprudentielle de « *dangers* » se trouve ainsi, et en l'occurrence, tenue pour équivalente à celle de « *risque* » par la juridiction administrative. Une telle assimilation n'est pas impossible d'un point de vue lexical, qui permet de souligner que le « *danger* » constitue une notion des plus générales, susceptible donc d'englober des situations de « *risques* » plus spécifiques par définition. À ce titre, Jean-Jacques Rousseau notamment a souligné que la notion générale de « *danger* » est « *vague* » et s'applique « *à toutes sortes d'inconveniens* »,

Ce faisant, la juridiction d'appel décline de manière inédite, en matière de « *risque d'attaques de requins* », une jurisprudence administrative originellement établie en vue de régler des litiges relatifs à des accidents survenus en cours de baignade, et qui pour cela est venue préciser la portée de la disposition législative conférant au maire, au titre de son pouvoir de police administrative générale, le « *soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux* »[85]. D'après cette jurisprudence, l'obligation de prévention ainsi consacrée « *ne trouve son application que dans le cas où existe un danger excédant ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement, par leur prudence, se prémunir* », ce qui implique notamment l'obligation de signaler « *spécialement* » tout danger qui « *excède* […] *ceux que l'on rencontre habituellement* » eu égard à la « *nature* » des lieux concernés[86]. Le Conseil d'État a rapidement ajouté que la disposition législative en question implique l'obligation, pour les maires concernés, de « *prendre des mesures appropriées en vue d'assurer la sécurité des personnes dans les baignades aménagées* » (c'est-à-dire, tout lieu spécialement aménagé en vue de permettre l'activité de baignade) ; en dehors de celles-ci, il incombe à tout maire, dès que le lieu de baignade fait l'objet d'une certaine fréquentation, de s'assurer qu'il y existe des moyens d'alerter rapidement des secours dûment équipés en cas d'accident[87]. Le Conseil d'État a alors spécifié l'indépendance de la première obligation vis-à-vis de la seconde : une signalisation spéciale effectuée au titre de la première ne vaut pas « aménagement de la baignade », lequel requiert d'autres mesures ; la première obligation vaut donc de manière générale, c'est-à-dire non pas seulement dans le cadre de « *baignades*

---

alors que la notion générale de « *risque* » s'analyse comme un « *danger* » triplement caractérisé. Il s'agit « *danger auquel on s'expose volontairement* » (ce qui suppose qu'on puisse être exposé à un danger tout à fait involontairement) « *et avec quelque espoir d'en échaper* » (ceci renvoie donc à l'idée, plus ou moins fondée, de la possibilité d'éviter l'accident, le sinistre ou la catastrophe en lequel ou laquelle s'analyserait la réalisation du danger, lorsqu'on choisit de s'exposer à ce dernier), « *en vue d'obtenir quelque chose qui nous tente plus que le danger ne nous effraye* » (le choix de s'exposer au danger tient à ce que la volonté du gain est plus forte que la peur des pertes qui seraient liées à un accident, un sinistre ou une catastrophe). Le « *péril* » est encore autre chose pour le philosophe : il s'agit du « *danger de la personne* » (ce qui suppose qu'une chose puisse également se trouver en danger), et uniquement « *quand il y va de la vie ou même de pis* », c'est-à-dire de « *son salut* ». Sur ces points, voir notamment : Jean-Pierre LE BOULER, « J.-J. Rousseau lexicographe : 'Danger, risque, péril' », *Dix-Huitième Siècle*, n° 7, 1975, pp. 253-258 ; Bruno BERNARDI, « Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 2003/1, n° 37, pp. 89-106.

[85] Cette disposition législative est issue de la loi des 16 et 24 août 1790 – bien connue pour avoir organisé la séparation des autorités administratives et judiciaires – et se trouve aujourd'hui codifiée à l'article L. 2212-2, 5°, du code général des collectivités territoriales.

[86] C.E., 26 février 1969, *Dame Veuve Gravier*, T. p. 760 (affaire n° 73.811).

[87] C.E., 11 juin 1969, *Commune de Cournon d'Auvergne*, T. p. 760 (affaire n° 73.435).

aménagées »[88]. À travers le même arrêt, il a subrepticement apporté une précision au champ d'application de l'obligation de signalisation des dangers excessifs, confirmée par la jurisprudence postérieure : celle-ci ne vaut que dans la mesure où les lieux font l'objet d'une « *fréquentation régulière* » par des baigneurs. La haute juridiction administrative s'est enfin attachée à parfaire la cohérence de sa jurisprudence, en spécifiant que c'est dans la mesure où la fréquentation s'avère « *importante* » que le maire a l'obligation d'instituer un mécanisme de surveillance de l'activité de baignade[89/90].

Dans sa généralité, cette jurisprudence repose sur l'idée que les usagers de la mer « *doivent normalement se prémunir* » de certains dangers. Cette idée consiste en l'imputation d'une obligation générale de prudence aux usagers de la mer, et à mettre en exergue que la condition de cette imputation réside dans le caractère « normal » de la charge ainsi imposée à ces usagers. À cet égard, une précision s'impose : la jurisprudence pertinente a été conçue dans la perspective quasiment exclusive de l'activité de baignade (à raison du fait que celle-ci a longtemps été l'un des seuls loisirs à être exercés dans les cours d'eau et en bord de mer), et il est certain que la nature de l'activité entre en ligne de compte dans les appréciations nécessaires pour déterminer si un danger excède « *ceux que l'on rencontre habituellement* » eu égard à la « *nature* » des lieux concernés. La référence jurisprudentielle classique aux « *intéressés* » implique d'ailleurs selon nous l'intégration des caractéristiques générales de l'activité concernée dans ces appréciations. À ce propos, la diversification considérable des sports et loisirs d'eaux, depuis les années 1980 en particulier, renforce la nécessité de ne pas perdre de vue qu'au-delà de la « *nature* » des lieux concernés, celle des activités susceptibles d'être exercées en ces lieux participe aussi aux appréciations relatives au caractère normal ou excessif des dangers. En conséquence, il est possible d'expliciter ainsi le principe sous-jacent à la condition de l'imputation d'une obligation générale de prudence à l'égard des usagers de la mer, dans le champ pertinent au vu des décisions juridictionnelles analysées ici : si les aléas, auxquels les usagers de la mer s'exposeraient à raison de la pratique de certains types d'activités en certains types d'espaces maritimes, présentent des caractéristiques suffisamment en rapport avec les conditions intrinsèques d'exercice de ces activités, alors il est en principe raisonnable – puisque les dangers sont dans ce cas jugés globalement indissociables desdites activités – de faire peser intégralement la charge des risques ainsi constitués sur lesdits usagers ; c'est-à-dire, de mettre à la seule charge de ces usagers l'obligation de déterminer et de mettre en œuvre, **spontanément**, leurs conditions de pratique d'une manière appropriée à la prévention des risques concernés.

---

[88] C.E., 5 mars 1971, *Le Fichant*, Rec. p. 185 – *A.J.D.A.* 1971, p. 680 (note J. MOREAU).

[89] Voir par exemple C.A.A. Bordeaux, 19 mai 1993, *Néis* (affaire n° 91BX00503).

[90] Pour davantage de précisions sur la mise en œuvre des principes jurisprudentiels ainsi rappelés, voir C. BELHACHE, *Droit des baignades*, *op. cit.*, spéc. n° 146-187.

À cet égard, la cour administrative d'appel de Bordeaux ne donne pas à voir une réflexion particulièrement élaborée en ce qui concerne le « *risque d'attaques de requins* ». D'une part, les activités pertinentes sont considérées de manière indistincte : « *baignade* » et « *sports nautiques tels que le surf* ». D'autre part, il n'y a aucune caractérisation du « danger » concerné, au-delà de sa nature (morsure de requin) et de ce que pourrait éventuellement suggérer sa dénomination (« *attaques de requins* »). Il semble ainsi bien que, pour la juridiction d'appel, l'identité du milieu de la survenance potentielle de ces dernières et de celui dans lequel se pratiquent les activités concernées – la mer – constitue le critère permettant d'établir un rapport suffisant entre les caractéristiques du danger et les conditions dans lesquelles ces activités se pratiquent.

b. L'obligation pour les autorités de police administrative de prendre des mesures de « *prévention* » en cas de « *risque d'attaques de requins* » devenu excessif

De la jurisprudence traditionnelle que la cour décline en l'espèce en matière de « *risque d'attaques de requins* », il résulte aussi et surtout que dans la mesure où « *les dangers* […] *excèdent ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* », l'autorité de police municipale a l'obligation de les signaler dès lors que la zone fait l'objet d'une fréquentation régulière par les baigneurs et pratiquants d'activités nautiques.

Dans quelles conditions un « danger » peut-il être jugé « excessif » à ce titre ? Ce caractère « excessif » se trouve ici en opposition avec le caractère « normal » du « danger » considéré. Il est donc possible d'expliciter le principe ce caractère « excessif » en inversant l'explication donnée à propos de celui du caractère « normal » : si les aléas, auxquels les usagers de la mer sont exposés à raison de la pratique de certains types d'activités en certains types d'espaces maritimes, présentent des caractéristiques qui ne sont pas ou plus suffisamment en rapport avec les conditions intrinsèques d'exercice de ces activités, alors il n'est en principe pas raisonnable – puisque les dangers sont dans ce cas jugés globalement dissociables desdites activités – de faire peser intégralement la charge des risques ainsi constitués sur lesdits usagers ; c'est-à-dire, de mettre à la seule charge de ces usagers l'obligation de déterminer et de mettre en œuvre, **spontanément**, leurs conditions de pratique d'une manière appropriée à la prévention des risques concernés. À l'égard de tels aléas, l'imputation aux usagers de la mer d'une obligation de prudence n'est alors concevable que de manière médiate : à la condition que l'autorité de police administrative compétente ait expressément signalé leur présence et leur nature auxdits usagers ; spécialement avertis de ces dangers, les usagers de la mer pourront et devront alors déterminer et mettre en œuvre des conditions de pratique adaptées en vue de prévenir les

risques en question. Face à de tels aléas, il y a donc un certain partage de la charge du risque entre l'autorité de police administrative et l'usager de la mer.

Il importe de souligner que cette obligation de signalisation ne présente aucun caractère autonome : tout comme l'hypothèse d'un danger « normal », celle d'un danger « excessif » s'inscrit nécessairement dans le cadre d'une **gradation des types d'actions de police administrative nécessaires pour assurer la prévention des risques liés à la baignade et aux activités nautiques**, la jurisprudence administrative n'ayant conçu ces hypothèses qu'en vue de dégager certaines des implications des obligations législatives fondamentales qui incombent aux autorités de police administrative générale[91]. En effet, toute imputation d'une obligation générale de prudence aux usagers de la mer ne s'avère suffisante à cet égard que dans l'hypothèse où ceux-ci – soit spontanément dans l'hypothèse d'un danger « **normal** », soit spécialement et expressément avertis d'un danger « **excessif** » – seraient en mesure d'être autonomes dans la détermination et la mise en œuvre de conditions de pratique qui soient effectivement adaptées en vue de prévenir les risques en question.

• Dans la mesure où une telle autonomie personnelle serait inconcevable, les autorités de police administrative compétentes seraient alors dans l'obligation de déterminer elles-mêmes ces conditions de pratique et de veiller à leur mise en œuvre effective. Cette hypothèse est effectivement celle dans laquelle il suffit de définir un cadre d'exercice de l'activité – ex : horaires, équipement obligatoire, conditions environnementales, dispositif de surveillance, etc. – pour assurer la sécurité des pratiquants. Cela suppose qu'une pratique soit légalement possible, ce qui implique d'avoir préalablement tranché en ce sens la question détaillée au paragraphe suivant. Il est de plus entendu que l'ensemble des éléments du cadre – duquel résulte donc des obligations spécifiques de prudence – doit répondre à l'exigence de proportionnalité des mesures de police administrative : une part d'autonomie personnelle doit être laissée le cas échéant au pratiquant, auquel une obligation générale de prudence est alors susceptible d'être imputée dans cette mesure. Pour la commodité des propos subséquents, qualifions de « **graves** » les dangers justifiant des mesures de ce type, en référence à la jurisprudence *Doublet* de 1959[92].

[91] Cette perspective, inhérente à la jurisprudence pertinente, apparaît clairement au vu du rappel des principes de cette dernière dans la subdivision précédente.

[92] C.E., 23 octobre 1959, *Doublet*, Rec. p. 540 (affaire n° 40.922) – *R.D.P.*, 1959, p. 1235 (conclusions A. BERNARD) ; *R.D.P.*, 1960, p. 802 (note M. WALINE). Il résulte de cet arrêt de référence qu'une autorité de police administrative générale doit prendre les « *mesures nécessaires pour faire cesser* » un « *péril **grave*** » « *résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité ou la salubrité publique* » (mis en gras pour les besoins de la démonstration).

Et encore : cette obligation de réglementation pourrait elle-même s'avérer insuffisante pour assurer la prévention des risques liés à la baignade et aux activités nautiques, dans l'hypothèse où il s'avérerait difficile ou impossible de se prononcer sur la nature et la portée des conditions de pratique susceptibles d'être adaptées en vue de cette prévention, et/ou lorsqu'il serait certain que toute pratique – même encadrée de manière optimale – s'avérerait par principe incompatible avec l'exigence de sécurité des usagers de la mer. C'est une obligation d'interdiction de la baignade et des activités nautiques qui s'imposerait alors aux autorités de police administrative compétentes, lesquelles devraient en outre veiller au respect des interdictions édictées. Pour la commodité des propos subséquents, qualifions d'« **exceptionnels** » les dangers de ce type, en référence à la jurisprudence *Société Castillon-Plage* d'après laquelle toute interdiction générale et absolue (à laquelle se trouve assimilée une interdiction assortie d'exceptions par trop limitées, d'un point de vue territorial en l'occurrence) de la baignade (quelle que soit l'extension susceptible d'être donnée à cette notion), dans les limites du ressort de l'autorité de police administrative auteur de la mesure, n'est légale qu'à la condition de s'avérer nécessaire pour faire face à des circonstances exceptionnelles[93].

• Cette gradation est complexe. D'une part, les qualifications de danger « normal » et de danger « excessif » supposent que la détermination et la mise en œuvre de conditions de pratique effectivement adaptées aux risques avérés puissent relever de l'obligation générale de prudence des usagers de la mer. La distinction est seulement relative aux conditions dans lesquelles celle-ci, dont la portée est identique dans les deux hypothèses, peut être imputée à ces derniers. D'autre part, les qualifications de danger « grave » et de danger « exceptionnel » supposent au contraire que la détermination et la mise en œuvre de telles conditions de pratique ne puissent plus être confiées aux usagers de la mer, complètement du moins. La distinction est relative à la modalité juridique d'intervention des autorités de police administrative : restriction ou interdiction (chacune générant le type correspondant d'obligations spécifiques de prudence, les obligations d'un type donné ne pouvant avoir la même portée de principe que celles de l'autre type). Elle est donc également relative à la portée de la substitution du pouvoir d'appréciation de ces autorités à celui des particuliers. En définitive, si ces deux groupes de « dangers » – normal et excessif d'une part, grave et exceptionnel d'autre part – sont ainsi symétriques en ce qui concerne leurs présupposés, ils sont ainsi asymétriques quant à leur objet.

Cette asymétrie d'objet justifie que l'obligation de signalisation des dangers « excessifs » puisse trouver à s'appliquer dans l'hypothèse d'un danger « grave »,

[93] C.E., 7 décembre 1938, *Société Castillon-Plage, Rebeyrol et Cie*, Rec. p. 915 (affaire n° 59.938).

voire d'un danger « exceptionnel » mais dans des perspectives tout à fait spécifiques à ce titre.

En présence d'un danger « grave » tout d'abord, des obligations spécifiques de prudence procèdent des restrictions décidées par les autorités de police administrative ; leur publicité – exigée par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales – conditionne l'imputation des obligations spécifiques de prudence correspondantes à l'ensemble des usagers de la mer concernés. Le champ d'application de l'obligation générale de prudence s'en trouve réduit à due proportion, et cette dernière peut être en tout état de cause mise en œuvre de manière à mitiger les effets concrets d'un éventuel irrespect de ces normes juridiques spécifiques, de sorte que la question des conditions d'imputation de l'obligation générale de prudence se pose toujours. Il y a donc lieu de vérifier si les conditions d'imputation de cette obligation générale de prudence résiduelle sont remplies, ce qui suppose de déterminer si le danger peut être qualifié de « normal » ou d'« excessif » à cet égard. Ainsi, à l'obligation de signaler la réglementation applicable à la baignade et aux activités nautiques peut venir s'ajouter l'obligation de signaler les dangers « excessifs ». Il y a donc cumul des deux obligations.

En présence d'un danger « exceptionnel » maintenant, la situation est différente. La baignade et les activités nautiques devant être interdites en cette hypothèse, le champ d'application de l'obligation générale de prudence se trouve réduit à néant : il n'y a alors qu'une seule obligation de prudence, à caractère spécifique, celle de respecter les mesures d'interdiction en vigueur. À défaut d'obligation générale de prudence, la question des conditions de son imputation aux particuliers n'a aucun sens. Toutefois, il reste en l'occurrence un atome d'obligation générale de prudence : celui dont la fonction est de mitiger les effets concrets d'un éventuel irrespect des mesures d'interdiction. Or, eu égard à la définition d'un danger « exceptionnel » (voir celle dégagée plus haut), une telle entreprise de mitigation est forcément, soit des plus aléatoires en ce qui concerne ses chances de succès, soit vouée à l'échec. En conséquence, la signalisation des mesures d'interdiction paraît bien être suffisante pour imputer aux usagers de la mer, non seulement l'obligation spécifique de prudence correspondante, mais aussi l'atome d'obligation générale de prudence dont il vient d'être question. L'obligation de signalisation de la réglementation absorbe ainsi, pour ainsi dire, l'obligation de signalisation des dangers particuliers.

À cet égard, il est toutefois patent que le Conseil d'État retient une exception, dans l'hypothèse où le caractère « exceptionnel » du danger s'avère particulièrement prononcé, de même en conséquence que la vanité de toute éventuelle entreprise de mitigation. Pour la commodité des propos subséquents, qualifions ces risques de « **très exceptionnels** ». Dans son ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013, le Conseil d'État, après avoir relevé que le risque

mortel que constitue le risque requin présentait en l'occurrence un caractère particulièrement « *exceptionnel* », constaté la carence grave et manifestement illégale à cet égard des autorités de police administrative puis relevé la nécessité de « *supprimer* » ce risque et donc d'interdire baignade et activités nautiques dans toute la mesure nécessaire à cette fin (dans l'attente de la disponibilité de mesures de réduction du risque aussi efficaces et moins liberticides), a effectivement mis en exergue l'obligation de signaler « convenablement » ces interdictions et enjoint en conséquence au préfet de La Réunion de « *mettre en place une signalisation adaptée des interdictions ou des limitations de baignade et d'activités nautiques, en précisant clairement la nature des risques* »[94]. La signalisation des risques est ainsi définie comme un élément de la signalisation des mesures d'interdiction, dont elle vocation à spécifier la justification en vue de dissuader tout spécialement les infractions. La conception de cette exception s'avère ainsi parfaitement congruente avec celle du principe auquel elle apporte une limite, ce principe reposant effectivement sur l'absorption de l'obligation de signalisation des dangers particuliers par l'obligation de signalisation de la réglementation (qui consiste alors en une interdiction).

• L'effectivité d'une telle gradation des types d'actions de police administrative – la figure 2 synthétise cette dernière – suppose à l'évidence la définition et la mise en œuvre des instruments pertinents pour suivre et évaluer les diverses composantes du « *risque d'attaques de requins* » : aléa (accidentologie, fréquentation de la zone côtière par certaines espèces de requins réputées dangereuses, etc.), enjeux, modes d'exposition de ceux-ci aux aléas (nature et conditions intrinsèques d'exercice des activités concernées). L'un des objets d'une telle évaluation doit alors être de constituer et d'appliquer une grille de lecture permettant notamment d'apprécier si l'évolution des circonstances implique ou non le franchissement de l'un des seuils qui marquent la limite entre deux types de dangers, et ainsi entre une abstention et une intervention de l'autorité de police administrative ou entre deux types d'actions de police administrative.

c. Le rappel, par la cour, des autorités de police administrative compétentes en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Si le maire est l'autorité compétente en principe, du fait des pouvoirs de police de la baignade et des activités nautiques que lui attribue l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, la cour rappelle les possibilités d'intervention du préfet à ce titre en rappelant d'un point de vue général celles des

[94] La notion de « limitations » ainsi employée renvoie, dans le contexte de cette ordonnance, à des mesures d'interdiction dont le champ d'application temporel et géographique ne serait pas général, et non aux restrictions du type de celles qui peuvent être prises pour prévenir les dangers « graves ».

compétences de police administrative de ce dernier dont la pertinence avait déjà été relevée par le tribunal administratif de La Réunion : adoption de mesures de police administrative générale dont le champ d'application excède le territoire d'une commune ; en cas de carence du maire concernant l'exercice de ses pouvoirs de police administrative générale ; à l'intérieur du périmètre de la Réserve naturelle nationale marine de La Réunion. En ce qui concerne cette dernière compétence, la problématique soulevée lors de l'analyse du jugement du tribunal administratif reste d'actualité : dans quelles conditions l'objectif de sécurité des usagers de la mer peut-il venir se greffer sur celui de protection de l'environnement marin ?

La cour aurait pu saisir une occasion pour aborder cette problématique. En effet, le requérant développait à ce propos un argument visant à faire établir une carence du préfet en matière de prélèvement de requins bouledogues et tigres au sein de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion : les opérations de pêche, au jour de l'accident, n'auraient d'après lui pas été suffisantes pour au moins réduire l'aléa « requin » (il s'agit évidemment d'une allusion à la tentative du maire de Saint-Leu pour susciter une pêche préventive populaire de squales dans le périmètre de la réserve, dans les jours qui ont précédé l'attaque de requin dont a été victime le requérant). Toutefois, la cour n'évoque guère cette problématique. S'appuyant sur un raisonnement initialement développé par le Conseil d'État dans son ordonnance *Commune de Saint-Leu* d'août 2013 (à propos de faits postérieurs à ceux de l'affaire *Bujon*), elle rejette cet argument à titre surabondant (« *au surplus* ») : de tels prélèvements n'auraient pu produire l'effet de réduction escompté que si et dans la mesure où les populations de ces espèces de requins avaient présenté un comportement sédentaire ; or, une telle sédentarisation constituait, au moment de l'accident, une hypothèse qui restait à évaluer d'un point de vue scientifique – « *notamment par des opérations de marquage des individus* » souligne la cour – de sorte que le préfet pouvait légitimement attendre « *d'avoir eu au préalable une connaissance scientifique* » sur ce point avant de développer un effort de pêche préventive (considérant n° 6).

2. Les contradictions de la cour quant à la part de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » susceptible d'incomber aux autorités de police administrative

Pour répondre au premier moyen d'appel du requérant, axé sur l'obligation de signalisation des dangers « anormaux », la cour devait nécessairement statuer sur le caractère normal ou excessif du rattachement de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requin* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer concernés en l'espèce (a). Or, si un caractère « normal » ressort de la structure de son raisonnement à cet égard, cette appréciation manque de franchise et s'avère potentiellement caduque au jour de l'attaque de requin (b). De surcroît,

cette appréciation voisine avec la mobilisation, par la cour, d'éléments impliquant l'impossibilité de rattacher à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer la majeure partie de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » en raison du caractère exceptionnel de ce risque (c). La réponse de la cour au premier moyen du requérant se trouve donc entachée de contradiction, à tel point qu'il s'avère impossible à ce stade de déterminer quelle part de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » revenait en l'occurrence aux autorités de police administrative selon la cour.

a. La nécessité de statuer sur le caractère normal ou excessif du rattachement de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer

Le maire de la commune de Saint-Leu, et accessoirement le préfet de La Réunion, ont-ils en l'occurrence manqué à l'obligation de signaler aux baigneurs et surfeurs un risque requin dont il aurait été anormal de mettre la prévention à leur charge ? La cour a jugé cette problématique spécifique par rapport à celle traitée à travers le jugement du tribunal administratif de La Réunion analysé plus haut, au point de n'avoir pas éprouvé le besoin de se référer aux arrêtés préfectoraux de 2011 – il s'agit de celui définissant à titre transitoire un régime signalétique unique pour La Réunion, fondé sur le décret du 8 janvier 1962 et concernant la baignade et la pratique du surf dans un contexte de risque requin accru – et de 2008 – il s'agit de celui qui, notamment, reprend pour La Réunion la règle d'interdiction de circulation nocturne définie au niveau national à l'égard des engins de plage et engins non immatriculés. Seul l'arrêté pris le 1er mars 2011 par le maire de Saint-Leu présentait, selon les vues de la cour, un intérêt en vue de répondre à cette problématique.

La cour ayant préalablement retenu le principe suivant lequel la « *prévention du risque d'attaques de requins* » relève normalement de l'obligation générale de prudence des baigneurs et surfeurs, toute la question était précisément de savoir si le cas d'espèce présentait des circonstances particulières de nature à justifier une appréciation différente. Le caractère excessif d'un tel rattachement était effectivement seul à même de justifier une obligation de signalisation spécifique du risque requin inhérent au spot de la Gauche de Saint-Leu. Il importe de souligner que l'on retrouve ainsi, mais sur le seul terrain de la signalisation, la problématique plus générale à laquelle le tribunal administratif de La Réunion aurait dû s'intéresser s'il n'avait pas commis l'erreur de droit relevée plus haut, c'est-à-dire considéré à tort que la pratique du surf était interdite sur le spot de la Gauche à Saint-Leu au moment de l'attaque de requin concernée : la détermination des mesures de nature à mettre en œuvre l'objectif spécifique de « *prévention du risque d'attaques de requins* » en l'espèce. Si l'appel du requérant ne contestait pas cette erreur de droit d'une manière expresse et générale, le moyen

développé sur le terrain de l'obligation de signalisation conduisait ainsi à devoir aborder au moins partiellement la problématique consécutive.

b. Le caractère normal du rattachement de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer : une appréciation diffuse et datée

La cour estime visiblement qu'il n'y a en l'espèce aucune circonstance particulière de nature à justifier une appréciation différente de celle suivant laquelle l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » se rattache normalement à l'obligation générale de prudence des baigneurs et surfeurs. Cette appréciation apparaît toutefois datée.

• L'appréciation fondamentale de la cour à cette fin est la suivante : elle juge implicitement que le « *risque d'attaques de requins* » ne se distingue alors pas suffisamment, de par ses caractéristiques, des autres causes d'insécurité du spot de la Gauche de Saint-Leu ; sur cette base, elle relève le caractère approprié de l'action de police administrative consistant à poser des normes générales pour faire face à cette insécurité – celle-ci étant appréciée de manière globale. C'est ce qui ressort de son raisonnement. Après avoir rappelé les circonstances précises de l'attaque (dans l'ordre : date de la pratique ; heure du début de pratique ; identification du lieu de la pratique ; caractérisation juridique de ce lieu – à l'intérieur de la bande des 300 mètres et du périmètre de la Réserve naturelle nationale marine ; heure de l'attaque ; conséquences physiques de l'attaque), la cour focalise son attention sur diverses caractéristiques du lieu de l'accident. Elle relève à ce titre l'adéquation de la réglementation applicable à ce lieu avec les principales caractéristiques de celui-ci. Caractérisant le spot de la Gauche de Saint-Leu comme « *une partie du rivage qui ne constituait pas un lieu de baignade présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades et des activités nautiques* », la cour met en exergue le fait que ce lieu a été identifié comme tel par la réglementation municipale de la baignade et des activités nautiques : le site « *était signalé comme 'accès et site dangereux, à vos risques et périls, baignade interdite' par un arrêté du maire de Saint-Leu n° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur cette commune, l'article 15 spécifiant que 'toute personne qui se baigne dans les zones non surveillées signalées par des panneaux et dont l'accès est libre, le fait à ses risques et périls* ». Plus encore, la cour insiste sur cette identification et son caractère approprié au vu des caractéristiques du site : « *Il est constant que le spot sur lequel a eu lieu l'accident relevait de ce secteur désigné par l'arrêté municipal* […] ».

C'est à titre surabondant – « *au demeurant* » – que la cour souligne la présence sur le site d'une information parfaitement claire au sujet de cette réglementation : l'arrêté municipal « *était matérialisé, par un panneau explicite quant à la dangerosité des lieux sur lequel était mentionné : 'baignade interdite,*

site dangereux, accès à vos risques et périls' indiquant sans ambiguïté que la baignade y était strictement interdite ». La surabondance de ce constat procède à l'évidence du fait que la signalisation de la réglementation applicable sur le spot de la Gauche de Saint-Leu constitue un fait non pertinent au regard du moyen du requérant, qui visait spécifiquement l'obligation générale de signalisation des risques excédant ceux dont la prévention peut être normalement mise à la charge des baigneurs et pratiquants d'activités nautiques. Il y a là deux obligations distinctes de par leur statut (légal/jurisprudentiel), leur finalité (contribuer à l'exécution effective de la réglementation de la baignade et des activités nautiques dans la bande des 300 mètres/susciter chez l'usager de la mer un comportement prudent adapté aux dangers « anormaux » recensés sur le site) et leur portée (signaler la réglementation applicable/signaler les dangers « anormaux » existants) juridiques. Et ce, même si elles peuvent bien évidemment devoir se compléter.

Si une réglementation générale de la baignade et des activités nautiques était appropriée pour faire face aux causes d'insécurité du site, c'est-à-dire puisque le « *risque d'attaques de requins* » ne présentait alors aucune particularité le distinguant notablement des autres causes d'insécurité d'après la cour, alors l'obligation de signalisation des risques excédant ceux dont la prévention peut être normalement mise à la charge des baigneurs et pratiquants d'activités nautiques ne trouvait pas à jouer. Il suffisait au maire de veiller à la bonne signalisation *in situ* de cette réglementation, de manière à respecter l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales en ce qu'il fait obligation au maire « *d'informer le public par une publicité appropriée, en mairie et sur les lieux où elles se pratiquent, des conditions dans lesquelles la baignade et les activités nautiques sont réglementées* ». Tel est le sens de la conclusion de la cour sur ce point – dont la formulation aurait toutefois mérité davantage de précision : « *Ainsi, il ne peut être reproché au maire de Saint-Leu une quelconque carence quant au caractère approprié de l'affichage et d'une information suffisante sur des dangers identifiés, au regard des articles L. 2213-23 et L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales ou des dispositions du décret n° 2007-236 du 21 février 2007, en ce secteur spot de la Gauche de Saint-Leu. Par conséquent, il ne peut être fait reproche d'une quelconque carence du préfet dans l'exercice de son pouvoir de substitution au maire qu'il tient de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales* ». La cour confirme cette appréciation plus loin dans son raisonnement, en refusant – à titre surabondant – de prendre en compte des faits postérieurs à l'attaque et susceptibles, d'après le requérant, de révéler l'existence d'une situation inverse au moment de l'accident. Elle tient effectivement à souligner que « *la circonstance qu'après l'accident* […], *des panneaux de signalisation faisant expressément référence aux attaques de requins aient été mis en place sur les lieux concernés, ne saurait, à elle seule, établir*

l'existence d'une faute du maire de la commune ou du préfet dans l'exercice de leur pouvoir de police ».

• Ce raisonnement de la cour se trouve compromis par une faiblesse de taille. En effet, tout indique à la réflexion qu'elle se réfère à l'arrêté pris le 1er mars 2011 par le maire de Saint-Leu pour déterminer, au vu de son contenu, s'il était normal ou excessif de rattacher l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer concernés (la démarche semble donc bien être l'inverse de celle que la structure du raisonnement donne à voir). D'une part, il s'agit de la justification la plus évidente que l'on puisse donner à l'analyse juridictionnelle de cet arrêté, dans le cadre d'un raisonnement destiné à vérifier si l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » était applicable en l'espèce. D'autre part, cette lecture du raisonnement juridictionnel se trouve renforcée si l'on considère la très grande généralité de l'appréciation portée sur les caractères du lieu de l'attaque, la formation de jugement se bornant à relever qu'il s'agit d'« *une partie du rivage qui ne constituait pas un lieu de baignade présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades et des activités nautiques* ». En effet, la confrontation de cette caractérisation du spot de surf aux mesures de police municipale applicables au moment de l'attaque ne manque pas d'interroger : la très grande proximité de la première et des secondes – c'est un euphémisme – ne permet pas d'exclure que la Cour a davantage caractérisé le lieu de l'attaque au regard des normes contenues dans l'arrêté municipal, qu'au terme d'une évaluation des faits critique à l'égard de ces normes. En conséquence, si la cour donne à voir un certain contrôle quant au caractère approprié ou non des mesures de l'arrêté aux circonstances, cette impression n'a pour elle que la structure formelle du raisonnement couché dans l'arrêt, et s'avère donc trompeuse. De plus et surtout, la cour fait en réalité fond sur l'évaluation des risques effectuée par l'autorité de police municipale en vue de concevoir son arrêté du 1er mars 2011, et non sur une évaluation de ces risques distincte de la première et à jour des évènements postérieurs survenus jusqu'au moment de l'attaque de requin. Conclure en l'espèce au caractère normal du rattachement de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer, et ainsi à l'inapplicabilité de l'obligation de signalisation des dangers « anormaux », constitue donc une appréciation en manque d'actualisation au jour de l'attaque de requin.

Force est par ailleurs de constater l'absence d'affirmation explicite, dans le texte de l'arrêt, de l'appréciation de la cour suivant laquelle il était normal de rattacher l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'usager de la mer concerné. Cette appréciation transparaît seulement – mais de manière indubitable – à travers la structure du raisonnement de la cour. Ce manque d'explicitation doit être rapproché de la présence, au sein de ce même

raisonnement, d'éléments qui sont insusceptibles de concorder avec elle – tout en étant en eux-mêmes contestables.

c. La présence d'éléments impliquant l'impossibilité de rattacher tout ou partie de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer

Dans le cours du raisonnement analysé plus haut, la cour insiste à titre surabondant sur la clarté de l'information présente *in situ* quant à la réglementation municipale applicable à la baignade et aux activités nautiques : l'arrêté pris le 1er mars 2011 par le maire de Saint-Leu « *était matérialisé, par un panneau explicite quant à la dangerosité des lieux sur lequel était mentionné : 'baignade interdite, site dangereux, accès à vos risques et périls' indiquant sans ambiguïté que la baignade y était strictement interdite* ». Cette dernière proposition marque indubitablement l'adhésion de la cour à l'opinion du tribunal administratif de La Réunion d'après laquelle cette interdiction de la baignade vaut interdiction du surf en l'occurrence. Cette analyse se trouve confirmée par une précision qu'apporte la cour au niveau d'une étape ultérieure de son raisonnement (qui sera étudiée ci-après) : c'est « *en infraction avec les mesures de police prises par le maire et par le préfet dans le périmètre de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion* », estime la cour, que le requérant a pratiqué le surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu le jour de l'attaque de requin.

Si l'on suit la cour sur ce point, c'est-à-dire si l'on fait abstraction du fait qu'elle se borne en réalité à reprendre ce qui n'est qu'une erreur de droit du tribunal administratif de La Réunion (ainsi que cela a été démontré plus haut), son raisonnement s'avère incohérent pour deux grandes raisons. En premier lieu, et ainsi que cela a été souligné précédemment, toute interdiction générale et absolue (à laquelle se trouve assimilée une interdiction assortie d'exceptions par trop limitées – d'un point de vue territorial par exemple) de la baignade (quelle que soit l'extension susceptible d'être donnée à cette notion), dans le ressort de l'autorité de police administrative auteur de la mesure, n'est légale qu'à la condition de s'avérer nécessaire pour faire face à des circonstances exceptionnelles. C'est dans le droit fil de cette jurisprudence administrative, très ancienne puisqu'elle remonte au moins aux années 1930[95], que le Conseil d'État a spécifié dans son ordonnance d'août 2013 que le « *risque mortel* » « *exceptionnel* » en lequel s'analyse alors le risque requin à La Réunion justifie l'interdiction générale de la baignade et des activités nautiques utilisant la force motrice des vagues, jusqu'à ce que la mise en œuvre de dispositifs de réduction de risque permette de ramener sa qualification à un niveau acceptable (d'où, en

[95] C.E., 7 décembre 1938, *Société Castillon-Plage, Rebeyrol et Cie*, Rec. p. 915 (affaire n° 59.938).

pratique, une interdiction durable)[96]. Or, une hypothèse dans laquelle il est normal de rattacher à titre principal l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer concernés n'est à l'évidence pas compatible avec une interdiction générale et durable desdits usages. Ainsi que cela a été montré plus haut à travers l'établissement d'une gradation des types d'actions de police administrative, une telle interdiction suppose la plus grande impossibilité d'effectuer un tel rattachement, laquelle ne peut être qu'exceptionnelle dans un ordre juridique fondé sur le principe de liberté. En second lieu, la cour ne fait aucun pas en direction de la seule voie qui aurait été de nature à dépasser cette contradiction : considérer qu'en raison de l'interdiction de la baignade – entendue de manière extensive, comme comprenant une interdiction du surf – l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » – au nombre desquels le « *risque d'attaques de requins* » aurait alors été rangé – était inapplicable, cette obligation ayant pour fonction de susciter le comportement de prudence adéquat de la part du pratiquant d'une activité qui peut être légalement entreprise. En effet, l'interprétation extensive de l'interdiction de la baignade n'est expressément évoquée qu'en dehors de la réponse de la cour au premier moyen d'appel du requérant. L'élément déterminant de la conclusion de la cour sur ce moyen ne peut donc résider dans cette interprétation : ainsi que cela a été précédemment souligné, il consiste nécessairement en l'absence de spécificité du « *risque d'attaques de requins* » vis-à-vis des autres causes d'insécurité du spot de la Gauche de Saint-Leu, laquelle doit alors être interprétée comme signifiant qu'il est normal de rattacher l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer concernés.

En somme, la cour s'appuie sur l'arrêté pris par le maire de Saint-Leu le 1er mars 2011 pour estimer qu'il est normal de procéder à ce rattachement, tout en reconduisant une erreur de droit commise par le tribunal administratif de La Réunion et qui suppose l'impossibilité d'une telle appréciation. Cette démarche juridictionnelle kafkaïenne semble ainsi bien donner à voir les pôles entre lesquels les autorités de police administrative étaient amenées à devoir se positionner, en matière d'évaluation du risque requin, en cette période d'intensification du risque requin réunionnais (2011-2012). D'une part, il a déjà été mis en évidence que l'absence de spécificité accordée au risque requin par le maire de Saint-Leu peut globalement se justifier au jour de l'adoption de l'arrêté municipal le 1er mars 2011, nonobstant les inquiétudes exprimées par divers pratiquants suite à leurs observations répétées de gros requins bouledogues dans la zone balnéaire[97]. De cette absence de spécificité, on peut déduire qu'il était alors normal de rattacher l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation

[96] Sur ce point, voir notre étude : « L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes », *ibid.*
[97] Voir I, B, 1.

générale de prudence des surfeurs, à l'instar des autres risques inhérents à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. D'autre part, la multiplication des attaques de requin sur la côte Ouest, ainsi que l'adoption par le préfet des premières mesures de police administrative spécifiques au risque requin et valables à l'échelle de l'ensemble du département (arrêté du 20 septembre 2011), étaient en revanche de nature à justifier une réévaluation à la hausse du risque requin. La volonté de la cour de faire fond sur l'évaluation des risques inhérents au site effectuée par le maire de Saint-Leu, mise en évidence plus haut au travers de l'analyse de la manière dont la cour se réfère à l'arrêté municipal du 1er mars 2011, montre à cet égard que la juridiction d'appel n'a pas voulu aborder les questions de réévaluation du risque requin que posaient alors pourtant clairement la nette intensification de ce risque ainsi qu'une importante pièce du dossier contentieux (sur laquelle on reviendra plus loin).

En définitive, la cour s'est montrée particulièrement évasive pour rejeter le premier moyen d'appel du requérant : si c'est une réponse négative que son arrêt donne à voir d'un point de vue formel, cette solution s'avère radicalement incompatible, d'un point de vue matériel, avec ce qu'implique l'erreur de droit commise par le tribunal administratif de La Réunion et reproduite par la juridiction d'appel. Ainsi cette dernière élude-t-elle, pour répondre au moyen, la question pourtant décisive à cet égard de la portée de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombait aux autorités de police administrative réunionnaises en vue de faire face à une intensification de la « crise requin » (2011-2012). Certes, il serait possible de relativiser la portée de cette critique en relevant qu'en tout état de cause, l'imprudence de la victime est telle, d'après la cour, qu'elle est de nature à paralyser le constat ou les effets de toute faute éventuelle desdites autorités en la matière. Toutefois, une telle appréciation s'avère déséquilibrée, pour des raisons qui conduisent au contraire à critiquer davantage encore l'attitude élusive de la cour.

B. La nécessité de clarifier l'articulation entre les droits de la police et de la responsabilité administratives pour déterminer les implications de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Comme cela a d'ores-et-déjà été souligné, le premier moyen d'appel présenté par le requérant vise à obtenir la remise en cause du jugement rendu par le tribunal administratif en ce qu'il impute au surfeur une obligation globale de prudence concernant la détermination des conditions de sa pratique[98]. En substance, ce moyen revient à faire valoir que les conditions de cette imputation relèvent fondamentalement du droit de la police administrative (en ce qu'il comporte une obligation de signalisation des dangers « anormaux »), dont les

[98] Dans la présentation du A/ du II/.

conséquences devraient donc être tirées sur le plan du droit de la responsabilité administrative (qui régit les conditions d'imputation du fait dommageable aux personnes publiques). La cour rejette ce premier moyen en l'ayant *a priori* compris d'une manière stricte, c'est-à-dire sans paraître aborder les enjeux systémiques qui le sous-tendent. Contestant directement la conclusion de la juridiction de première instance d'après laquelle les imprudences du requérant constituent la cause unique des préjudices que celui-ci a subis en conséquence de l'attaque de requin, le second moyen d'appel se trouve lui aussi rejeté par la cour, qui confirme ainsi l'appréciation du tribunal administratif de La Réunion. L'analyse des motifs du rejet du second moyen d'appel confirme la prise en considération en tout état de cause insuffisante du caractère systémique des enjeux juridiques de l'affaire, en mettant en exergue la nécessité de clarifier l'articulation entre le droit de la police administrative et le droit de la responsabilité administrative en vue de déterminer les implications de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* ». En effet, cette analyse permet de constater la coexistence d'une exclusion de responsabilité administrative avec l'accomplissement de certains contrôles concluant à l'absence de faute des autorités de police administrative compétentes en vue de cette prévention, ce qui s'avère par principe problématique (1). S'il est possible de comprendre certains points de l'arrêt comme une tentative effectuée par la cour en vue de réduire l'incompatibilité des deux éléments, leur coexistence n'en reste pas moins foncièrement incohérente (2). De surcroît, la juridiction d'appel se montre peu regardante pour ce qui concerne la détermination des éléments de l'obligation de prudence liés aux actions de police administrative entreprises en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* » (3).

1. La coexistence problématique d'une exclusion de toute responsabilité administrative et de certains contrôles concluant à l'absence de faute des autorités de police administrative

À travers son second moyen d'appel, le requérant reprochait également au tribunal administratif de la Réunion d'avoir retenu son « *comportement* […] *pour écarter la responsabilité du préfet* ». La cour rejette ce moyen au terme d'un raisonnement en trois temps. Au sein du troisième temps, la cour évoque explicitement – contrairement au jugement contesté – l'obligation de prudence qui incombait au surfeur (celui-ci « *se devait de se prémunir par un comportement prudent et adapté aux circonstances dans lesquelles il pratiquait son activité sportive* »). De la confrontation entre cet élément et les deux premiers temps du raisonnement, elle tire la conclusion suivant laquelle « *l'accident* […] *ne peut être attribué et imputable qu'à sa seule imprudence* ». Contrairement au tribunal, la cour distingue ainsi expressément l'attribution et l'imputation de l'accident à l'« *imprudence* » du surfeur. Cette distinction semble marquer la volonté de la cour de différencier le plan de la causalité matérielle (que désignerait la notion

d'attribution) de celui de la causalité juridique (que désignerait la notion d'imputabilité), dans l'objectif de renforcer le potentiel de conviction de sa conclusion. Cette dernière reste en définitive identique à celle du tribunal, en ce que la cour juge que l'imprudence intégrale du requérant constitue la cause unique des préjudices subis par ce dernier en conséquence de l'attaque de requin, et qu'ainsi toute possibilité de responsabilité administrative se trouve exclue en l'espèce. Or, cette exclusion de responsabilité administrative voisine avec des éléments qui paraissent *a priori* difficilement compatibles avec elle.

Alors que le tribunal administratif avait spécifié que cette exclusion de responsabilité impliquait l'absence de « *besoin de prendre position sur le caractère suffisant ou non, à la date de l'accident, des mesures qui avaient été prises par le maire de Saint-Leu et le préfet de La Réunion en vue de limiter le 'risque requin'* », une telle précision ne se retrouve pas dans l'arrêt de la cour. Contrairement aux deux premières différences relevées ci-dessus, celle-ci s'avère significative. À l'évidence, l'abstention de la cour procède de ce qu'elle a effectué par ailleurs un certain contrôle du comportement des autorités de police administrative compétentes en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* », ce qui ne va pas sans poser des questions de cohérence.

C'est d'abord et avant tout le cas lorsque la cour vérifie si ces dernières n'ont pas méconnu l'obligation générale de signalisation des dangers « anormaux » / « excessifs » qui leur incombe. Une question de cohérence se pose alors : comment une exclusion de toute possibilité de responsabilité administrative peut-elle s'accommoder d'un quelconque contrôle du comportement des autorités publiques compétentes ? La seule solution de cohérence à cet égard est de considérer que le contrôle du respect de l'obligation générale de signalisation des dangers « excessifs » remplit à titre exclusif une fonction préalable à la recherche de toute éventuelle responsabilité administrative. Or, il n'en existe qu'une seule envisageable : celle consistant à vérifier si le pratiquant était suffisamment averti des dangers inhérents au surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, pour qu'il soit possible de lui imputer une obligation générale de prudence[99].

De surcroît, un autre contrôle est effectué immédiatement après le rejet du second moyen (considérant n° 6). Ainsi que cela a déjà été souligné, la cour tient à préciser, à titre surabondant (« *au surplus* »), l'absence de bien-fondé du moyen soulevant la carence illégale et donc fautive du préfet en matière de prélèvement de requins tigres et bouledogues dans le périmètre de la réserve naturelle marine, compte tenu de l'absence des connaissances scientifiques nécessaires pour apprécier l'adéquation de telles mesures au regard de l'obligation de « *prévention*

[99] Sur ce point, voir le 2, a ci-dessous.

du risque d'attaques de requins »[100]. De la même manière, la cour rejette alors l'argument d'après lequel l'installation sur le site de « *panneaux faisant expressément référence aux attaques de requins* », postérieurement au 5 août 2012, constitue une circonstance témoignant de la carence du maire et du préfet en matière de signalisation. Pour permettre d'établir une telle carence, ce fait aurait dû être étayé par d'autres circonstances congruentes d'après la cour. Si l'on comprend la volonté de la cour de signifier ainsi au requérant que son action n'a d'après elle aucune chance de succès, il reste que, d'un point de vue théorique, la coexistence d'une exclusion de responsabilité administrative avec une certaine recherche de celle-ci s'avère dérangeante. La surabondance affichée de ce contrôle ne masquerait-elle pas une certaine inadaptation des structures du raisonnement juridique déployé par la juridiction administrative ?

2. L'irréductible incohérence de la coexistence d'une exclusion et d'un contrôle de la responsabilité des autorités de police administrative en matière de « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Si une exclusion de responsabilité administrative coexiste avec certains contrôles dont ressort l'absence de faute des autorités de police administrative compétentes en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* », les difficultés que pose ce voisinage peuvent être réduites à certains égards. Il faut pour cela dissocier les conditions d'imputation aux pratiquants d'une obligation de prudence, et les conditions d'imputation au surfeur des contrariétés de son comportement avec cette obligation. Si l'arrêt de la cour peut parfaitement faire l'objet d'une telle lecture (a), celle-ci ne suffit pas à résorber l'essentiel des difficultés susmentionnées. En effet, la juridiction d'appel ne fait pas vraiment droit à la nécessité de contrôler, préalablement à la vérification des conditions d'imputation d'une obligation de prudence aux pratiquants, les appréciations retenues par les autorités de police administrative en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* » (b).

a. La possible dissociation des conditions d'imputation aux pratiquants d'une obligation de prudence et des conditions d'imputation au surfeur des contrariétés de son comportement avec cette obligation

D'un point de vue formel, la cour paraît se limiter à statuer sur les moyens d'appel du requérant, qui ne sont guère articulés eux-mêmes. Par certains de ses aspects, le contrôle développé par la cour semble toutefois traduire la prise en considération du caractère systémique des enjeux juridiques de l'affaire. C'est ce qui apparaît en particulier à travers la possible dissociation des conditions d'imputation d'une obligation de prudence aux pratiquants et des conditions

[100] Voir le II, A, 1, c.

d'imputation au surfeur des contrariétés de son comportement avec celle-ci. Il demeure cependant que la démarche suivie n'est pas complètement explicitée.

La nécessité de considérer le contrôle du respect de l'obligation générale de signalisation des dangers « excessifs » comme une vérification des conditions d'imputation aux pratiquants d'une obligation générale de prudence, tout d'abord, fournit des indications de nature à expliquer l'attachement de la cour à mettre en valeur l'accomplissement, en l'espèce, de l'obligation que prévoit l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales s'agissant de la signalisation de la réglementation municipale de la baignade et des activités nautiques applicable au site. Si cette mise en exergue est justement considérée par la cour comme étant surabondante pour ce qui est de vérifier l'accomplissement de l'obligation générale de signalisation des dangers « anormaux », elle apparaît en réalité très opportune s'agissant des obligations spécifiques de prudence que contient d'après elle la réglementation en question. Elle permet principalement à la cour de délimiter le champ de l'obligation globale de prudence imputée à tout pratiquant du spot de la Gauche de Saint-Leu ainsi averti, en se distinguant de la présentation formelle employée à cette fin par le tribunal administratif, tout en soulignant son applicabilité – synonyme de possibilité d'imputation. À la différence de la juridiction réunionnaise, la cour ne mentionne par ailleurs pas la réglementation préfectorale pertinente à ce stade du raisonnement, alors même que certains de ses éléments ne sont pas repris par les arrêtés municipaux. C'est le cas plus particulièrement le cas de l'interdiction de circulation nocturne de certains engins nautiques, à compter de l'heure précédant le coucher du soleil. Aucune obligation spécifique de signalisation n'est certes posée d'un point de vue général pour cette réglementation, opposable *erga omnes* dès sa publication *via* un support adéquat au vu de sa portée[101], cette exigence se trouvant remplie en l'occurrence[102]. La diversité du droit applicable s'agissant des modalités de publicité juridique s'avère toutefois être une contrainte potentiellement non-négligeable, dès lors qu'il est question de déterminer les éléments de l'obligation globale de prudence imputables à un usager de la mer.

[101] Pour un rappel général et précis de la jurisprudence administrative pertinente à ce propos, voir J.-C. BONICHOT – P. CASSIA – B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, collection « Grands arrêts », 2020, 7ème édition, 1564 pp. (chapitre dédié aux conditions de recevabilité relatives au délai pour agir).

[102] L'arrêté préfectoral n° 1744 du 15 juillet 2008 a été publié dans le numéro du mois de juillet 2008 du *Recueil des actes administratifs* de la Préfecture de La Réunion (partie « Direction des affaires maritimes » – URL : http://administration.reunion.gouv.fr/spip.php?article427). L'arrêté préfectoral n° 1400 du 20 septembre 2011 a été publié dans le numéro du mois de septembre 2011 du *Recueil* en question (partie « Cabinet » – URL : http://administration.reunion.gouv.fr/spip.php?article783). Dernières consultations le 3 mars 2021.

Que le contrôle du respect de l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » / « excessifs » fasse office de vérification des conditions d'imputation de l'obligation générale de prudence au surfeur, puis de prétexte pour relever l'accomplissement de l'obligation de signalisation de la réglementation municipale prévue par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales (condition d'imputation aux pratiquants d'obligations spécifiques de prudence), pourrait par ailleurs être de nature à expliquer pourquoi la référence au surfeur averti (« *surfeur expérimenté et qui connaissait les lieux* ») n'apparaît qu'au stade du déploiement par la cour de la « *méthode 'in abstracto subjective'* » destinée à rechercher l'éventuel manquement du requérant à son obligation globale de prudence[103]. À ce titre, la cour reproduit de manière synthétique le raisonnement du tribunal, consistant à relever de manière objective la contrariété du comportement du surfeur aux deux implications de l'obligation globale de prudence puis à s'appuyer sur l'avertissement du surfeur pour les lui imputer. Dans le contexte précédemment rappelé, la référence au surfeur averti n'aurait ainsi pas pour fonction de justifier l'imputation d'une obligation globale de prudence à celui-ci (qui procède du respect des obligations de signalisation), mais seulement de motiver l'imputation au surfeur des contrariétés de son comportement avec les implications de cette dernière. Ce découplage des fonctions de la référence au surfeur averti – autrement dit ce dédoublement des conditions d'imputation liées à l'obligation globale de prudence – consiste à assigner une fonction spécifique au standard du surfeur averti.

Si l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » se rattache en principe à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer et le cas échéant aux obligations spécifiques de prudence qui dériveraient des mesures de police administrative prises à cette fin, et si ces obligations de prudence sont imputées aux pratiquants du fait notamment de l'accomplissement des formalités de signalisation requises, alors c'est d'un dédoublement similaire que semble procéder la référence de la cour au lieu et à la durée de résidence du surfeur pour juger en définitive que celui-ci avait nécessairement connaissance du « *risque d'attaques de requins* » sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. Cette référence paraît avoir pour seule fonction de confirmer l'imputation au requérant des contrariétés de son comportement avec celles des implications de l'obligation globale de prudence qui sont spécifiquement relatives à la « *prévention du risque d'attaques de requins* »[104].

---

[103] L'expression, déjà citée, est employée par G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 187-290.

[104] En ce sens, voir G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 233-242.

b. La nécessité d'un contrôle des appréciations des autorités de police administrative préalablement à la vérification des conditions d'imputation d'une obligation de prudence aux pratiquants

Ainsi que cela a été précédemment mis en évidence, l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » / « excessifs » ne présente pas un caractère autonome, mais correspond seulement au deuxième des cinq types d'articulation entre obligations des autorités de police administrative et obligation de prudence des usagers de la mer qui peuvent être appropriés en vue de prévenir les risques inhérents à la baignade et aux activités nautiques (au nombre desquels figure le « *risque d'attaques de requins* »)[105]. La signalisation de la réglementation de la baignade et des activités nautiques, exigée par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, constitue par ailleurs une mesure obligatoire de publicité de normes de police qui relèveraient des quatre derniers types. À leur égard, il convient de surcroît de rappeler que les mesures à prendre par les autorités de police administrative en vue d'assurer la prévention de ces risques impliquent nécessairement des obligations spécifiques de prudence pour les usagers de la mer avertis, au-delà desquelles ceux-ci doivent éventuellement mettre en œuvre une obligation générale de prudence – obligations spécifiques et obligation générale constituant alors une obligation globale de prudence[106].

La prise en compte de ces éléments amène à relever une contradiction dans les appréciations de la cour. En premier lieu, si la vérification de la possibilité d'imputer aux pratiquants de la baignade et des activités nautiques une obligation de prudence prend notamment en l'occurrence la forme d'un contrôle du respect de l'obligation générale de signalisation des dangers « excessifs », cela suppose donc d'avoir au préalable jugé que la mise en œuvre, par les usagers de la mer, de leur obligation générale de prudence, était suffisante en vue d'assurer la « *prévention du risque d'attaques de requins* ». En d'autres termes, cela nécessite d'avoir au préalable jugé qu'il n'était pas nécessaire aux autorités de police administrative d'intervenir pour spécifier les conditions de pratique de la baignade et des activités nautiques adéquates à cette fin, voire le cas échéant d'interdire ces dernières. En second lieu, la vérification de l'accomplissement de l'obligation de signalisation de la réglementation prévue par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales, même effectuée à titre officiellement surabondant, suppose également d'avoir au préalable estimé qu'il n'était pas nécessaire aux autorités de police administrative de prévoir des normes plus contraignantes que celles fixées par cette réglementation, qui comprend notamment une interdiction de la baignade. Cette interdiction ayant été assimilée par la cour à l'interdiction de toute activité nautique sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, une telle

[105] Voir le II, A, 1.
[106] En plus du renvoi effectué ci-dessus, voir également le I, B, 2.

appréciation se comprend parfaitement : il est impossible de concevoir une mesure plus rigoureuse qu'une interdiction aussi étendue. Il existe donc un hiatus évident entre les deux appréciations.

Ce hiatus montre certes que la cour ne s'est pas aventurée sur le terrain de ces appréciations, mais permet de souligner par ailleurs que l'objectif d'assurer la cohérence du droit et de son raisonnement aurait dû l'y amener. Or, les contrôles nécessaires sur ce terrain sont susceptibles de conduire à juger illégale et donc fautive une abstention ou une action des autorités de police administrative compétentes en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* ». Un tel hiatus est donc incompatible avec toute exclusion de responsabilité administrative, seule l'exonération – totale ou partielle – d'une telle responsabilité éventuellement reconnue étant alors envisageable. Cette critique renforce donc la pertinence de la solution préconisée à l'issue de la première partie[107], tout en permettant de préciser ses contours : imputabilité d'une attaque de requin aux personnes publiques titulaires des compétences de police administrative pertinente, auxquelles sont inhérentes une obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » (qui implique au minimum un suivi et une évaluation de ce risque) ; précision intégrée des implications de cette exigence préventive pour les autorités de police administrative et de la portée de l'obligation de prudence imputable aux usagers de la mers (générale ou globale) ; recherche d'une éventuelle responsabilité administrative ; en cas de reconnaissance d'une responsabilité administrative, vérification de la réalisation des conditions d'imputation de cette obligation de prudence aux usagers de la mer puis, le cas échéant, de la présence et le cas échéant de l'importance d'une éventuelle cause exonératoire de responsabilité (fait de la victime en particulier) ; en l'absence de cause exonératoire de responsabilité, ou en présence d'une cause exonératoire seulement partielle, caractérisation puis imputation à la personne publique du droit à réparation de la victime.

3. Les négligences de la cour dans la détermination des éléments de l'obligation de prudence liés aux actions de police administrative ayant pour objet la « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Le constat de deux négligences renforce encore davantage la nécessité de clarifier l'articulation entre les droits de la police et de la responsabilité administratives en vue de déterminer les implications de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* ». La cour reproduit tout d'abord la surprenante erreur du tribunal administratif, consistant à estimer qu'une interdiction du surf était en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'attaque de requin (a). Elle ignore simultanément la nécessité alors avérée

[107] Voir le I, B, 2.

d'une réglementation de la pratique du surf en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* » (b).

a. L'obligation de respecter l'interdiction du surf en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu d'après la cour : une norme dépourvue de toute base légale

Pour imputer au surfeur les contrariétés de son comportement avec les implications de l'obligation globale de prudence mise à sa charge du fait notamment de l'accomplissement des diverses obligations de signalisation pertinentes, la cour relève tout d'abord l'expérience pratique et la connaissance du spot de la Gauche de Saint-Leu qu'il a acquises, pour en déduire sa nécessaire connaissance (« *ne pouvait ignorer* ») des caractéristiques de sa pratique du surf en ce lieu : les risques inhérents à cette dernière étaient exclusivement à sa charge ; celle-ci s'effectuait de manière irrégulière (« *en infraction avec les mesures de police prises par le maire et par le préfet dans le périmètre de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion* ») ; « *le risque* » était d'autant plus accru que la nuit tombait, la référence à la limite de 17h00 témoignant d'une prise en considération de l'arrêté préfectoral de 2008 (nonobstant son absence de mention explicite par ailleurs), là encore dans le cadre d'une analyse de risque et non en vue d'apprécier la régularité de la situation du surfeur (l'explication tenant à ce que la cour s'est persuadée que la réglementation municipale prohibait de manière générale la pratique du surf sur le spot concerné).

Si le raisonnement de la cour diffère de celui du tribunal en ce qu'elle semble ainsi viser à justifier la seule imputation au surfeur des contrariétés de son comportement avec les implications de son obligation globale de prudence, et non pas plus fondamentalement l'imputation à celui-ci de cette obligation, une autre dissemblance doit être relevée. Celle-ci concerne le troisième élément de connaissance : spécifiquement relatif au risque requin dans le raisonnement du tribunal, il est considéré sur le plan de l'ensemble des risques liés à la pratique du surf – y compris le risque requin donc – par la cour.

Ces divergences n'empêchent pas de réitérer, à l'endroit du raisonnement de la cour, les critiques précédemment faites à celui du tribunal. D'une part, il n'est assurément pas douteux que le requérant, du fait de sa grande expérience de la pratique du surf en général aussi bien que sur le spot de la Gauche de Saint-Leu en particulier, avait parfaitement connaissance de la nécessité d'assumer la charge de l'ensemble des risques liés à la pratique en question, ainsi que de l'accroissement de l'importance de ces risques en fonction de l'approche de la nuit. D'autre part, il est tout aussi certain qu'aucune interdiction générale du surf n'était en vigueur sur ce spot au moment de l'attaque de requin, de sorte que la régularité de la situation du requérant ne pouvait être contestée qu'au regard de l'interdiction faite à certains engins nautiques de cesser toute circulation à

compter d'une heure avant le coucher du soleil, dans un contexte encore troublé toutefois par le fait que le *Cadre réglementaire de la pratique du surf et des activités de vague* de la Fédération française de surf recommande simplement de « *ne pas surfer le matin et le soir tant que le soleil n'est pas au-dessus de la ligne d'horizon* ». Les implications de l'obligation globale de prudence sont donc excessives, et auraient ainsi mérité une délimitation bien davantage contrôlée au vu des obligations qui incombent aux autorités de police administrative en vue de la « *prévention du risque d'attaques de requins* », conformément à ce qui a été démontré ci-dessus à plusieurs reprises[108]. Par voie de conséquence, il y a tout lieu de penser injustifiée la conclusion d'après laquelle l'imprudence intégrale du surfeur constitue la cause unique des préjudices qu'il a subis du fait de l'attaque de requin, que la cour reprend en substance au tribunal[109].

b. La réglementation des conditions de pratique du surf en vue de prévenir le « *risque d'attaques de requins* » : une nécessité ignorée par la cour

La Cour met en exergue la résidence du surfeur à La Réunion, de même que l'importance de sa durée (« *depuis 1981* »), pour en déduire sa nécessaire connaissance (« *ne pouvait pas davantage ignorer* ») des « *risques d'attaques de requins* ». Les deux premiers éléments ne permettent toutefois pas à eux seuls la déduction. Ils ne la permettent que « *compte tenu de la circonstance que la mairie de Saint-Leu à la suite du conseil municipal du 26 juillet 2012 a diffusé une lettre du conseil dans laquelle était détaillée le dispositif spécifique de lutte et de prévention contre les attaques de requin, sans compter les nombreux communiqués de presse émanant des services préfectoraux qui présentaient les divers dispositifs face au risque requin, entre le mois de mars 2011 et l'été 2012* ».

• La portée de cette démarche juridictionnelle doit être mise en exergue.

D'une part, celle-ci consiste manifestement à rechercher si le lieu et la durée de résidence sont de nature à faire présumer une attention du surfeur aux circonstances locales telle qu'il est impossible de concevoir qu'il n'ait pas été touché par les actions de communication développées par la commune de Saint-Leu en matière de risque requin, de même que par l'État même si la référence aux communiqués de presse du préfet de La Réunion semble bien être faite à titre surabondant (statut qu'implique l'expression « *sans compter* »).

D'autre part, la cour a probablement été sensible à l'objet de ces actions de communication : destinées à faire connaître au public les dispositifs de « *lutte* » et/ou de « *prévention* » du risque requin conçus par la commune de Saint-Leu et

[108] Voir notamment le II, B, 2, b.
[109] Sur cette critique de la conclusion du tribunal, voir le I, B, 1, c.

l'État, elles étaient de nature à sensibiliser ce public à la nature et à l'importance de ce risque ainsi qu'à la nécessité d'une intervention des pouvoirs publics en vue de sa gestion.

Ainsi, la démarche de vérification suivie par la cour apparaît inédite au regard de celle suivie par le tribunal administratif de La Réunion. La juridiction d'appel porte une attention aussi spéciale que soutenue à la nature d'un risque inhérent à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu – le risque requin – afin de vérifier si les circonstances ont été de nature à permettre la connaissance de ce risque spécifique par le requérant. Cette démarche implique par ailleurs de réserver la possibilité d'analyses différenciées selon le niveau d'information sur le risque requin des personnes potentiellement exposées à ce risque, eu égard notamment au statut de résident (date et durée) ou de visiteur (touriste notamment), et à des objets de communication différents (en particulier, certains touristes pourraient être induits en erreur par des campagnes de communication qui loueraient sans réserve adéquate les mérites touristiques du littoral réunionnais, ou tout au moins troublés par la concomitance de telles campagnes et d'actions de communication du type de celles relevées par la cour en l'espèce).

• Si la démarche suivie par la juridiction d'appel n'est ainsi pas dénuée d'intérêt pratique et théorique, il convient de mettre en évidence qu'il s'agit d'une démarche superficielle puisqu'elle ne tire aucune conséquence des éléments faisant l'objet des actions de communication. Certes, la cour évoque l'objet de la lettre adressée par le conseil municipal aux habitants de Saint-Leu, à la suite de sa réunion le 26 juillet 2012 : celle-ci vise à présenter le « *dispositif spécifique de lutte et de prévention contre les attaques de requin* » alors adopté par le conseil municipal. Toutefois, la cour ne précise guère l'objet de ce dispositif, pourtant facilement identifiable à la lecture du procès-verbal de la délibération et de la lettre d'information : il est alors jugé nécessaire de créer un système de surveillance spécifiquement destiné à la prévention du « *risque d'attaques de requins* » au bénéfice des pratiquants d'activités nautiques telles que le surf, grâce au recrutement de six personnes spécialement formées et équipées à cet effet, pour un coût total d'environ 200.000 euros sur 16 mois (le budget du projet est adopté à cette occasion par le conseil municipal, et comprend notamment des subventions de l'État et de la Région Réunion)[110]. Ainsi, c'est de manière minimaliste que la cour a pris en compte les éléments d'information à sa disposition : elle s'est bornée à relever l'existence du projet de « *dispositif* » pour étayer son appréciation d'après laquelle le requérant ne pouvait qu'avoir connaissance du risque requin

[110] Procès-verbal des délibérations du conseil municipal – séance du jeudi du 26 juillet 2012, affaire n° 07/260712 – Dispositif risque requin, pp. 15-16.
URL : https://www.saintleu.re/pdf/pv/2012/pv-conseil-municipal-26-07-2012.pdf (dernière consultation le 23 janvier 2021).

inhérent à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. En d'autres termes, la juridiction d'appel s'est refusée à tirer toute conséquence de l'objet du « *dispositif* » en question. Et ce, alors même que cet objet présente un intérêt de première importance dans la délimitation de l'obligation de prudence qui incombait au surfeur, autrement dit dans la détermination des parts de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » qui incombaient respectivement à celui-ci et aux autorités de police administrative.

En premier lieu, cette délibération marque indubitablement la reconnaissance, par la commune de Saint-Leu et une dizaine de jours avant l'attaque subie par le requérant, du caractère spécifique du « *risque d'attaques de requins* » vis-à-vis de l'ensemble des autres risques inhérents à la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. La volonté de créer une zone de surf surveillée ne procède ainsi pas de ce que la fréquentation du site serait devenue aussi régulière qu'importante, c'est-à-dire d'un objectif de conformité avec l'obligation jurisprudentielle susmentionnée[111], mais de la seule volonté de réglementer la pratique du surf en conséquence de l'accroissement significatif de l'intensité du risque requin depuis un an alors. Cette reconnaissance est d'ailleurs bien antérieure au vote de la délibération : celui-ci intervient certes trois jours après l'attaque de requin à l'origine du décès d'Alexandre Rassiga sur le spot de Trois-Bassins (commune qui jouxte celle de Saint-Leu au Nord), mais clôt en réalité une série de travaux entreprise suite aux attaques survenues l'année précédente sur la commune de Saint-Paul[112]. Il importe de souligner que cette reconnaissance était de première importance pour examiner le premier moyen d'appel du requérant, car elle traduit, dans son principe même, une réévaluation du « *risque d'attaques de requins* » par rapport à celle au vu de laquelle a été conçu l'arrêté municipal du 1er mars 2011[113]. À suivre la démarche qu'emploie la cour à cette fin – consistant en substance à faire fond sur l'évaluation des risques

[111] Voir le II, A, 1, a.

[112] Suite à l'attaque de requin à laquelle succombe Mathieu Schiller le 19 septembre 2011, l'État et la commune de Saint-Paul ont rapidement conclu un accord de partenariat par lequel le premier s'est engagé à mettre à la disposition de cette dernière un certain nombre de moyens financiers destinés à lui permettre d'instituer un « *dispositif renforcé de surveillance de la baignade* » et des activités nautiques dans certaines zones de sa bande des 300 mètres (« Mémorandum entre l'État et la Commune de Saint-Paul relatif au renforcement de la surveillance du risque requins », 30 septembre 2011, 5 pp.). Le document en question prévoyait que « *cette action a vocation à être étendue à terme aux autres communes exposées au risque requins* » (p. 2). Dès le 10 octobre 2011, la commune de Saint-Leu a fait connaître au Préfet de La Réunion son intérêt à la création d'un tel dispositif sur son territoire, puis a entrepris d'en définir les modalités techniques en concertation avec les parties prenantes, avant que celles-ci ne fassent l'objet de discussions techniques avec les services de l'État (« Relevé de conclusions de la réunion du 13 janvier 2012 relative à la gestion du risque 'requins' sur la commune de Saint-Leu », 16 janvier 2012, 2 pp. ; « Risque requins. Réunion Mairie de Saint-Leu/Services de l'État. Vendredi 02 mars 2012 » – compte-rendu, 3 pp.).

[113] Voir l'analyse du raisonnement de la cour à ce titre dans le II, A, 2, b.

sur la base de laquelle l'autorité de police administrative a défini la réglementation pertinente – son refus de ne pas tirer les conséquences de la réévaluation en question est incohérent. Il l'est d'autant plus que cette délibération, si elle ne relève pas *stricto sensu* du champ de la police administrative, avait toutefois pour objet d'arrêter des orientations et des moyens impliquant à titre exclusif une évolution de la réglementation de police applicable en matière de baignade et d'activités nautiques (l'institution de zones surveillées au sens de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales). L'on mesure ainsi tout le formalisme qui irrigue la démarche de la cour lorsqu'elle cherche à déterminer dans quelle mesure il était en l'espèce acceptable de rattacher directement l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation de prudence des usagers de la mer concernés. Ce formalisme l'empêche de se rendre compte qu'en l'espèce, antérieurement à l'attaque dont le requérant a été victime, la commune avait reconnu que ce rattachement direct ne pouvait plus être aussi important qu'auparavant, de sorte que le maire avait l'obligation d'adapter l'arrêté du 1er mars 2011 à la nouvelle évaluation du « *risque d'attaques de requins* ».

En second lieu, se pose ainsi la question de savoir quelle est la portée de la réévaluation du « *risque d'attaques de requins* » effectuée par la commune de Saint-Leu. Eu égard à son objet, le projet de création d'une zone spécialement surveillée pour prévenir le « *risque d'attaques de requins* » témoigne de la volonté de la commune, dans le contexte de l'augmentation des attaques de requins que connaît La Réunion depuis 2011, de pallier l'incapacité dans laquelle se trouvent nécessairement les surfeurs de cumuler la pratique de leur activité avec une surveillance personnelle effective et permanente de l'environnement sous-marin à la surface duquel ils évoluent alors. En d'autres termes, la surveillance de l'environnement sous-marin à la surface duquel se pratique le surf, aux fins de détecter la présence éventuelle de requins à proximité de la zone pratiquée, constitue une fonction qui ne peut être globalement conçue qu'en dehors de la pratique du surf et dont l'exercice doit donc être confié pour l'essentiel à du personnel spécialisé, et dont l'institution est jugée nécessaire dans un contexte d'augmentation de la fréquence des attaques de requin (la fréquentation des zones côtières par les usagers étant jugée constante). La commune juge ainsi nécessaire qu'une part importante de la « *prévention du risque d'attaques de requins* » soit rattachée en premier lieu aux obligations qui incombent au maire en sa qualité d'autorité compétente en matière de police de la baignade et des activités nautiques. Quelle part laisser en propre aux surfeurs, c'est-à-dire à l'obligation générale de prudence au-delà des obligations spécifiques de prudence appelées à découler des futures normes de police administrative ? Les réponses pertinentes à cet égard ne sont pas exemptes d'incertitudes, qui peuvent correspondre à autant de champs de pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police administrative. Dans l'hypothèse où le système spécial de surveillance serait devenu opérationnel, la pratique du surf au sein des zones et périodes de surveillance aurait certainement

impliqué un partage de la charge du risque entre la commune et les pratiquants, toute la difficulté étant de ventiler précisément la charge propre de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » entre les deux parties prenantes. Dans l'attente de la mise en œuvre d'un tel système, comme d'ailleurs hors des zones et périodes de surveillance dans l'hypothèse précédente, la nouvelle évaluation du risque requin sous-jacente à la délibération du 26 juillet 2012 rendait *a priori* impossible le maintien des orientations de l'arrêté du 1er mars 2011 : liberté du surf sur le spot, avec risques à la charge exclusive des pratiquants. Cette évaluation souligne effectivement qu'il n'est plus acceptable de rattacher directement l'essentiel de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » à l'obligation générale de prudence des surfeurs, pour cette raison que ces derniers sont largement dans l'incapacité de surveiller eux-mêmes leur environnement sous-marin en cours d'activité, et que cette incapacité n'est plus acceptable dans le contexte de l'augmentation des attaques de requins à La Réunion. La simple exécution de l'obligation de signalisation des dangers « anormaux » semble insuffisante pour permettre de conserver les orientations en question dans ce contexte (signaler le risque requin sur site, n'est effectivement d'aucune utilité aux surfeurs, qui malgré toute leur éventuelle bonne volonté seront toujours contraints d'exercer leur activité en surface et donc toujours aveugles vis-à-vis de leur environnement sous-marin). Deux orientations sont alors envisageables, correspondant à deux degrés d'implication de la commune dans la mise en œuvre de l'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* ». La première consiste en une réglementation appropriée à cet égard des conditions dans lesquelles les surfeurs peuvent pratiquer leur activité sur le site, la liberté de surfer étant alors conditionnée par la réalisation et la réunion de ces conditions (par exemple, l'obligation de port d'un équipement individuel de répulsion des requins, de nature à compenser dans une certaine mesure l'incapacité des surfeurs à surveiller eux-mêmes l'environnement sous-marin en cours d'activité). Une telle réglementation a alors pour objet de définir des obligations spécifiques de prudence à l'attention des surfeurs, au-delà desquelles l'obligation générale de prudence s'applique. La seconde orientation envisageable consiste en une interdiction temporaire de la pratique du surf sur le spot, lorsque l'efficacité de la première apparaîtrait par trop relative. On perçoit à cette aune l'intérêt que pouvait objectivement présenter, pour la juridiction d'appel, la reproduction de l'erreur de droit commise par le tribunal administratif de La Réunion : celui de donner à voir une cohérence dans l'action de police administrative, et de fournir ainsi une raison valable de ne pas contrôler le travail d'appréciation auquel les autorités compétentes doivent s'astreindre. Toutefois, il a été démontré plus haut que cette vision correspond à une mesure introuvable dans l'arrêté ainsi qu'à une interprétation injustifiable de ce dernier : de celui-ci et de plusieurs arrêtés consécutifs, il résulte que la pratique du surf est libre sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, les risques inhérents à cette activité étant exclusivement à la charge des pratiquants. Signalons, pour être exhaustifs, que

quand bien même l'on suivrait la cour dans sa vision de l'arrêté du 1er mars 2011 comme impliquant une interdiction du surf sur ce spot, il aurait fallu au moins limiter largement la portée de ce principe pour prévoir la liberté de surfer dans les zones et au cours des périodes spécialement surveillées en vue de prévenir le « *risque d'attaques de requins* ». Or, la délibération municipale du 26 juillet 2012 ne pouvait manquer d'avoir des implications à ce propos.

• En définitive, le maire de Saint-Leu aurait dû modifier l'arrêté du 1er mars 2011 en conséquence de la nouvelle évaluation du « *risque d'attaques de requins* » sous-tendant la délibération du conseil municipal du 26 juillet 2012 (mais établie en amont du vote de cette délibération, lors de la conception du projet qui en est l'objet), pour réglementer ou interdire à titre temporaire la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu.

La carence du maire à ce titre constituait certainement une faute de nature à engager la responsabilité de la commune, et il n'est pas à exclure que la carence de l'État dans l'exercice du pouvoir de substitution attribué au préfet en matière de police municipale ait pu en l'occurrence revêtir les traits de la faute lourde requise en la matière. Certes, la situation du requérant était vraisemblablement devenue illégale dans la mesure où l'attaque s'est produite dans l'heure qui précède le coucher de soleil à cette époque de l'année. Certes, cette tardiveté est bel et bien qualifiable d'imprudence, de sorte que la commune et le cas échéant l'État auraient pu bénéficier d'une exonération de responsabilité, dont l'ampleur est difficile à évaluer. Encore aurait-il fallu intégrer, à ces deux analyses, un élément favorable au surfeur : en décalage avec la réglementation étatique concernée, le *Cadre réglementaire de la pratique du surf et des activités de vague* de la Fédération française de surf recommande simplement de « *ne pas surfer le matin et le soir tant que le soleil n'est pas au-dessus de la ligne d'horizon* ». En tout état de cause, l'erreur de droit commise par la cour ainsi que son refus de tirer les conséquences de la réévaluation du « *risque d'attaques de requins* » postérieurement à l'entrée en vigueur de l'arrêté municipal du 1er mars 2011, l'ont conduit à ne relever aucune faute administrative, alors que le rôle causal d'une telle faute méritait à tout le moins d'être discuté compte tenu du fait que l'attaque de requin survient immédiatement après le basculement du surfeur dans une situation illégale au regard de la réglementation étatique en question.

Le rejet de l'appel intervient donc au terme d'un raisonnement dont l'effet est de « vitrifier » en tout état de cause une ou plusieurs carences fautives des autorités de police administrative qui sont indissociables d'une « crise requin » (qu'elles ont effectivement contribué à alimenter), et de générer par ailleurs la très désagréable impression que l'imprudence du requérant masque objectivement en l'occurrence de très probables fautes administratives.

<u>Conclusions du II.</u> – L'analyse de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux permet de mettre en lumière le caractère systémique conféré à l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* », lequel s'avère dans son principe de nature à répondre aux critiques faites au jugement du tribunal administratif de La Réunion. Lié ici à l'obligation de signalisation des dangers excessifs par l'autorité de police administrative générale, ce caractère systémique se trouve toutefois limité par l'absence d'inscription de cette obligation dans son cadre juridique : celui de la **gradation des types d'actions de police administrative nécessaires pour assurer la prévention des risques liés à la baignade et aux activités nautiques, et du « *risque d'attaques de requins* » en particulier** – cette gradation se trouve schématisée ci-dessous (figure 2). L'étroitesse de vue de la juridiction d'appel la conduit à des appréciations incohérentes, du fait de son insensibilité à la portée réelle de plusieurs éléments de son raisonnement, et ce dans les domaines intrinsèquement liés de l'évaluation et de la qualification du « *risque d'attaques de requins* ». Très partiellement resitué dans son cadre juridique, celui de la police administrative, le comportement des autorités administratives compétentes en la matière et en l'espèce s'en trouve en particulier mal appréhendé sur le terrain de la responsabilité administrative. Le tout au détriment du requérant, auquel se trouvent respectivement imputées une obligation globale de prudence largement déconnectée des réalités puis des contrariétés à celles-ci par conséquent infondées, et à l'action en justice duquel se trouve par conséquent et en définitive opposée une exclusion de responsabilité administrative bien trop sommairement décidée. Si le Conseil d'État a par la suite entrepris de recadrer la perspective systémique initiée par la cour administrative d'appel de Bordeaux, force est de constater que de multiples imperfections persistent à ce propos.

Figure 2 – Modélisation des types d'actions de police administrative requises pour prévenir un danger en fonction de son intensité (baignade et activités nautiques)

<table>
<tr><th colspan="4">ARBRE DE DÉCISION
→→→→</th><th>NIVEAUX DE RISQUE + ACTIONS DE POLICE ADMINISTRATIVE (= STRUCTURE DE L'OBLIGATION GLOBALE DE PRUDENCE) ET OBLIGATIONS DE SIGNALISATION ASSOCIÉES</th></tr>
<tr><td rowspan="2">Les aléas auxquels les usagers de la mer s'exposeraient à raison de la pratique de certains types d'activités en certains types d'espaces maritimes présentent-ils des caractéristiques qui permettent de confier auxdits usagers – ou du moins, à certaines catégories d'entre eux – la charge du risque ainsi constitué, c'est-à-dire celle de déterminer et de mettre en œuvre des conditions de pratique susceptibles d'être adaptées et effectives en vue de prévenir ces risques à leur égard ?</td><td rowspan="2">OUI</td><td rowspan="2">→ Les aléas présentent-ils des caractéristiques suffisamment en rapport avec les conditions intrinsèques d'exercice de ces activités, pour que la pratique de celles-ci implique nécessairement que les usagers en question prennent l'initiative de définir et de mettre en œuvre les démarches propres à prévenir ou au moins à mitiger à leur encontre les risques ainsi constitués ?</td><td>OUI</td><td><u>RISQUE NORMAL</u>

– Aucune restriction générale de police administrative ne peut en principe être adoptée = libre pratique de la baignade et des activités nautiques, à charge pour le pratiquant de mettre en œuvre l'obligation globale de prudence qui lui incombe. Aucune signalisation des dangers et de leur nature n'est nécessaire pour que cette obligation soit imputée au pratiquant.

– En cas de fréquentation régulière et importante du site, le maire doit toutefois instituer un dispositif de surveillance de la baignade, duquel découlent nécessairement des obligations spécifiques de prudence pour les pratiquants. La signalisation de la réglementation applicable à ce titre est nécessaire pour la leur rendre opposable (article L. 2213-23 CGCT).</td></tr>
<tr><td>NON</td><td><u>RISQUE ANORMAL/EXCESSIF</u>

– Aucune restriction générale de police administrative ne peut en principe être adoptée = libre pratique de la baignade et des activités nautiques, à charge pour le pratiquant de mettre en œuvre l'obligation globale de prudence qui lui incombe. La signalisation effective du danger et de sa nature est nécessaire pour que cette obligation soit imputée au pratiquant, dès lors que le site connaît une fréquentation régulière.

– En cas de fréquentation régulière et importante du site, le maire doit toutefois instituer un dispositif de surveillance de la baignade, duquel découlent nécessairement des obligations spécifiques de prudence pour les pratiquants. La signalisation de la réglementation applicable à ce titre est nécessaire pour la leur rendre opposable (article L. 2213-23 CGCT en principe).</td></tr>
</table>

<table>
<tr><td rowspan="3"></td><td rowspan="3">NON</td><td rowspan="3">→ Est-il possible de se prononcer sur la nature et la portée des conditions de pratique susceptibles d’être adaptées en vue de cette prévention ?

→ Toute pratique, aussi réglementée soit-elle, reste-t-elle par principe compatible avec l’exigence de sécurité des usagers de la mer ?</td><td rowspan="3">OUI</td><td colspan="2">→ Quelles sont les conditions de pratique adaptées en vue de cette prévention ?</td><td><u>RISQUE GRAVE</u>

– L’autorité de police administrative doit définir les règles de pratique de la baignade et/ou des activités nautiques adéquates, nécessaires et proportionnées en vue de la prévention du risque concerné – en sus éventuellement de celles destinées à tirer les conséquences de la fréquentation régulière et importante du site – et en assurer l’application. La signalisation effective de la réglementation est nécessaire pour rendre les obligations spécifiques de prudence qui en découlent, opposables aux pratiquants (article L. 2213-23 CGCT en principe).</td></tr>
<tr><td rowspan="2">→ Les aléas présentent-ils des caractéristiques suffisamment en rapport avec les conditions intrinsèques d’exercice de ces activités, pour que la pratique de celles-ci implique nécessairement que les usagers en question, en plus du respect des obligations spécifiques de prudence, prennent l’initiative de définir et de mettre en œuvre les autres démarches propres à prévenir ou au moins à mitiger à leur encontre les risques ainsi constitués ?</td><td>OUI</td><td>– Aucune signalisation des dangers et de leur nature n’est nécessaire pour que soit imputée au pratiquant l’obligation générale de prudence qu’il doit éventuellement mettre en œuvre en sus des obligations spécifiques de prudence.</td></tr>
<tr><td>NON</td><td>– La signalisation effective du danger et de sa nature est nécessaire, dès lors que le site connaît une fréquentation régulière, pour que soit imputée au pratiquant l’obligation générale de prudence qu’il doit éventuellement mettre en œuvre en sus des obligations spécifiques de prudence.</td></tr>
</table>

			NON	Le taux d'accidentalité est-il disproportionné par rapport à celui de sites similaires ?	**NON**	***RISQUE EXCEPTIONNEL*** – L'autorité de police administrative doit interdire l'activité ou les activités concernées, signaler l'interdiction et veiller à son respect – L'obligation globale de prudence se limitant à l'obligation spécifique de respecter l'interdiction, aucune signalisation du danger et de sa nature n'est alors nécessaire, sauf le cas échéant à titre facultatif pour assurer le respect de l'interdiction.
					OUI	***RISQUE TRÈS EXCEPTIONNEL*** – L'autorité de police administrative doit interdire l'activité ou les activités concernées, signaler l'interdiction et veiller à son respect – L'autorité de police administrative doit en plus signaler effectivement le danger et sa nature en vue de dissuader toute infraction à l'interdiction compte tenu du caractère sans égal du niveau de risque

III. L'obligation de « *prévention du risque d'attaques de requins* » au filtre de la juridiction de cassation : une dilution bienvenue ?

Dans un arrêt du 22 novembre 2019, le Conseil d'État rejette le recours en cassation intenté par le requérant contre l'arrêt d'appel[114]. La motivation de ce rejet traduit un certain nombre de divergences entre les deux juridictions quant à la manière d'approcher les problématiques liées au « *risque d'attaques de requins* » : le Conseil d'État retient une approche exclusivement factuelle de ce risque, ce qui ne l'empêche pas de réitérer les erreurs commises par les juridictions dans l'évaluation de celui-ci, alors que ces erreurs auraient pu être saisies par un contrôle de la qualification juridique des faits – même limité à la recherche de dénaturations (A). Cette approche présente toutefois le mérite d'inviter à situer les leçons juridiques de l'affaire *Bujon* au sein du cadre de l'obligation de réduction du risque requin dégagée et appliquée par le Conseil d'État dans l'ordonnance « *Commune de Saint-Leu* » rendue par son juge des référés le 13 août 2013 (B).

A. Les « *risques d'attaques de requins* » vus par le Conseil d'État : une approche factuelle réitérant les insuffisances et erreurs d'évaluation du risque commises par les juridictions du fond

Tout, dans son arrêt, indique que le Conseil d'État a bel et bien perçu l'absence de fondement juridique de l'appréciation des juridictions du fond suivant laquelle l'arrêté pris par le maire de Saint-Leu le 1er mars 2011 aurait interdit ou aurait pu être interprété comme interdisant la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu. Aucune mention d'une telle interdiction ne peut effectivement être retrouvée dans l'ensemble du raisonnement de la juridiction de cassation. Cela se vérifie aussi bien lorsque le Conseil d'État retient une approche exclusivement factuelle du « *risque d'attaques de requins* » aux différents stades de la détermination du droit applicable au litige (1), que lorsqu'il vérifie les appréciations portées par la cour administrative d'appel au sujet de la causalité des préjudices liés à l'attaque de requins (2). Cette approche factuelle du risque ne se concrétise toutefois pas par le constat et la censure des insuffisances et

[114] C.E., 22 novembre 2019, *Bujon* (affaire n° 422.655), T. pp. 594, 874, 1010 – *La Gazette des Communes*, 8 janvier 2020 (note L. BORDEREAUX) ; *J.C.P. A*, 2019, n° 48, act. 751 (note L. ERSTEIN) ; *J.C.P. A*, 2020, n° 5, 2035 (comm. H. PAULIAT) ; *A.J.C.T.* 2020, p. 152 (note S. RENARD et É. PÉCHILLON) ; *Droit administratif*, 2020, n° 5, comm. 26 (note J.-S. BODA et B. POUYAU) ; *Juris Tourisme*, 2020, n° 226, p. 12 (note C. DEVÈS) ; *Juris Tourisme*, 2020, n° 231, p. 35 (note C. DEVÈS) ; *Jurisport*, 2020, n° 209, p. 32 (note J.-P. VIAL) ; *A.J.D.A.*, 2020, p. 1867 (note J.-P. FERREIRA).

erreurs qui entachent, à ces deux égards, l'évaluation du risque effectuée par les juridictions du fond et la cour administrative d'appel en particulier.

1. L'absence de toute spécificité du « *risque d'attaques de requins* » sur le plan du droit applicable selon le Conseil d'État : un risque parmi d'autres, mais très approximativement évalué

Si le Conseil d'État confirme de manière synthétique le droit applicable au litige en matière de police administrative, c'est sans reprendre l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » que le tribunal administratif et la cour administrative d'appel ont pourtant respectivement consacrée (a). Si la juridiction de cassation approuve cette dernière d'avoir considéré que le maire a dûment accompli les diverses obligations de signalisation qui lui incombaient en sa qualité d'autorité de police administrative, nonobstant l'absence de toute mention expresse de la « *menace des requins* » sur les différents supports d'information du public, c'est donc d'un point de vue très général (b). À ce titre, le Conseil d'État considère qu'aucune interdiction du surf n'était en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin, et impute en conséquence au surfeur une obligation globale de prudence dont le degré de généralité était de toute évidence bien trop grand au regard de l'état du « *risque d'attaques de requins* » existant au jour de l'attaque. Reprenant l'évaluation du risque dont se sont contenté les juridictions du fond, voire amplifiant le caractère simultanément diffus et obsolète de cette dernière, le Conseil d'État ne perçoit pas que des mesures de police administrative – source d'obligations spécifiques de prudence pour les surfeurs – auraient été nécessaires le jour de l'accident pour prévenir le « *risque d'attaques de requins* », et que la juridiction d'appel a dès lors inexactement qualifié les pièces du dossier (c).

a. La confirmation synthétique du droit de la police administrative mobilisé par la juridiction d'appel, mais sans mention d'une quelconque exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* »

Le Conseil d'État précise ainsi l'interprétation qu'il convient de tirer des articles L. 2213-23 et L. 2215-1 du Code général des collectivités territoriales : « *il incombe au maire d'une commune sur le territoire de laquelle sont situés des lieux de baignade qui, en dehors des zones de surveillance délimitées à cet effet, sont fréquentées par les baigneurs et par les pratiquants de sports nautiques comme le surf, de prendre les mesures de publicité appropriées pour signaler la réglementation applicable et les dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir. En cas de carence du maire sur ce point, il revient au préfet d'exercer les pouvoirs de police qu'il tient des dispositions de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales* ».

Contrairement aux juridictions du fond, qui avaient pris le parti de décliner, en matière de « *risque d'attaques de requins* », la jurisprudence administrative traditionnelle relative à l'obligation de signalisation des « *dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* », la juridiction de cassation se place ici d'un point de vue général. À ce titre, elle rappelle certes la jurisprudence en question : sa propre analyse de l'arrêt souligne effectivement son intention de reprendre en droit une solution rattachée à l'arrêt *Le Ray* de 2013 en ce qui concerne « *l'obligation pour le maire de signaler les dangers excédant ceux contre lesquels les baigneurs doivent normalement se prémunir* »[115]. Le Conseil d'État précise toutefois sa jurisprudence afin d'expliciter toutes les conséquences de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales – là encore sur un plan éminemment général – en ce que cette disposition fait obligation au maire « *d'informer le public par une publicité appropriée, en mairie et sur les lieux où elles se pratiquent, des conditions dans lesquelles la baignade et les activités nautiques sont réglementées* ». La haute juridiction fait effectivement et explicitement précéder le rappel de l'obligation jurisprudentielle traditionnelle et générale de signalisation des « *dangers* » excessifs, de celui de l'obligation législative de signalisation de la « *réglementation applicable* » à la baignade et aux activités nautiques pratiquées sur le site. L'ordre de ces rappels montre clairement que les deux obligations restent distinctes sur le terrain des principes : à la signalisation de la réglementation, qui doit être systématique en vertu de la loi, peut éventuellement venir s'ajouter celle des « *dangers* » liés à la pratique de certaines activités sur un type de site donné lorsque ceux-ci seraient « excessifs ». Le caractère distinct des deux obligations confirme ce qui a été mis en exergue dans le cadre de l'analyse de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux.

À ce propos, il importe de rappeler que les juridictions du fond, pour concevoir l'interdiction de baignade sur le spot de la Gauche de Saint-Leu prévue par l'arrêté pris le 1er mars 2011 comme impliquant une interdiction de surf, ont dû assimiler les activités de surf aux activités de baignade. À cet égard, le Conseil d'État souligne expressément ici que si la police spéciale de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales s'applique à ce que l'on désigne génériquement comme étant les « *lieux de baignade* », ceux-ci peuvent se prêter – conformément d'ailleurs à la distinction établie par cette disposition législative elle-même – à deux grands types d'usages, impliquant l'existence de deux catégories d'usagers différents : la baignade, pratiquée par les « *baigneurs* » ; les activités nautiques, parmi lesquelles figurent les « *sports nautiques comme le surf* », chacune d'entre elles ayant des « *pratiquants* » spécifiques. Pour sa part,

[115] C.E., 19 novembre 2013, *Le Ray* (affaire n° 352.955), T. pp. 465, 734 et 834 – *J.C.P. A*, 2013, Act. 943 (note F. TESSON) ; *J.C.P. A*, 2014, 2238 (note H. ARBOUSSET) ; *A.J.C.T.*, 2014, p. 168 (note E. ROYER) ; *Juris Tourisme*, 2014, n° 160, p. 13 (note E. ROYER).

la juridiction d'appel n'avait pas pris le soin de rappeler cette distinction entre les activités susceptibles d'être pratiquées sur les « *lieux de baignade* », estimant probablement que la nature des sites identifiés comme « *lieux de baignade* » impliquait de ne pas établir de distinction entre les diverses activités susceptibles d'y être exercés, ce dont pourrait bien procéder l'interprétation on ne peut plus extensive du champ d'application des mesures de police expressément relatives à la « *baignade* ».

b. La validation des appréciations de la juridiction d'appel concluant à la régularité de la signalisation municipale, nonobstant l'absence de mention spécifique par celle-ci de la « *menace des requins* »

Au regard de cette base juridique ainsi synthétisée, le Conseil d'État vérifie si la juridiction d'appel a correctement qualifié les pièces du dossier faisant état des mesures municipales de signalisation existantes au jour de l'accident. Plus précisément, au vu de la règle analysée ci-dessus, se posait à la juridiction de cassation la question de savoir si « *les mesures de publicité* » prises par le maire de Saint-Leu « *pour signaler la réglementation applicable et les dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* » pouvaient être considérées comme « *appropriées* ». Le contexte dans lequel le Conseil d'État devait trancher la question était inédit, la juridiction d'appel s'étant prononcée au vu d'un principe de l'énoncé duquel était absente la référence à la « *réglementation applicable* », et n'ayant souligné le respect de l'obligation de signalisation de cette dernière – issue de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales – qu'en conséquence de son appréciation tenant à l'inapplicabilité en l'espèce de l'obligation jurisprudentielle de signalisation des « *dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* »[116].

• En vue d'effectuer ce contrôle de la qualification juridique des faits, le Conseil d'État débute par une certaine analyse des mesures de police prises par le maire sur le fondement de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales au jour de l'accident, telles qu'elles ressortent des pièces du dossier.

À ce titre, le Conseil d'État se distingue des juridictions du fond : contrairement à ces dernières, la juridiction de cassation ne fait preuve d'aucune volonté particulière de mettre en exergue l'interdiction de la baignade prévue et affichée. Il relève tout d'abord l'existence et l'applicabilité, au jour de l'accident, d'une réglementation de police municipale relative au site de l'accident : « *il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, d'une part, que la partie du rivage où s'est déroulé l'accident dont a été victime M. A... avait fait l'objet d'un arrêté du maire de Saint-Leu en date du 1er mars 2011 portant*

[116] Sur ce point, voir le II, A, 2, b.

réglementation de la baignade, qui la désignait comme un site dangereux, dont l'accès ne pouvait se faire qu'aux risques et périls de la population et qui y interdisait la baignade ». Il poursuit son contrôle en analysant la signalisation présente sur le site au moment de l'accident : « *il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond,* […], *d'autre part, qu'avait été installé de manière visible sur le site un panneau sur lequel était mentionné : 'baignade interdite, site dangereux, accès à vos risques et périls'* ».

Dans le contexte de la distinction entre les activités de « *baignade* » et de « *sports nautiques comme le surf* », rappelée lors de l'énoncé de la règle pertinente pour examiner le premier moyen de cassation du requérant, la sécheresse de l'analyse des pièces du dossier semble bien montrer que le Conseil d'État rend sa juste portée à l'interdiction de la baignade sur le spot de la Gauche de Saint-Leu : un champ d'application limité à l'activité de baignade *stricto sensu* ; la pratique du surf n'était ainsi pas interdite sur le spot aux termes de l'arrêté municipal du 1er mars 2011[117]. Le Conseil d'État se démarque ainsi de son rapporteur public[118], dont les conclusions prennent expressément et exclusivement appui sur l'hypothèse d'une interdiction du surf en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin[119].

En conséquence, la juridiction de cassation n'a pas eu à se prononcer sur la validité de la proposition suivante faite par son rapporteur public, cette dernière se fondant sur l'idée d'après laquelle une interdiction du surf aurait été en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin : « *le souci d'efficacité pratique qui doit inspirer l'exercice de la police administrative paraît, en premier lieu, ne pas pouvoir exonérer l'autorité de police de son obligation d'information adaptée du seul fait qu'elle a estimé devoir, en tout état de cause, interdire l'activité dangereuse* ». L'aurait-il examiné, qu'il ne l'aurait très probablement suivi que dans l'hypothèse où il aurait qualifié le danger de « grave » (à condition alors que le danger présente un caractère « excessif ») ou de « très exceptionnel » – et encore, suivant les modalités de signalisation des

[117] Certains auteurs ont considéré que le Conseil d'État avait repris à son compte l'idée d'une interdiction du surf en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'attaque de requin (H. PAULIAT, *J.C.P. A*, 2020, 2235 ; S. RENARD et É. PÉCHILLON, *A.J.C.T.*, 2020, p. 152 ; J.-P. FERREIRA, *A.J.D.A.*, 2020, spéc. p. 1871). Plus prudent, Jean-Pierre Vial a souligné les ambiguïtés inhérentes à la lettre de la réglementation municipale et des messages figurant sur les panneaux implantés sur le site (*Jurisport*, 2020, n° 209, p. 32). Ainsi que cela a été souligné ci-dessus, il est clair que la liberté était le principe applicable à la pratique du surf sur le spot le jour de l'attaque de requin.

[118] Nous remercions M. Nicolas Polge d'avoir autorisé la diffusion des conclusions qu'il a prononcées en cette affaire, et les services du Conseil d'État de nous les avoir communiquées.

[119] Comme en atteste, parmi d'autres exemples possibles, le propos suivant : « […] *on peine à trouver dans votre jurisprudence un précédent rapportant une obligation de signalisation d'un danger particulier à une activité par ailleurs expressément interdite par l'autorité de police* […] » (p. 6 des conclusions).

risques propres à chacune de ces deux qualifications –, la situation étant différente dans l'hypothèse d'un danger « exceptionnel » où l'obligation de signalisation de la réglementation « absorbe » en quelque sorte celle relative à la signalisation des dangers concernés suivant ce qui a été démontré plus haut[120].

• La juridiction de cassation poursuit en estimant que « *cette information du public, même si elle ne faisait pas spécifiquement état de la menace des requins, constituait une publicité appropriée de la réglementation applicable et des dangers du site* », et que la cour administrative d'appel, sur ce point, a suffisamment motivé sa décision et n'a pas commis d'erreur de qualification juridique. Cette appréciation du Conseil d'État comporte plusieurs dimensions.

En premier lieu, en estimant qu'il n'y a lieu de tirer aucune conséquence de l'absence de mention spécifique de la « *menace des requins* » sur les supports de signalisation présents sur site le jour de l'attaque, la juridiction de cassation souligne que c'est à juste titre d'après elle que la cour administrative d'appel n'a en substance pas considéré que cette « *menace* » relevait des « *dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* ». Cette « *menace* » constituant alors un danger « normal » d'après le Conseil d'État, celui-ci souligne qu'une signalisation générale de la présence de dangers sur le site peut être qualifiée d'« *appropriée* ». La juridiction de cassation se détache ainsi d'une manière aussi expresse que radicale des conceptions du rapporteur public pour qui le « *risque d'attaques de requins* » est sans équivalent et donc par nature « excessif » / « anormal » : « *s'agissant du caractère dangereux de la baignade et des activités nautiques sur un point particulier de la côte maritime, la variété des causes de danger possible paraît devoir imposer, dans le cas d'un risque d'attaque de requin, de spécifier la nature de ce danger, compte tenu de son caractère imprévisible et irrépressible même pour les amateurs les plus expérimentés, contrairement à d'autres types de danger* »[121]. La confrontation des deux conceptions du risque requin est éclairante : autant le rapporteur public considère une attaque de requin comme un cas de force majeure, dont en toute rigueur aucune personne juridique ne saurait être tenue responsable (ce qui tranche d'ailleurs avec certaines de ses autres appréciations), autant le Conseil d'État considère en substance qu'elle peut être prévue et prévenue, ce qui suppose d'établir les responsabilités respectives des usagers de la mer et des autorités de police administrative notamment à cet égard.

En second lieu, la juridiction de cassation relève que la signalisation de la réglementation applicable au site peut également recevoir cette qualification : comme la « *menace des requins* » constitue alors un danger « normal » d'après le Conseil d'État, l'obligation jurisprudentielle traditionnelle ne trouvait pas à

[120] Voir II, A, 1, b ainsi que la conclusion du II.
[121] Page 6 des conclusions.

s'appliquer, au contraire de l'obligation législative de signalisation de la réglementation existante en raison de sa portée systématique, cette dernière obligation ayant été respectée en l'occurrence[122]. C'est ce qu'il faut comprendre lorsque le Conseil d'État estime que nonobstant l'absence de mention spécifique de la « *menace des requins* » sur les supports de signalisation présents sur site le jour de l'attaque, l'obligation de signalisation de la réglementation prévue par l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales a bel et bien été accomplie en l'espèce. Conformément à ce qui a été démontré plus haut, une telle mention spécifique n'aurait été en particulier exigée par la juridiction de cassation que dans l'hypothèse où celle-ci aurait estimé la « *menace des requins* » comme susceptible d'être qualifiée de « grave » (à condition qu'elle ait alors présenté un caractère intrinsèquement « excessif » ; il y aurait eu alors cumul d'obligations) ou « très exceptionnel » (il se serait alors agi d'une modalité nécessaire de l'obligation de signalisation de la réglementation)[123].

À cet égard, il y a donc lieu de souligner qu'en raison du caractère distinct de l'obligation de signalisation de la réglementation adoptée sur le fondement de l'article L. 2213-23 du code général des collectivités territoriales et de celle relative aux éventuels « *dangers qui excéderaient ceux contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* », la question de savoir s'il faut ou non indiquer la nature des risques spéciaux qu'une telle réglementation aurait pour objet de prévenir ne présentait alors aucun intérêt[124].

• En définitive, le Conseil d'État relève que la cour « *a pu, par suite, sans erreur de droit, en déduire que, l'autorité municipale ayant rempli l'obligation d'information qui lui incombait, il ne pouvait être reproché au préfet de La Réunion de n'avoir pas usé du pouvoir de substitution qu'il tient des dispositions de l'article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales* ». Cette ultime appréciation n'appelle pas de remarque particulière. Il en va tout autrement de l'étape suivante du raisonnement de la juridiction de cassation.

---

[122] En dépit du laconisme du Conseil d'État à ce propos, les enseignements suivants peuvent être certainement tirés de sa conclusion. D'une part, dès lors qu'un site de baignade et/ou d'activités nautiques fait l'objet d'une réglementation de police municipale relative à ses conditions d'accès et d'utilisation, cette réglementation doit faire l'objet d'une signalisation « *appropriée* ». D'autre part, le caractère « approprié » de la signalisation de la réglementation applicable suppose la réunion de trois conditions : la signalisation doit être effectuée sur le site auquel s'applique la réglementation concernée ; la signalisation doit donner à voir les principaux éléments de cette réglementation ; cette signalisation doit être « *visible* » ; et, suivant les propos du rapporteur public, « *l'information adéquate ne peut pas être définie en fonction des caractéristiques du public fréquentant habituellement le lieu, mais à l'intention de toute personne susceptible d'y accéder dans des conditions normales* ».

[123] Voir II, A, 1, b ainsi que la conclusion du II.

[124] Pour une tentative d'analyse de l'arrêt du Conseil d'État dans cette perspective – qui ne nous semble donc pas pertinente – voir notamment H. PAULIAT, *J.C.P. A*, 2020, 2035.

c. L'imputation au surfeur d'une obligation globale de prudence à l'égard de dangers comprenant par principe la « *menace des requins* » : une appréciation plus cohérente, mais toujours datée et diffuse

La juridiction de cassation estime qu'en l'espèce, il revenait à toute personne pratiquant une activité nautique sur le spot de Gauche de Saint-Leu de « *se prémunir* » de la « *menace des requins* » : la juridiction d'appel a d'après elle exactement qualifié les faits en jugeant que cette dernière n'excédait pas les « *dangers* […] *contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* » ; par voie de conséquence, le maire ne se trouvait pas dans l'obligation d'assortir d'une mention expresse de cette menace la signalisation sur site de la réglementation de la baignade et des activités nautiques.

En estimant à juste titre qu'aucune interdiction du surf n'était en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de l'accident, au contraire de ce qu'ont jugé les juridictions du fond, le Conseil d'État a par là-même supprimé l'une des incohérences affectant le raisonnement de la juridiction d'appel. Comme cela a été souligné au moment d'examiner ce dernier, une telle interdiction a pour objet de prévenir des risques qui sont précisément l'antithèse des « *dangers* […] *contre lesquels les intéressés doivent normalement se prémunir* »[125].

Il n'en reste pas moins que, pour cohérente qu'elle soit, l'appréciation du Conseil d'État est entachée de la même insuffisance et de la même erreur d'évaluation que celle qui compromet le raisonnement de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Ainsi que cela a été démontré, cette appréciation consiste essentiellement à faire fond sur l'évaluation des risques effectuée par l'autorité de police municipale en vue de concevoir son arrêté du 1er mars 2011, et non sur une évaluation de ces risques distincte de la première et à jour des évènements postérieurs survenus jusqu'au moment de l'attaque de requin[126]. Cette faiblesse de taille dans l'évaluation du « *risque d'attaques de requins* » en l'occurrence se trouve corroborée par une autre limite à cet égard.

2. L'évaluation superficielle des « *risques d'attaques de requins* » sur le plan du contrôle des appréciations de la juridiction d'appel relatives à la causalité des préjudices liés à l'attaque de requin

La juridiction de cassation ne trouve rien à redire à l'appréciation de la cour administrative d'appel d'après laquelle l'imprudence intégrale du requérant constitue la cause unique de ses préjudices liés à l'attaque de requin, même si elle fait complètement abstraction à cette fin de l'idée d'après laquelle une interdiction du surf aurait été en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au moment de

[125] Voir le II, A, 2.
[126] Voir le II, A, 2, b.

l'accident (a). Ainsi confirmée, l'exclusion de responsabilité prononcée par les juridictions du fond reste éminemment critiquable, car il semble bien que le Conseil d'État aurait dû relever une dénaturation des faits de l'affaire par la juridiction d'appel. Ainsi que cela a été démontré, celle-ci n'a effectivement pas perçu ou voulu relever l'existence d'une réévaluation du risque requin par la commune de Saint-Leu, postérieure à l'arrêté du 1er mars 2011 et réitérée notamment quelques jours avant l'attaque de requin[127]. Cette réévaluation prend alors la forme de la reconnaissance, par la commune de Saint-Leu, de la nécessité d'une réglementation spécifique des activités nautiques en vue de prévenir les « *risques d'attaques de requins* », laquelle exclut que cette prévention puisse relever complètement de l'obligation générale de prudence des usagers de la mer (b).

a. La validation sélective des appréciations de la juridiction d'appel faisant de l'imprudence intégrale du surfeur la cause unique de ses préjudices liés à l'attaque de requin

Le Conseil d'État estime qu'en ce qui concerne la portée juridique de l'imprudence du requérant, l'arrêt de la juridiction d'appel n'est entaché d'aucune dénaturation et a été suffisamment motivé.

Si le degré du contrôle de cassation est limité sur ce point, l'essentiel relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (sauf dénaturation et insuffisance de la motivation donc), il importe de souligner que le Conseil d'État ne valide expressément à ce titre qu'une partie seulement de l'appréciation de la cour. Il s'agit principalement de celle relative à l'obligation du surfeur de prévenir à son égard le « *risque d'attaques de requins* » inhérent à la pratique du surf à La Réunion, la juridiction de cassation s'appuyant nécessairement à ce propos sur les éléments spécifiques nécessaires pour fonder juridiquement celle-ci : le caractère « dangereux » du spot de la Gauche de Saint-Leu, ainsi que l'attribution aux surfeurs de la charge des risques inhérents à la pratique du surf en ce lieu. La juridiction de cassation est très claire sur ce point : « […] *en estimant que, tant en raison de ce que* [le requérant] *était un surfeur expérimenté, résidant à La Réunion depuis 1981 et connaissant les lieux, qu'en raison des informations fournies par les autorités publiques, l'intéressé ne pouvait ignorer les risques d'attaques de requins et que l'accident dont il a été victime était, par suite, imputable à sa seule imprudence, la cour a, par un arrêt suffisamment motivé sur ce point, porté sur les pièces du dossier qui lui était soumis une appréciation souveraine, qui n'est pas entachée de dénaturation* »[128]. Si le Conseil d'État

[127] Voir II, B, 3, b.

[128] Nous ne voyons absolument pas pourquoi, en formulant cette appréciation, le Conseil d'État aurait, selon Jean-Philippe FERREIRA, entrepris « *d'adapter l'obligation de signalisation des dangers au degré de connaissance par la victime des risques auxquels elle s'expose* » (*A.J.D.A.*,

rejette enfin le moyen de cassation produit par le requérant en ce qui concerne la carence alléguée du préfet en matière de prélèvement de requins, ce rejet intervient pour une raison purement procédurale (l'inopérance du moyen de cassation) qui n'appelle ici aucun commentaire particulier.

Ainsi, le Conseil d'État ne mentionne aucunement l'interdiction du surf que les juridictions du fond croyaient en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, et de laquelle elles avaient déduit le caractère irrégulier de la présence du requérant à l'eau – situation irrégulière qu'elles avaient d'ailleurs mise en exergue dans leurs décisions respectives. Il fait fond sur l'obligation de prudence du surfeur en tant qu'elle trouve à s'appliquer en matière de risque requin, soulignant ainsi que les manquements de ce dernier à cette obligation de prévenir à son égard le « *risque d'attaques de requins* » inhérent à la pratique du surf à La Réunion – commis dans un cadre juridique où la pratique du surf était libre sur le spot en question – étaient suffisants pour leur donner la portée juridique que la cour leur a conférée. De cela, il résulte que l'imprudence du requérant consiste seulement à avoir continué sa pratique après 17h00, c'est-à-dire méconnu l'interdiction de circulation de certains engins nautiques au-delà de l'heure précédant le crépuscule civil. Le requérant n'a méconnu aucune règle en se mettant à l'eau ce jour-là, ainsi qu'en exerçant son activité jusqu'à 17h00. Si l'attaque de requin était survenue avant cette heure, le juge administratif aurait certainement – dans la perspective qui a été la sienne ici – exclu toute responsabilité administrative sur un autre fondement : l'acceptation des « *risques d'attaques de requins* ». En effet, ainsi que l'a bien mis en exergue Geoffrey Beyney – dont il faut souligner l'effort de précision théorique et donc de différenciation conceptuelle par rapport à la notion d'imprudence – l'« *acceptation des risques se caractérise par un consentement non fautif de la victime à un risque, lequel est un évènement dangereux dont la probabilité de sa réalisation est incertaine et prévisible* »[129].

Reste qu'en cette hypothèse d'acceptation des risques *stricto sensu*, comme dans le raisonnement retenu par la juridiction de cassation, il aurait fallu une certaine vérification de ce que la liberté du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu ne masquait pas une carence des autorités de police administrative au vu de l'état du « *risque d'attaques de requins* ». Or, à cet égard, il apparaît que la

2020, spéc. p. 1870). En effet, les vérifications relatives aux obligations de signalisation et cette appréciation relèvent de deux stades du raisonnement juridictionnel, lesquels ne sauraient être confondus : au fond les premières ont pour objet de contrôler l'imputabilité d'une obligation globale de prudence aux pratiquants concernés, et la seconde de contrôler l'imputabilité au seul surfeur victime des contrariétés objectivement constatées de son comportement avec l'obligation en question (la démonstration en a été faite dans le II, lors de l'analyse de l'arrêt d'appel).

[129] G. BEYNEY, *La contribution de la victime à la production de son dommage en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle des personnes publiques*, *ibid.*, spéc. n° 848, et plus largement n° 619-852. *Contra* : J.-P. FERREIRA, *A.J.D.A.*, 2020, spéc. pp. 1870-1871.

juridiction de cassation n'a pas relevé l'insuffisante analyse des pièces du dossier par la juridiction d'appel, alors que l'une de ces pièces permettait d'établir que la commune avait réévalué à la hausse ce risque au point d'envisager une réglementation des activités nautiques spécifiquement destinée à le prévenir, et alors qu'il y avait lieu en conséquence de relever ne serait-ce qu'une insuffisance de motivation de l'arrêt d'appel.

b. La réglementation des conditions de pratique du surf en vue de prévenir les « *risques d'attaques de requins* » : une nécessité, possible cause de cassation, ignorée par le Conseil d'État

Croyant à tort qu'une interdiction du surf était en vigueur sur le spot de la Gauche de Saint-Leu au jour de l'attaque, la juridiction d'appel n'a logiquement pas recherché les implications juridiques du projet de la commune d'instituer sur celui-ci un système de surveillance spécifiquement destiné à prévenir le « *risque d'attaques de requins* » dans un contexte d'accroissement de l'intensité de ce risque. La réévaluation du « *risque d'attaques de requins* » inhérente à ce projet devait donc être prise en considération dans l'attente de sa réalisation, ce qui aurait dû en tout état de cause amener le maire de Saint-Leu à revenir sur le principe de liberté de la pratique du surf sur le spot de la Gauche consacré par l'arrêté municipal du 1er mars 2011[130].

Reconnaissant au contraire et à juste titre la liberté de principe de la pratique du surf sur le spot de la Gauche de Saint-Leu (au moins jusqu'à 17h00 – l'heure suivante précédant le coucher du soleil ce jour-là –, dans un contexte toutefois troublé par le fait que le *Cadre réglementaire de la pratique du surf et des activités de vague* de la Fédération française de surf recommande simplement de « *ne pas surfer le matin et le soir tant que le soleil n'est pas au-dessus de la ligne d'horizon* »), la juridiction de cassation aurait dû en conséquence relever que la juridiction d'appel n'a pas effectué cette recherche. Celle-ci était pourtant déterminante afin de vérifier que ce principe de liberté ne masquait pas en l'espèce une carence des autorités de police administrative, et difficile à éluder en raison de la régularité de la mise à l'eau de la future victime et de la survenance de l'attaque de requin immédiatement après 17h00. Elle aurait ainsi dû relever une insuffisance de motivation de l'arrêt d'appel, et donc prononcer sa cassation, ce qui aurait impliqué le réexamen de l'affaire au fond soit par une cour administrative (en principe) soit par le Conseil d'État lui-même s'il l'avait alors jugé justifié au regard de l'exigence de bonne administration de la justice (article L. 821-2 du code de justice administrative).

[130] Voir II, B, 3, b.

B. La nécessité de situer les leçons juridiques de l'affaire *Bujon* dans le cadre de l'obligation de réduction du risque requin consacrée par le Conseil d'État dans l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* de 2013

Le Conseil d'État n'a manifestement pas souhaité reprendre à son compte l'exigence juridique spécifique de « *prévention du risque d'attaques de requins* » promue par le tribunal administratif de La Réunion puis la cour administrative d'appel de Bordeaux, préférant développer une approche factuelle de ce risque dans le cadre juridique général de la police et de la responsabilité administratives. Cette orientation semble révélatrice de la volonté de la juridiction administrative suprême de garantir la cohérence de sa jurisprudence, et plus précisément d'inscrire son arrêt dans la perspective de l'obligation de réduction du risque requin consacrée par son juge des référés dans l'ordonnance du 13 août 2013. Cette recherche de cohérence n'aboutit cependant qu'à des résultats limités en l'espèce (1), ce qui implique de systématiser le rattachement à cette obligation des leçons juridiques de l'affaire *Bujon* (2).

1. La cohérence limitée de la jurisprudence administrative en matière de risque requin à l'issue de l'arrêt *Bujon* du Conseil d'État

La volonté de cohérence du Conseil d'État est indéniable. Elle affleure dans les conclusions du rapporteur public Nicolas Polge : d'abord surpris de la distance existante entre le contenu de cette ordonnance de référé-liberté et celui des décisions rendues par les juridictions du fond en l'affaire *Bujon*[131], il s'est montré soucieux de proposer ensuite une solution qui soit juridiquement en accord avec la décision de 2013[132]. Si le Conseil d'État s'est dans l'ensemble démarqué de ces conclusions, comme on l'a souligné plus haut, il n'est en revanche pas douteux que sa qualité de juridiction suprême l'ait amené à poursuivre un objectif de cohérence jurisprudentielle[133]. Dans ce contexte, l'absence d'évocation de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » constitue probablement la marque d'un renvoi de principe à l'obligation de réduction du risque requin consacrée à travers l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013 (a). À cet égard, l'absence de réelle évaluation juridictionnelle des « *risques d'attaques de requins* » constitue en tout état de cause un sérieux frein à l'effectivité de cette obligation (b).

[131] Page 3 des conclusions.
[132] Page 6 des conclusions.
[133] Sur les fonctions inhérentes au statut du Conseil d'État comme juridiction administrative suprême, voir par exemple M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, collection « Hypercours », 5ème édition, 2019, 642 pp. – notamment le chapitre X dédié à l'étude du « *pouvoir jurisprudentiel* » (pp. 553-592).

a. L'absence d'évocation de l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » : un probable renvoi de principe à l'obligation de réduction du risque requin

D'un point de vue matériel, il existe de sérieuses raisons de penser que l'exigence juridique spécifique de « *prévention du risque d'attaques de requins* », mise en exergue par les juridictions du fond dans l'affaire *Bujon*, était de nature à susciter des difficultés du point de vue de la cohérence de la jurisprudence administrative si elle avait été reprise par le Conseil d'État. Ces motifs procèdent de l'analyse juridique de l'obligation de réduction du risque requin, effectuée dans un précédent article[134].

Cherchant à montrer en quoi cette obligation constitue une interprétation raisonnable des obligations positives qui incombent aux autorités publiques en vue de prévenir les atteintes involontaires à la vie, sur le fondement du droit à la vie issu de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, nous avons alors mis en évidence que l'explication réside notamment dans le principe de liberté auquel obéissent la baignade et les activités nautiques d'après le Conseil d'État. À cet égard, nous avons effectivement souligné que toute entreprise visant à « supprimer » le risque requin – la notion de « suppression » est employée par le Conseil d'État alors – est excessive d'un point de vue général, compte tenu du fait qu'elle suppose une interdiction de la baignade et des activités nautiques (ou du moins, des plus exposantes d'entre elles). En effet, « supprimer » toute probabilité de morsure de requin, en des espaces maritimes notoirement fréquentés par des requins potentiellement dangereux, est un résultat qui ne peut être atteint qu'en interdisant de manière efficace toute mise à l'eau en vue de pratiquer ces sports et loisirs de nature (ou du moins les plus exposant d'entre eux). Une telle interdiction n'est possible à La Réunion que dans la mesure où le risque requin, mortel par nature, présente un caractère « exceptionnel » dont le juge des référés n'a pas manqué de relever l'intensité particulière dans son ordonnance de 2013 – dans la droite ligne d'une tradition jurisprudentielle remontant au moins à l'arrêt *Société Castillon-Plage* de 1938[135]. En matière de risque requin, l'obligation générale qui incombe aux autorités publiques ne peut donc tendre qu'à la réduction de celui-ci en vue : soit d'optimiser les conditions d'exercice de la libre pratique des sports et loisirs de nature, en atténuant la charge du risque pesant sur les usagers de la mer concernés (ce qui est la perspective de principe) ; soit de créer les conditions propices au retour à un exercice de cette liberté – c'est-à-dire, celles de nature à permettre d'imputer de nouveau une part au moins de la charge du risque auxdits usagers – dans la mesure où baignade et

[134] O. DUPÉRÉ, « L'évaluation du risque requin et la détermination des orientations de sa gestion. Perspectives judiciaires franco-mauriciennes », *ibid.*, spéc. pp. 28-31.
[135] C.E., 7 décembre 1938, *Société Castillon-Plage, Rebeyrol et Cie*, Rec. p. 915 (affaire n° 59.938).

activités nautiques auraient dû être interdites à raison du caractère exceptionnel du risque requin, risque mortel par nature (ce qui est la perspective très particulière de La Réunion)[136].

À cet égard, l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » présente à elle seule plusieurs défauts, en raison desquels elle n'a probablement pas été reprise par le Conseil d'État. D'une part, la notion de « *prévention* », sans autre précision, évoque par principe l'idée de suppression *a priori* du risque en question : la création de ce risque pourrait et devrait être évitée, quelles que puissent être ses caractéristiques. Cela n'est envisageable dans l'absolu qu'en interdisant de manière durable la baignade et les activités nautiques, ou en s'abstenant tout aussi durablement de se mettre à l'eau à ces fins, et cette perspective n'est pas congruente avec l'obligation de réduction du risque requin. D'autre part, l'évocation au singulier du « *risque d'attaques de requins* » pourrait suggérer que la « *prévention* » ainsi comprise pourrait et devrait être poursuivie indépendamment des différentes caractéristiques de celui-ci, aussi concrètes que variables (ce qui pourrait d'ailleurs, à l'extrême, être avancé comme argument en vue de justifier l'inutilité voire l'absence d'une évaluation de ce risque). Or, la notion de « réduction », en tant qu'elle suppose de ramener l'intensité du risque d'un niveau supérieur à un niveau inférieur, suppose précisément une pleine prise en compte de ces caractéristiques, ce qui implique en tout état de cause de mettre en place un système d'évaluation permettant de les déterminer en permanence. L'arrêt du Conseil d'État rend d'ailleurs bien compte de cette nécessité, en évoquant sur un mode aussi factuel que pluriel les « *risques d'attaques de requins* ». Enfin, reprendre à son compte l'exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » aurait supposé du Conseil d'État qu'il tranche la question de son rattachement à titre principal : aux obligations qui incombent aux autorités de police administrative (perspective retenue par le tribunal administratif de La Réunion), ou bien à l'obligation générale de prudence des usagers de la mer (perspective retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux) ? À cet

[136] L'interprétation raisonnable des obligations positives qui incombent aux autorités publiques, sur le fondement du droit à la vie issu de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, en vue de prévenir les atteintes involontaires à la vie, réside également – comme nous l'avons montré dans notre article précité – dans la prise en considération de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement. Les implications de cette interprétation à ce titre, qui concernent évidemment les prélèvements de requins, feront l'objet d'une analyse détaillée dans un prochain article. En tout état de cause, la problématique des prélèvements de requins s'avère largement extérieure au cadre du référé-liberté dans lequel l'obligation de réduction du risque requin a été consacrée : ne pouvant ordonner que des mesures susceptibles de remédier immédiatement à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, les juges des référés ont systématiquement souligné que des mesures de prélèvements de requins, étant insusceptibles de réduire le risque requin de manière instantanée ou quasi-instantanée, ne peuvent relever de celles dont ils peuvent enjoindre la mise en œuvre aux autorités administratives.

égard, l'obligation de réduction du risque requin présente le net avantage de la certitude et de l'opérationnalité, en tant qu'obligation positive des autorités publiques françaises de rechercher en permanence la conciliation optimale de plusieurs droits fondamentaux des usagers de la mer.

b. L'absence d'évaluation juridictionnelle des « *risques d'attaques de requins* » : un obstacle à l'effectivité de l'obligation de réduction du risque requin

L'arrêt du Conseil d'État est critiquable en ce qu'il n'a pas permis de saisir et de sanctionner les insuffisances et erreurs d'évaluation des « *risques d'attaques de requins* » existant en l'espèce, ainsi que cela a été mis en évidence plus haut. La prise en compte des circonstances au vu desquelles a été conçu l'arrêté municipal du 1er mars 2011, sans aucune réévaluation de ces risques à la date de l'attaque de requin, a ainsi conduit les juridictions administratives à imputer une obligation globale de prudence excessive à la future victime. Plus dérangeant encore : la commune avait réévalué ces risques très nettement à la hausse dès fin 2011/début 2012, ce dont atteste objectivement le projet de créer un système de surveillance du spot de la Gauche de Saint-Leu spécifiquement destiné à y prévenir les risques en question ; n'en tirant aucune conséquence sur le plan des obligations incombant aux autorités de police administrative, les juridictions administratives, là encore d'une manière excessive, ont ainsi été conduites à imputer à la seule imprudence de la victime l'ensemble de ses préjudices liés à l'attaque de requin. Cette critique intrinsèque, effectuée par ailleurs, doit maintenant être doublée d'une critique extrinsèque.

• En effet, l'arrêt *Bujon* est d'autant plus critiquable que le tribunal administratif de La Réunion et le Conseil d'État ont toujours par ailleurs fait, si nécessaire, un réel effort d'évaluation globale de l'importance des « *risques d'attaques de requins* » avant d'en tirer les conséquences juridiques au regard de l'obligation de réduction de ceux-ci.

C'est en premier lieu le cas dans l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013. Pour qualifier de particulièrement « *exceptionnel* » le « *risque mortel* » en lequel consiste le risque requin, le juge des référés du Conseil d'État s'est effectivement fondé sur les caractéristiques objectives de la série d'attaques de requins que connaissait alors La Réunion depuis 2011 : la période concernée et la localisation générale des accidents (« *de juin 2011 à juillet 2013 à l'ouest de l'île de La Réunion* ») ; le nombre des attaques survenues et leur taux de létalité (« *onze attaques de requins, dont cinq mortelles* ») ; une évolution récente alors perceptible au sujet des catégories d'usagers et d'usages de la mer susceptibles d'être affectés par une attaque de requin (« *si les victimes étaient pour la plupart des pratiquants de sports de glisse, la dernière, le 15 juillet 2013, était une adolescente qui se baignait à proximité du rivage* »). Alors même qu'il devait

statuer rapidement, le juge des référés du Conseil d'État prend le soin d'établir une gradation dans le degré d'exceptionnalité du risque requin en l'espèce, ce risque étant jugé davantage exceptionnel pour une modeste activité de baignade que pour la pratique des sports de glisse (le juge relève ainsi « *l'existence d'un tel risque mortel, notamment pour une activité ordinaire de baignade proche du rivage* »).

En second lieu, cette évaluation est maintenue en 2019 par le juge du référé-liberté du tribunal administratif de La Réunion, à l'issue du débat contradictoire entre les personnes morales sollicitant notamment un renforcement des mesures anti-requins et les autorités administratives défenderesses[137]. Considérant l'ensemble de l'île de La Réunion au cours de la période comprise entre le 26 juillet 2013 (date d'adoption de « *la première mesure d'interdiction quasi-générale de baignade et d'activités nautiques* ») et la date à laquelle il statue (5 juillet 2019), le juge constate la persistance d'un nombre particulièrement élevé d'« *attaques de requins mortelles ou mutilantes* », puis insiste sur les caractéristiques de ces attaques mortelles (« […] *ce sont encore six attaques mortelles qui sont survenues depuis le 14 février 2015, les victimes étant des surfeurs ou bodyboardeurs, mais aussi une baigneuse et un pêcheur de bichiques, les deux dernières ayant lieu le 30 janvier 2019 à Sainte-Rose et le 9 mai 2019 à Saint-Leu* »). Ces caractéristiques sont globalement jugées similaires à celles de la période antérieure (« *pour s'en tenir aux attaques mortelles, suite aux 5 décès constatés entre le 19 février 2011 et le 15 juillet 2013, ce sont encore 6 attaques mortelles* [etc., voir citation précédente] »), avant que l'ensemble soit comparé « *aux statistiques d'attaques concernant d'autres lieux a priori autant exposés* » et qu'il en ressorte pour le juge des référés « *le caractère désastreux de cette situation, observée à La Réunion dans des proportions tout à fait anormales par rapport* » auxdites statistiques.

Certes, il est vrai que c'est dans le cadre de procédures de référé-liberté que ces évaluations du risque requin ont été effectuées, mais aucune raison ne s'avère susceptible de justifier qu'aucune évaluation de ce type ne puisse être effectuée en vue de statuer sur une action en responsabilité. En premier lieu, si une portée

[137] T.A. La Réunion, ord., 5 juillet 2019, *Association Océan Prévention Réunion et autres* (affaires n° 1901011, 1901012, 1901013, 1901014) – *R.J.O.I.*, 2020, p. 220 (note A. VIDOT – https://droit-oi.univ-reunion.fr/page-1/numero-27/chronique-de-jurisprudence-administrative; dernière consultation le 26 mai 2021). Cette ordonnance est reproduite en annexe. Concluant en tout état de cause au rejet des conclusions présentées par les requérants, en raison de l'impossibilité d'ordonner les mesures anti-requins sollicitées du fait du cadre procédural très particulier que constitue le référé-liberté, cette ordonnance a ensuite été confirmée par le Conseil d'État : C.E., ord., 25 juillet 2019, *Association Océan Prévention Réunion et autres* (affaire n° 432876).

très objective a été donnée aux procédures de référé-liberté en question[138], le caractère foncièrement intersubjectif du contentieux de la responsabilité administrative n'exclut pas la présence d'une dimension objective. Dans le domaine de la responsabilité pour faute administrative, pertinent en l'occurrence, il est effectivement bien établi que la finalité restitutive de ce régime juridique (qui est la source matérielle des conditions fondamentales du droit à réparation : imputabilité du fait dommageable à une personne publique française ou assimilée ; qualification juridique de « préjudice » appliquée au dommage – et détermination des chefs de préjudice mobilisables en l'espèce ; qualification juridique de « cause directe et certaine du préjudice » appliquée au fait matériellement à l'origine du dommage) se double d'une finalité de contrôle des modalités de fonctionnement de l'administration (à l'origine de conditions particulières du droit à réparation : qualification du fait dommageable de « faute », éventuellement « lourde » ; vérification de l'imputabilité de la faute au service). Dans la perspective de cette dernière finalité, un contrôle de l'existence d'une évaluation des « *risques d'attaques de requin* » et de ses modalités est parfaitement envisageable. En second lieu, il importe de se rendre compte du point auquel la tâche des juges des référés était complexe : ceux-ci ont dû se prononcer très rapidement, sur des questions largement inédites et qui engageaient immédiatement le futur de la baignade et des activités nautiques à La Réunion. La difficulté de la tâche ne les ayant pas arrêtés, on ne comprendrait guère pourquoi elle aurait été de nature à compromettre les travaux de juges du fond devant statuer à moyen terme, sur des questions déjà traitées en bien des aspects par les juges des référés, et en ayant à prendre principalement en considération des faits passés.

• Le contraste ne peut ainsi être plus saisissant entre ces décisions à travers lesquelles le juge administratif évalue le risque requin réunionnais comme étant particulièrement « exceptionnel » depuis le mois de juillet 2013, et les décisions rendues en l'affaire *Bujon* où ce risque est spontanément considéré comme ayant été « normal » moins d'un an auparavant.

Or, il ne fait aucun doute que si les juridictions administratives avaient procédé à une évaluation des « *risques d'attaques de requins* » actualisée à la date de celle dont est victime le requérant (le 5 août 2012), en mettant en œuvre la même démarche que celle appliquée par les juges du référé-liberté en 2013, ces risques n'auraient pas pu être considérés comme « normaux ». En effet, la démarche en question implique de relever que, du mois de juin 2011 (retenu comme point de départ de la recension effectuée par le Conseil d'État) au 4 août 2012 (veille des morsures de Fabien Bujon par un requin-bouledogue), neuf

[138] Sur ce point, voir en particulier X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Le référé-liberté pour autrui (suite). Et maintenant l'autorité de police », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n° 18 (et les références citées) – lien URL : http://www.revuedlf.com/droit-administratif/le-refere-liberte-pour-autrui-suite-et-maintenant-lautorite-de-police-commentaire/ (dernière consultation le 12 mars 2021).

attaques de requins certainement non-provoquées – dont trois mortelles – sont déjà recensées (sur plusieurs surfeurs et un chasseur sous-marin)[139]. Dans cette perspective, la moyenne réunionnaise s'établit donc à une attaque toutes les 6-7 semaines environ, soit très au-delà : d'une part, de la moyenne générale d'une attaque annuelle de 1980 à 2010 sur les côtes de La Réunion, jusque-là retenue comme référence par les autorités de police administrative de l'île ; d'autre part, de la moyenne spécifiquement relative aux quelques pics d'attaques que le territoire a connus sur cette période ; enfin, des moyennes statistiques établies à l'échelle mondiale[140]. Certes, en l'absence de toute attaque sur une personne se baignant à proximité immédiate du rivage, le risque requin ne pouvait alors revêtir un caractère aussi « exceptionnel » que celui atteint à compter du 15 juillet 2013. Toutefois, il pouvait avec certitude être qualifié de particulièrement grave ou d'exceptionnel, comme le confirme d'ailleurs le projet de la commune de Saint-Leu d'instituer, sur le spot de la Gauche de Saint-Leu, un système de surveillance spécifiquement destiné à prévenir les « *risques d'attaques de requins* ».

Indubitablement, il incombait donc aux autorités de police administrative compétentes – le maire de Saint-Leu, en tout premier lieu – de prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre l'obligation de réduction d'un risque requin qualifiable de particulièrement grave ou d'exceptionnel. Quelle que soit la qualification retenue à cet égard, celle-ci impliquait l'impossibilité de différer la mise en œuvre de cette obligation jusqu'à la date à laquelle serait devenu opérationnel le système de surveillance alors prévu pour le spot de la Gauche de Saint-Leu et spécifiquement destiné à y réduire ce risque. Dans l'attente d'un mécanisme de surveillance opérationnel, il incombait auxdites autorités de conditionner la pratique du surf sur le spot ou bien de l'interdire. En l'espèce, l'absence d'évaluation juridictionnelle des « *risques d'attaques de requins* » a eu pour effet de priver d'effectivité l'obligation de réduction de ces risques. Si l'on a bien affaire à un « *contexte jurisprudentiel indécis* », l'indécision en question a fondamentalement pour objet l'évaluation de ces risques, intimement liée à la

[139] Sur le recensement des évènements, voir l'introduction. Le caractère provoqué ou non de la morsure subie par un pêcheur saint-pierrois, le 24 mai 2012, reste empreint d'incertitudes même si le contexte – relève d'un filet à sardines – fait présumer un caractère provoqué.

[140] Certes, la méthode retenue appliquée par les juridictions administratives, reconduite ici pour les besoins de la démonstration, s'avère largement intuitive, indifférenciée et donc sommaire, et très éloignée par conséquent des canons d'une analyse statistique rigoureuse telle que celle – de référence – menée par E. LAGABRIELLE – A. ALLIBERT – J.J. KISZKA – N. LOISEAU – J.P. KILFOIL – A. LEMAHIEU, « Environmental and anthropogenic factors affecting the increasing occurrence of shark-human interaction around a fast-developing Indian Ocean island », *ibid.*. Il en ressort toutefois un résultat qui, dans ses grandes lignes, a été confirmé par cette analyse en particulier, à savoir une aggravation brutale du risque requin réunionnais à partir de 2011 notamment.

conception et l'application des mesures de réduction les plus pertinentes (sur lesquelles les auteurs de la dernière citation ont centré leur analyse)[141].

2. La nécessité de dépasser l'arrêt *Bujon* pour renforcer l'efficacité et l'effectivité de l'obligation de réduction du risque requin

La gradation des types d'actions de police administrative nécessaires pour faire face aux « *risques d'attaques de requins* », considérée dans la perspective du concept d'obligation globale de prudence, présente un intérêt majeur en vue de la mise en œuvre de l'obligation de réduction du risque requin.

Elle permet tout d'abord de définir les paliers juridiques de cette réduction : l'obligation en question a nécessairement pour objet de permettre une rétrogradation des qualifications juridiques des dangers. Cette rétrogradation peut être schématisée de la manière suivante. Des « *risques d'attaques de requins* » qualifiés d'« exceptionnels » ou de « très exceptionnels » devront ainsi être amoindris jusqu'à pouvoir être qualifiés de « graves », voire le cas échéant d'« excessifs » ou même de « normaux ». Des « *risques d'attaques de requins* » qualifiés de « graves » devront être amoindris jusqu'à pouvoir être qualifiés d'« excessifs » ou de « normaux ». Des « *risques d'attaques de requins* » qualifiés d'« excessifs » devront être amoindris jusqu'à pouvoir être qualifiés de « normaux ». Des « *risques d'attaques de requins* » qualifiés de « normaux » devront être amoindris jusqu'à pouvoir être les moins importants possibles.

Elle permet ensuite de cerner le jeu des questions d'ordre juridique à se poser en vue de déterminer la qualification juridique actuelle pertinente et de se prononcer sur la possibilité et éventuellement les conditions d'une rétrogradation de celle-ci, ces qualifications représentant des types d'action de police administrative. Ces questions-clés ont été dégagées dans la deuxième partie de ce travail, puis synthétisées dans l'arbre de décision du tableau qui constitue le point d'orgue de celle-ci (figure 2).

La gradation en question implique alors de déterminer les conditions de chacune de ces qualifications juridiques, mais aussi de spécifier les conditions du basculement de l'une à l'autre. Ces diverses conditions doivent nécessairement avoir pour objet les différentes composantes d'un « *risque d'attaques de requins* » : aléa (accidentologie ; fréquentation de la zone côtière par des requins d'espèces réputées dangereuses, etc.), enjeux et modes d'exposition de ceux-ci aux aléas (nature et conditions intrinsèques d'exercice des activités concernées), ainsi que les vulnérabilités associables à ces enjeux et modes d'exposition. Elles doivent également préciser de quelle manière prendre en compte la combinaison de ces conditions en vue de déterminer la qualification juridique du risque ainsi

[141] J.-S. BODA et B. POUYAU, *Droit administratif*, mai 2020, comm. 26.

que le basculement de l'une à l'autre. À ce titre, il importe de souligner que les juges des référés se sont fondés sur les caractéristiques des attaques survenues à partir de 2011 pour procéder à une évaluation des « *risques d'attaques de requins* », laquelle s'avère donc aussi englobante que tournée vers le passé. Par ailleurs, et ainsi que cela ressort nettement de l'ordonnance *Commune de Saint-Leu* rendue le 13 août 2013 par le Conseil d'État, la détermination de ces conditions suppose de prendre en considération les résultats des études scientifiques et techniques effectuées, non seulement afin de pouvoir caractériser les différentes composantes des « *risques d'attaques de requins* », mais aussi en vue de mitiger l'intensité de chacune d'entre elles. Les conditions de qualification juridique doivent donc être conçues sur un plan évolutif, tout comme l'évaluation des « *risques d'attaques de requins* » doit être aussi affinée qu'actualisable.

La gradation en question suppose enfin d'instituer les mécanismes adéquats pour déterminer et faire évoluer les conditions des qualifications juridiques en question, suivre en permanence l'évolution des circonstances et apprécier l'impact de ces dernières sur la qualification juridique actuelle, informer en conséquence les autorités de police administrative compétentes et leur adresser des recommandations quant aux mesures de police administrative appropriées en vue de la sécurité des usagers de la mer face aux « *risques d'attaques de requins* ».

Conclusion du III. – L'analyse de l'arrêt rendu par le Conseil d'État montre que celui-ci a entendu traiter l'affaire *Bujon* dans le cadre de l'obligation de réduction du risque requin consacrée dans son ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013, et non pas dans celui d'une exigence de « *prévention du risque d'attaques de requins* » retenue par les juridictions du fond. S'il faut saluer l'objectif de cohérence de la jurisprudence administrative ainsi poursuivi, il importe en revanche de critiquer son manque d'effectivité en l'occurrence. D'une part, tant le Conseil d'État que les juges du fond ont systématiquement refusé de procéder à une réelle évaluation des « *risques d'attaques de requins* » en vue de contrôler le comportement des autorités de police administrative compétentes, et ont en conséquence opposé au requérant une exclusion de responsabilité administrative bien trop brutale. D'autre part, il s'avère que les juges des référés, qui ont pourtant à statuer dans un cadre procédural autrement plus contraignant que celui du contentieux de la responsabilité administrative, ont spontanément considéré qu'une telle évaluation relève de leur office. Quelles que soient les sources de ce hiatus, il est en tout état de cause certain que sa résorption ne pourra être que favorisée par la définition et le perfectionnement, sur des bases scientifiques et techniques solides et avec le concours des usagers de la mer, des

critères de distinction des différentes qualifications juridiques susceptibles d'être conférées aux « *risques d'attaques de requins* » (voir figure 3)[142].

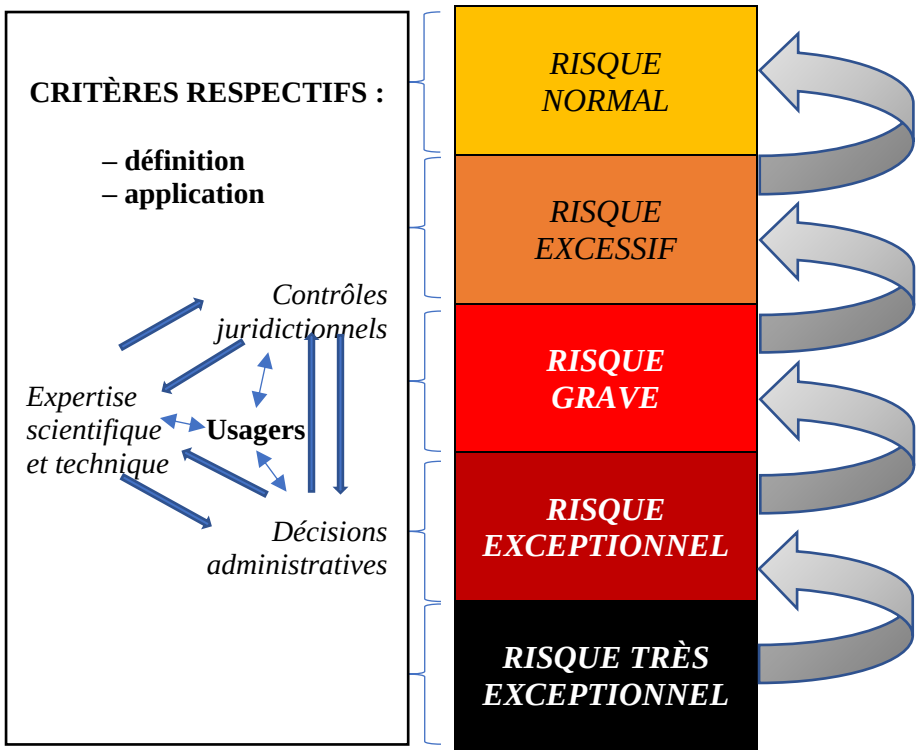


Figure 3 – Schéma de la mise en œuvre de l'obligation de réduction du risque requin

[142] À cette fin, soulignons l'intérêt des réflexions mettant en exergue la pertinence d'une intégration du risque requin et de sa gestion aux processus de planification des espaces maritimes : A. SHABTAY – E. LAGABRIELLE – V. PLOT – G. POTIN – D. GUYOMARD, « Marine spatial planning provides a comprehensive framework for building evidence-based shark risk management policies with sea-users », *Environmental Science and Policy* 111 (2020), pp. 18-26 – https://doi.org/10.1016/j.envsci.2020.05.014

Conclusion générale

Une affaire. Trois décisions juridictionnelles. Trois approches juridiques du risque requin, toutes contestables à divers titres. Aucune annulation, cassation, ni novation jurisprudentielle assumée, juste un glissement silencieux des approches qui laisse largement ouverte la construction d'une réponse juridique au risque requin. Les inévitables incertitudes, incohérences, réticences et atermoiements d'un tel processus interrogent quant à la capacité de l'ordre juridique français à permettre l'appréhension et donc l'adaptation à de nouveaux aléas naturels, face auxquels il apparaît comme une cause d'accroissement de la vulnérabilité[143] et de faiblesse des capacités de résilience des victimes et de leur entourage postérieurement à un accident ou une catastrophe.

L'analyse critique de ces trois décisions juridictionnelles permet toutefois de dégager et de justifier une grille de lecture juridique pertinente pour procéder à l'une des conciliations constitutives de l'obligation de réduction du risque requin qui incombe aux autorités publiques françaises et a été consacrée par le Conseil d'État dans son ordonnance *Commune de Saint-Leu* du 13 août 2013. La conciliation en question vise à produire une interprétation raisonnable des obligations positives qui découlent du droit à la vie, au regard du principe de liberté de la baignade et des activités nautiques. Assurément, ces clarifications ne couvrent pas l'ensemble du champ de l'obligation de réduction du risque requin : il reste par exemple à y intégrer l'ensemble des problématiques juridiques inhérentes à l'objectif de protection de l'environnement, ce qui sera fait dans une prochaine publication.

En définitive, penser juridiquement le risque requin s'avère nécessaire pour construire une réponse dont l'incontournable dimension opérationnelle ne peut pas être exclusive, sous peine d'être guettée par l'ineffectivité. L'affaire *Bujon* est à cet égard emblématique : alors même que des structures dédiées à la réduction de ce risque ont été instituées et œuvrent en vue de cette réduction, que de premiers résultats ont été obtenus et servent de base à diverses expérimentations en ce sens, les trois décisions juridictionnelles étudiées donnent à voir des hésitations intempestives au sujet tant du cadre juridique pertinent que de la manière de le mettre en œuvre. Il faut imaginer l'impact potentiel de telles

[143] Sur l'inadaptation du droit aux aléas naturels comme source générale d'accroissement de la vulnérabilité à ces derniers, voir nos « Brèves considérations sur la part du droit dans les rapports conceptuels entre 'risque naturel' et 'vulnérabilité' », in F. CAFARELLI et C. POMART, « Vulnérabilité et droits fondamentaux », *R.D.L.F.*, 2019, chronique n° 18 (lien U.R.L. – dernière consultation le 30 mai 2021 : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-risques-naturels-amenagement-du-territoire-et-politique-de-la-ville/).

hésitations sur des acteurs publics marqués par la hantise de la responsabilité pénale, voire de la responsabilité administrative.

Indispensable par principe, cette pensée juridique du risque requin l'est d'autant plus que d'autres territoires et collectivités peuvent tout à fait connaître des situations similaires à celle que La Réunion a traversé avec la « crise requins » à partir de 2011, et que les caractéristiques de ces autres situations peuvent différer – ne serait-ce que partiellement – de celles de cette crise. Le cas de la Nouvelle-Calédonie est à cet égard emblématique, du fait notamment de la nette augmentation des morsures de requins et du taux de létalité associé ces derniers temps. Saint-Martin, pour sa part, espère éviter toute situation similaire après la première attaque mortelle de requin jamais enregistrée dans les Antilles françaises, survenue le 10 décembre 2020 : Collectivité et État se sont immédiatement accordé quant à la nécessité de réduire autant que possible le risque requin saint-martinois. Si le présent travail pouvait contribuer à éviter la reproduction, à La Réunion ou ailleurs, des hésitations juridiques caractéristiques de l'affaire *Bujon*, il aurait pleinement atteint son but.

ANNEXE 1

Graphiques et carte extraits de :
E. LAGABRIELLE – A. ALLIBERT – J. J. KISZKA – N. LOISEAU – J.-P. KILFOIL – A. LEMAHIEU, « Environmental and anthropogenic factors affecting the increasing occurrence of shark-human interactions around a fast-developing Indian Ocean island », *Sci Rep* 8, 3676 (2018). https://doi.org/10.1038/s41598-018-21553-0

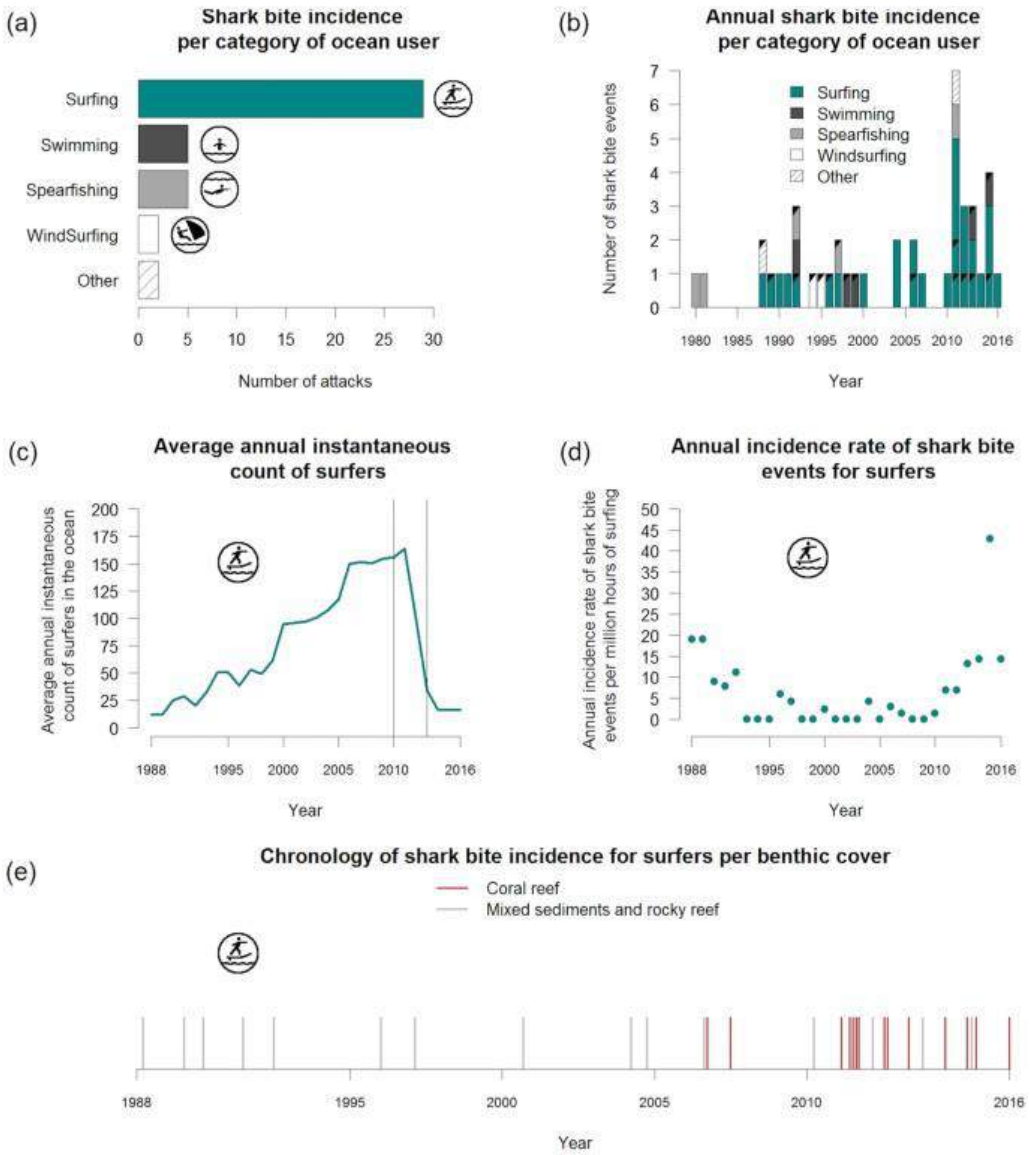


Figure 2 – Shark bite incidence and incidence rate from 1988 to 2016 in La Réunion (43 events selected over 51 recorded). Incidence of shark bite events per category of coastal ocean-users (**a**) and per year (black triangles indicate fatal events) (**b**), reconstructed average annual instantaneous count of surfers (ICS) (the two vertical lines indicate the aerial survey period 2010–2013) (**c**), annual shark bite incidence rate for surfers (per million hours of surfing) (**d**) and the chronology of shark bite incidence for surfers (n = 29 events) per benthic substrate cover (coral reef in red) (**e**).

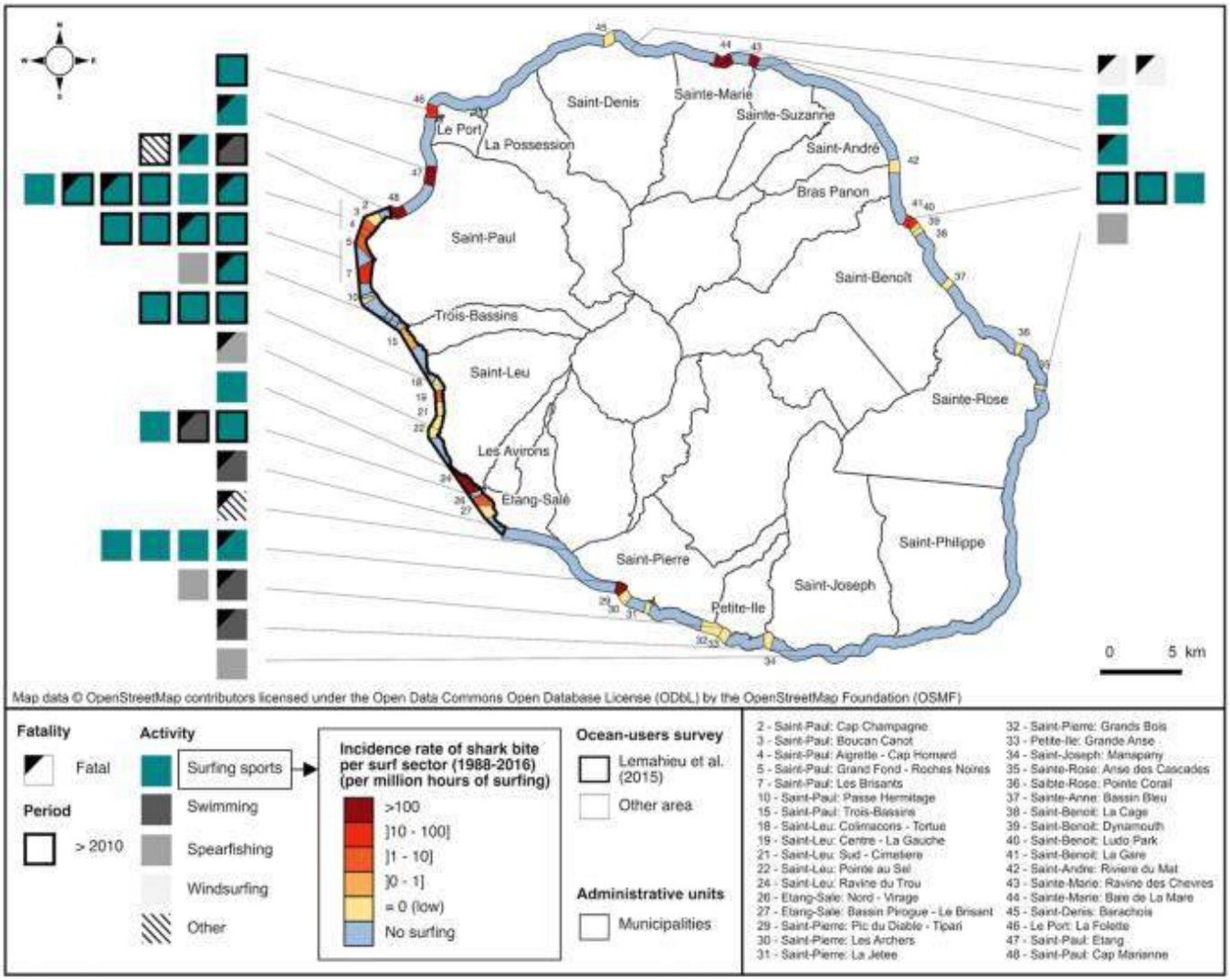


Figure 3 – Spatial distribution of the 43 studied shark bites events (1988–2016) in La Réunion. Shark bite rates for surfers over the 1988–2016 period are provided per sector. Data on administrative units were extracted from OpenStreetMap (http://www.openstreetmap.org). OpenStreetMap is open data, licensed under the Open Data Commons Open Database License (ODbL) by the OpenStreetMap Foundation (OSMF). The map was generated using QGIS 2.18 software (GNU licence).

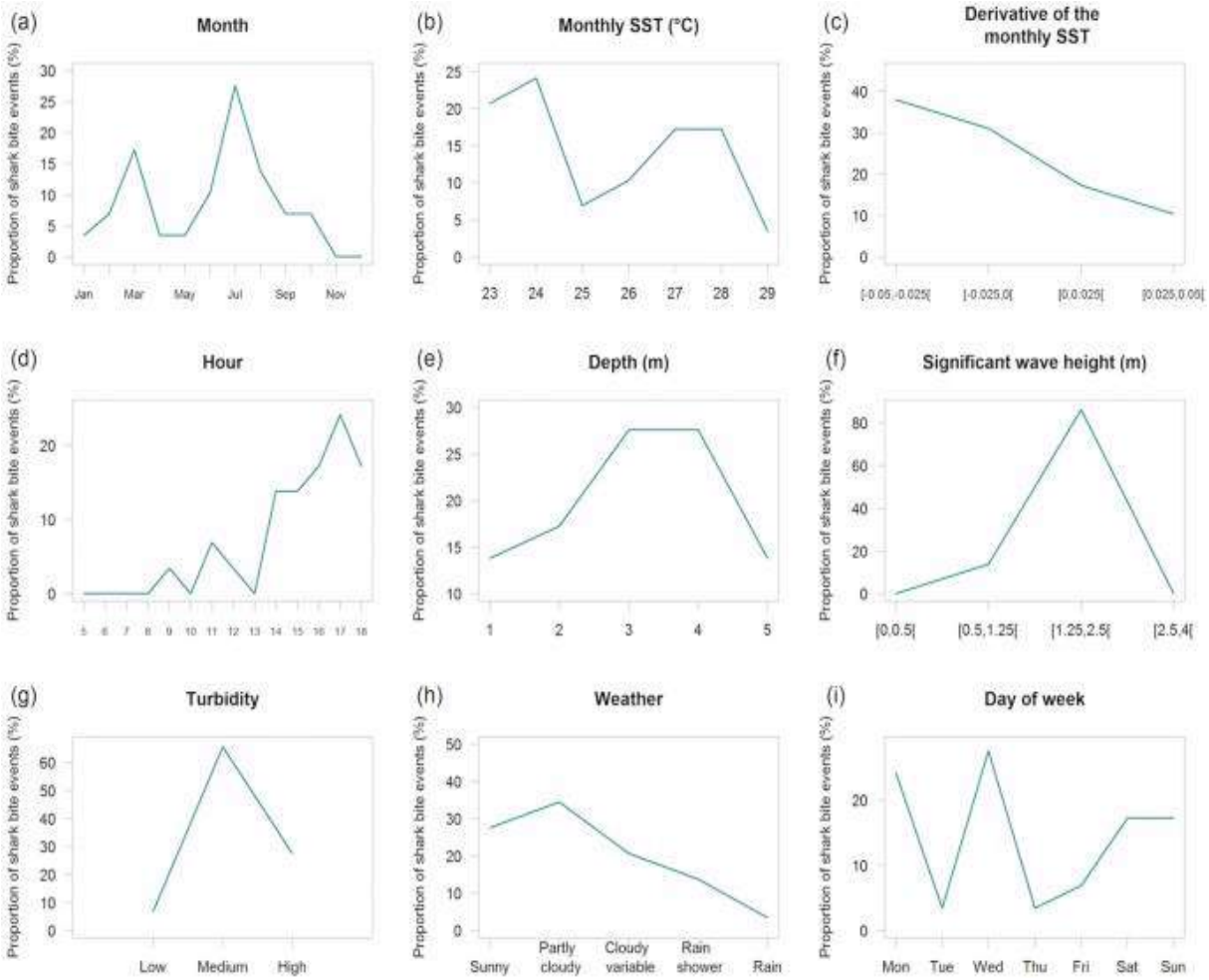


Figure 4 – Frequency distribution of shark bites incidence (surfers only) across nine temporal and environmental variables: month (**a**), monthly SST (**b**), derivative of the monthly SST (**c**), hour (**d**), depth (**e**), significant wave height (**f**), turbidity (**g**), weather (**h**) and day of week (**i**).

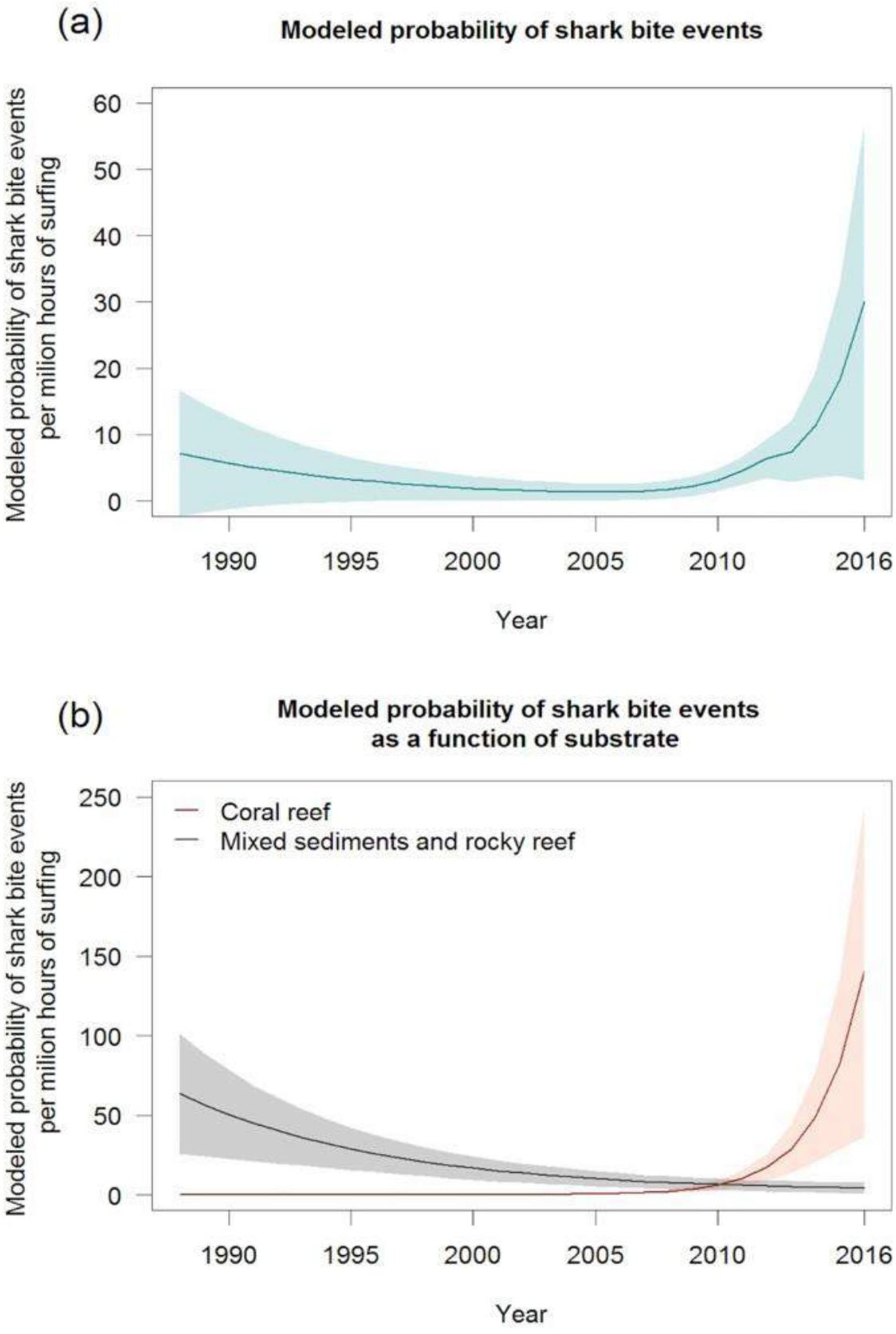


Figure 5 – GLM-based prediction of shark bite incidence rate for surfers (per million hours of surfing) as a function of years (**a**) and substrate type (**b**) over the 1988–2016 period.

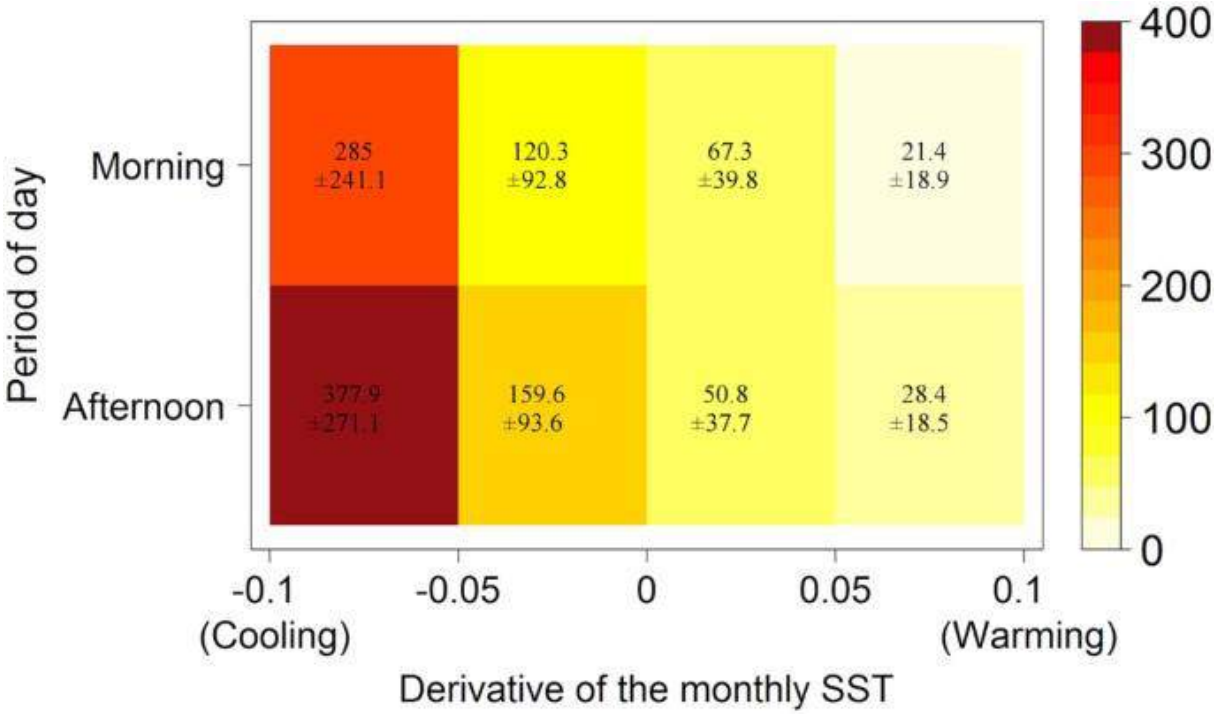


Figure 6 – GLM-based prediction table of shark bite incidence rate for surfers (per million hours of surfing) for the year 2016 on coral reef substrate as a combined function of day period (morning-afternoon) and of the derivative of the monthly SST (cooling-warming).

ANNEXE 2

Arrêté n° 34/2011
portant réglementation de la baignade sur la commune de Saint-Leu

SAINT-LEU
Ville d'émotions

Arrêté N° 34.../2011
Portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint-Leu

Le Maire de la Commune de Saint-Leu,
Vu les articles L.2212-3 et L.2212-23 du Code Général des Collectivités Territoriales ;

Vu l'article 610.5 du Code Pénal ;

Vu la loi N° 86-2 du 03 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral et notamment son article 32 ;

Vu le décret N° 62-13 du 8 janvier 1962 relatif au matériel de signalisation utilisé sur les plages et les lieux de baignade ;

Vu le décret N° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion ;

Vu le décret N° 62-13 du 08 janvier 1962 relatif à la signalisation des plages et des lieux de baignade ;

Vu l'arrêté ministériel du 21 novembre 1963 présentant les dispositions réglementaires des baignades ;

Vu l'arrêté ministériel du 27 mars 1991 relatif au balisage et à la signalisation de la bande maritime des 300 mètres ;

Vu l'arrêté ministériel du 3 mai 1995 relatif aux manifestations nautiques en mer ;

Vu la circulaire de Monsieur le Ministre de l'Intérieur N° 86-204 du 19 juin 1986, relative à la surveillance des lieux de baignade d'accès non payant ;

Vu la circulaire N° 608 du 22 mars 1962 du Ministère de l'Education Nationale (Haut Commissariat à la Jeunesse et aux Sports) relative aux baignades des enfants dans les camps et colonies de vacances ;

Vu la circulaire N° 295 du 02 février 1962 relative au matériel de signalisation utilisé sur les plages et lieux de baignade ;

Vu l'instruction ministérielle N° 2273 du 16 juin 1962 sur la participation des maîtres nageurs sauveteurs, des Crs à la Police des lieux de baignade ;

Vu l'arrêté préfectoral N° 21-98 du 19 novembre 1963 portant réglementation de la pêche sous marine sur le littoral du Département de la Réunion ;

Vu l'arrêté préfectoral N° 2278 du 24 novembre 1965 réglementant la circulation dans les eaux et rades de la Réunion ;

Mairie de Saint-Leu
Avenue Général Lambert
97436 Saint-Leu

Tél : 0262 34 80 03
Fax : 0262 34 79 78
www.st-leu.fr

Vu l'arrêté municipal N° 111/1990 du 24 juillet 1990, portant réglementation des lieux de baignade et de la Police des Plages ;

Vu l'arrêté municipal N° 691/2007 du 16 août 2007 portant réglementation sur la baignade ;

Attendu qu'il est de l'intérêt général de prescrire des mesures propres à prévenir les accidents sur les plages, d'y faire respecter l'ordre public et de garantir la sécurité de la baignade ;

ARRETE

Article 1 : la pratique de la baignade est réglementée comme suit sur la Commune de Saint- Leu :

secteur	Localisation	Nature de la zone
Pointe des Châteaux	après la ravine « Petite Ravine », ex tracé RN (RN1A PK 48,700 0 49,600)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Pointe des Châteaux	Début de la 2 x 2 voies, (RN1A PK 49,600 à 51,100)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Pointe des Châteaux	Fin de la 2 x 2 voies, sens St Denis/St Pierre (RN1A PK 50,100 à 50,500)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Pointe des Châteaux	Fin de la 2 x 2 voies, sens St Denis/St Pierre (RN1A PK 50,500 à 51,100)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Pointe des Châteaux	Site aire d'atterrissage du parapente (RN1A PK 51,100 à 51,150)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Pointe des Châteaux	Prés de « Kélonia » (RN1A PK 51,150 à 51,250)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Colimaçons les Bas	Sous le pont des Colimaçons, embouchure Ravine des Colimaçons, (RN1A PK 51,250 à 51,550)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Colimaçons les Bas	Spot de la Tortue, (RN1A PK 51,550 à 52,00)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Prés de la Résidence « Gabriel » (RN1A PK 52,00 à 52,150)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Embouchure de la Ravine de la Chaloupe (RNIA PK 52,150 à 52,200)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Spot de la Cafrine – près et embouchure de la Ravine de la Fontaine (RN1A PK 52,200 à 52, 700)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Boulevard Bonnier (embouchure Ravine de la Fontaine à embouchure Ravine Grand Etang)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Plage centre ville – poste MNS	Baignade surveillée
Saint Leu ville	Rue du Lagon (accès plage face rue des Capucins)	Baignade non surveillée, « à vos risques et périls »

Saint Leu ville	Rue du Lagon (accès plage face rue P. Hibon)	Baignade non surveillée, « à vos risques et périls »
Saint Leu ville	A proximité du restaurant « la Varangue », jusqu'à embouchure Ravine des Poux	Baignade non surveillée, « à vos risques et périls »
Saint Leu ville	Embouchure Ravine des Poux jusqu'à passe en mer citerne 46	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Plage « Citerne 46 », après passe en mer Citerne 46 jusqu'à face à la gendarmerie	Baignade non surveillée « à vos risques et périls
Saint Leu ville	Aire de pique nique « Kiosque Cap », à face à la gendarmerie à embouchure de la Ravine du Cap	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Saint Leu ville	Intersection CD11/RN1, spot de surf du Cap, embouchure de la Ravine du Cap à face au cimetière	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Pointe au Sel les Bas	Face au cimetière (arrêt de bus RN1A)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Pointe au Sel les Bas	Face à la station d'épuration (RN1A Cimetière à début 2x2 voies)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Pointe au Sel les Bas	Le village	Site dangereux – accès et baignade interdits
Pointe au Sel les Bas	La caverne Pointe de Bretagne ou Pointe au Sel (RN1A début 2x2 voies à fin 2x2 voies)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois de Nèfles	Le Souffleur (RN1A début 2x2 voies à 60,100)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois de Nèfles	Face à la station d'épuration (ex RN) Pointe du Portail (RN1A PK 60,100 à 61,150)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois de Nèfles	Face au chemin Bois de Nèfles (RN1A PK 61,100 à 61,100	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois de Nèfles	Arrêt de bus / radar (RN1A PK 61,100 à 61,900)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois de Nèfles	Ravine des Sables (face à Arsénik et embouchure de la Ravine des Sables) (PK 61,900 à 62,00)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Bois Blanc	Ancienne route nationale (rocher) (RN1A PK 61,900 à 62,400)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Bois Blanc	Après la Ravine du Trou (plage de sable soir et embouchure de la Ravine du Trou) (RN1A PK 62,400 à 62,800)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite
Bois Blanc	Avant la Ravine du Trou (rocher) (RN1A PK 62,800 à 63,00)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite

Bois Blanc	Face aux maisons en front de mer (rocher) (RN1 A PK 63,00 à 63,800)	Site dangereux – accès et baignade interdits
Bois Blanc	Embouchure Ravine des Avirons « Plage de galets » (RN1A PK 63,900 à 64,00)	Accès et site dangereux « à vos risques périls », baignade interdite

Article 2 : les panneaux de signalisation précisant la nature des zones et des risques encourus sont apposés par les Services Techniques de la Commune.

Dans la zone de baignade surveillée :

Article 3 : La surveillance de la baignade est assurée :

- en période scolaire : de 8 h à 16 h 30
- en été : de 10 h à 18 h, les jours fériés et les week end,
- en hiver : de 10 h à 17 h 30, les jours fériés et les week end

Elle est exercée par le Maître Nageur Sauveteur de la Commune de Saint-Leu et deux employés titulaires du Brevet National de Sauvetage et de Secourisme Aquatique.

Article 4 : Dans la zone de baignade surveillée, aussi bien que sur le plan d'eau limité par la barrière corallienne, que sur l'ensemble de la plage, les estivants et les baigneurs sont tenus de se conformer aux injonctions du Maître Nageur Sauveteur communal et des employés titulaires du B.N.S.S.A.

Ils devront en outre respecter les prescriptions données par les signaux d'avertissement hissés par les surveillants en haut des mâts de signalisation implantés sur la zone de baignade surveillée et les panneaux d'interdiction et d'information implantés à la limite de la zone surveillée, dont la signification est la suivante :

- Pavillon rouge: interdiction de se baigner et de se mettre à l'eau.
- Pavillon orange : baignade surveillée mais dangereuse.
- Pavillon vert : baignade surveillée et absence apparente de danger.
- Panneau d'interdiction rouge et blanc : courant dangereux face à une passe de la bande corallienne, interdiction formelle de se baigner, danger.

Article 5 : Les responsables des colonies de vacances et de groupes d'enfants sont tenus de se présenter au maître nageur sauveteur habilité et responsable de la sécurité de la plage.

Article 6 : Il est interdit aux usagers de la plage de se livrer à des jeux dangereux, à perpétuer des actes pouvant occasionner des désordres, incommoder ou blesser des personnes présentes. Les jeux collectifs ne peuvent se dérouler que sur des emplacements prévus et obligatoirement en retrait des estivants.

Article 7 : Le maillot ou costume de bain est rigoureusement exigé pour tous les baigneurs, y compris pour les enfants. Il est interdit aux baigneurs de circuler en dehors de la zone à eaux réservée, limitée par le bord intérieur côté plage des routes communales, départementales et nationales, dans des tenues contraires à la décence, notamment en slip, « bikini » ou maillot de bain.

Article 8 : Les chiens ou tout autre animal domestique sont strictement interdits sur la plage surveillée et sur le plan d'eau, aux heures de surveillance.

Article 9 : Les personnes fréquentant les plages sont invitées à maintenir propres les emplacements occupés. Il est absolument interdit de jeter sur les plages, dans les lieux boisés ou dans les rues bordant les plates, des papiers, verres, ordures ou détritus quelconques. Les feux et foyers improvisés sont formellement interdits sur les plages et abords boisés.

Article 10 : Le camping est interdit en dehors des terrains régulièrement autorisés.

Article 11 : La navigation, le stationnement et le mouillage des navires immatriculés sont interdits, dans la bande des 300 mètres à compter du rivage. Cette interdiction ne s'applique pas aux navires de l'Etat en mission de secours ou de service public, aux navires en détresse et aux navires portant prompt secours.

Article 12 : Il est interdit aux engins à moteurs mécaniques d'évoluer à l'aide de ces derniers dans la zone réservée aux baigneurs pendant les heures de surveillance. La pratique du ski nautique partant du rivage et les évolutions des engins nautiques à moteurs mécaniques devront obligatoirement empruntés le passage à eux réservés et prévus par les arrêtés préfectoraux et réglementations maritimes particulières au Département de la Réunion.

Il est expressément recommandé aux embarcations légères de plaisance d'évoluer à des vitesses très réduite dans la zone réservée aux baigneurs pendant les heures de surveillance, s'il n'existe pas d'autres moyens pour rejoindre le rivage.

L'abandon des engins nautiques est interdit dans la zone réservée aux baigneurs.

Article 13 : Il est formellement interdit aux baigneurs et embarcations légères quelles que soient leurs dénominations de nager ou d'évoluer dans la zone réservée aux engins nautiques à moteurs mécaniques.

Article 14 : Toutes actions de pêche sous-marine, à la ligne, au harpon, à la foën ou à la nage avec poignard sont interdites dans la zone réservée aux baigneurs pendant les heures de surveillance et selon les dispositions de la réglementation de la réserve naturelle marine.

Dans les zones de baignade non surveillées et sites dangereux :

Article 15 : Il est rappelé que toute personne qui se baigne dans les zones non surveillées signalées par des panneaux et dont l'accès est libre, le fait à ses risques et périls, en application du chapitre II, prévention alinéa 212, emplacements où le public se baigne à ses risques et périls, de la circulaire ministérielle N° 86-204 du 19 juin 1986.

Dans les zones de baignades et d'accès interdits :

Article 16 : De même, les personnes bravant l'interdiction de baignade et d'accès dans les zones identifiées et signalées par des panneaux, le fait également à ses risques et périls et seront verbalisées pour cette infraction.

Article 17 : Le présent arrêté annule et remplace les arrêtés N° 111/1990 du 24 juillet 1990 et 691/2007 du 26 août 2007.

Article 17 : Le présent arrêté annule et remplace les arrêtés N° 111/1990 du 24 juillet 1990 et 691/2007 du 26 août 2007.

Article 18 : Les infractions au présent arrêté seront constatées et les contrevenants poursuivis conformément aux lois et textes en vigueur.

Article 19 : Monsieur le Directeur Général des Services, Madame la Directrice des Services Techniques, les Policiers Municipaux, le Chef de la Brigade Territoriale de la Gendarmerie de Saint Leu, sont chargés, chacun en ce qui les concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié et affiché partout où besoin est, application du Code Général des Collectivités Territoriales.

Fait à Saint Leu, le 01 MAR. 2011

Le Maire,



ANNEXE 3

Arrêté n° 66/2011 du 6 avril 2011 complétant l'arrêté n° 34/2011 portant réglementation de la baignade sur la commune de Saint-Leu

SAINT-LEU
Ville d'émotions

Arrêté N° ..66../2011/AG
Complétant l'arrêté N° 34/2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint -Leu

Le Maire de la Commune de Saint Leu,

- Vu les articles L.2212-3 et L.2212-23 du Code Général des Collectivités Territoriales ;
- Vu l'article 610.5 du Code Pénal ;
- Vu la loi N° 86-2 du 03 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral et notamment son article 32 ;
- Vu le décret N° 62-13 du 8 janvier 1962 relatif au matériel de signalisation utilisé sur les plages et les lieux de baignade ;
- Vu le décret N° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion ;
- Vu l'arrêté ministériel du 21 novembre 1963 présentant les dispositions réglementaires des baignades ;
- Vu l'arrêté ministériel du 27 mars 1991 relatif au balisage et à la signalisation de la bande maritime des 300 mètres ;
- Vu l'arrêté ministériel du 3 mai 1995 relatif aux manifestations nautiques en mer ;
- Vu la circulaire de Monsieur le Ministre de l'Intérieur N° 86-204 du 19 juin 1986, relative à la surveillance des lieux de baignade d'accès non payant ;
- Vu la circulaire N° 608 du 22 mars 1962 du Ministère de l'Education Nationale (Haut Commissariat à la jeunesse et aux sports) relative aux baignades des enfants dans les camps et colonies de vacances ;
- Vu la circulaire N° 295 du 02 février 1962 relative au matériel de signalisation utilisé sur les plages et lieux de baignade ;
- Vu l'instruction ministérielle N° 2273 du 16 juin 1962 sur la participation des maîtres nageurs sauveteurs, des Crs à la Police des lieux de baignade ;
- Vu l'arrêté préfectoral N° 21-98 du 19 novembre 1963 portant réglementation de la pêche sous marine sur le littoral du Département de la Réunion ;

- Vu l'arrêté préfectoral N° 2278 du 24 novembre 1965 réglementant la circulation dans les eaux et rades de la Réunion ;

- Vu l'arrêté municipal N° 111/1990 du 24 juillet 1990, portant réglementation des lieux de baignade et de la Police des Plages ;

- Vu l'arrêté municipal N° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint Leu ;

- Vu la demande expresse des associations et clubs nautiques qui souhaitent pourvoir continuer à dispenser leurs activités dans le respect des règles de sécurité liée à la pratique de ce type d'activité ;

- Vu la demande des pêcheurs traditionnels qui souhaitent pourvoir avoir accès aux sites habituels de pêche, en connaissance des dangers potentiels ;

- Considérant qu'il y a lieu de compléter les dispositions prises dans l'arrêté municipal N° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint Leu, afin de permettre la continuité des activités nautiques encadrées et l'accès des sites aux pécheurs traditionnels,

Article 1 : L'article 16 de l'arrêté N° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur la Commune de Saint Leu est complété comme suit :

La pratique des activités nautiques (surf, voile, kayak, plongée), encadrées par des professionnels, reste autorisée sur ces sites.

La pratique des activités de pêche traditionnelles, sous réserve du respect des dispositions réglementant la pêche, notamment dans la Réserve Marine, est autorisée sur ces sites.

Article 2 : Le présent arrêté peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal Administratif de Saint Denis de la Réunion, dans un délai de deux mois à compter de sa publication.

Article 3 : Monsieur le Directeur Général des Services, Madame la Directrice des Services Techniques, les Policiers Municipaux, le Chef de la Brigade Territoriale de la Gendarmerie de Saint Leu, sont chargés, chacun en ce qui les concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié et affiché partout où besoin est, application du Code Général des Collectivités Territoriales.

Fait à Saint Leu, le 06 AVR. 2011

Le Maire,

REÇU LE
- 8 AVR. 2011
SOUS-PRÉFECTURE de ST-PAUL

MAIRIE DE ST LEU
LA REUNION

Thierry ROBERT

ANNEXE 4

Arrêté n° 284/2012 du 30 juillet 2012 portant autorisation de la chasse au requin-bouledogue sur tout le territoire maritime de la commune de Saint-Leu placé sous la responsabilité du Maire (du rivage jusqu'à une limite fixée à 300 m à compter de la limite des eaux)

Envoyé en préfecture le 30/07/2012
Reçu en préfecture le 30/07/2012
Affiché le 30 JUIL. 2012

SAINT-LEU
Ville d'émotions

ARRETE N° 284 /2012/DGS
Portant autorisation de la chasse au requin bouledogue sur tout le territoire maritime de la commune de Saint Leu placé sous la responsabilité du Maire (du rivage jusqu'à une limite fixée à 300 mètres à compter de la limite des eaux)

LE DEPUTE MAIRE DE LA COMMUNE DE SAINT LEU,

- **Vu** l'article L 2212-1 du CGCT ;
- **Vu** le Décret n°2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de la Réunion et en particulier son article 3 autorisant le préfet à **« prendre toutes mesures pour limiter les espèces surabondantes ou éliminer les espèces envahissantes »** ;
- **Vu** la recrudescence des attaques mortelles ou mutilantes des requins bouledogues sur les usagers du rivage de L'Ouest de la Réunion depuis 2011 ;
- **Vu** la présence de requin bouledogue dans la ravine du Grand Etang, du centre ville de Saint-Leu en 2012 ;
- **Vu** l'urgence qu'il y a d'assurer une prévention et une protection minimum des usagers de la mer le long du littoral de la commune de Saint-Leu, à défaut d'être contraint d'interdire totalement l'accès à la mer aux usagers en raison des risques établis d'attaques mortelles de requin de type bouledogue ;

Considérant que le maire est tenu d'agir pour sauvegarder la sécurité des biens et des personnes de sa commune ;

Considérant que le maire assure la police des baignades et des activités nautiques du rivage jusqu'à une limite fixée à 300 mètres à compter de la limite des eaux ;

Considérant qu'au vu des atteintes constatées et prévisibles à la sécurité publique, il est patent que les moyens dont dispose le préfet ne lui permettent pas de poursuivre les objectifs de protection des personnes pour lesquels il détient des pouvoirs de police, pas plus que les objectifs fixés par la réserve marine qui ne prévoient pas d'augmenter la présence de requin bouledogue, qui est un prédateur des espèces dont le repeuplement est souhaité et un danger pour l'homme ;

Considérant que l'exercice, par le préfet, du pouvoir de régulation des espèces nuisibles au sein de la réserve, prévu par l'article 3 du décret de 2007, n'a pas permis d'éviter la présence d'une nouvelle espèce de requin, particulièrement dangereuse aux abords immédiats des plages et qui ne présente aucun intérêt particulier pour les espèces protégées de la réserve marine et de la barrière de corail ;

Considérant que la présence nouvelle de cette espèce de requin, le long des plages, est directement impliquée dans les dernières attaques mortelles qui sont survenues à l'île de la Réunion ;

Considérant que des résultats tangibles en termes de sécurité pour les usagers restent très incertains à ce jour, en l'état, des études lancées par les gestionnaires de la réserve marine ;

Que rien ne permet, en l'état, de penser qu'une fermeture totale de l'accès à la mer, jusqu'au rendu de ces résultats, puisse être regardée comme une gestion adaptée du risque connu ;

Considérant qu'un simple arrêté d'interdiction totale des activités liés à la mer n'est pas de nature à prévenir de façon suffisante les risques auxquels les usagers s'exposeront en cas de non respect d'une telle interdiction ;

Qu'en tout état de cause, la commune ne dispose pas des moyens suffisants pour assurer l'exécution d'un arrêté d'interdiction et ainsi assurer une prévention suffisante des risques ;

Considérant par ailleurs l'intérêt économique qu'il y a pour la ville de Saint-Leu à pouvoir conserver sur son territoire l'ensemble des activités de loisirs qui peuvent être effectuées en mer à partir du rivage ;

ARRETE

Article 1 : La chasse au requin bouledogue est autorisée, par tous moyens, y compris par chasse sous-marine, de jour comme de nuit, sur tout le territoire maritime de la commune de Saint-Leu, placé sous la responsabilité du maire au regard du code général des collectivités territoriales (du rivage jusqu'à une limite fixée à 300 mètres à compter de la limite des eaux).

Article 2 : Les requins bouledogues devront être remis aux services de la commune sur le port de plaisance de la ville.

Article 3 : La commune achète les requins bouledogues de plus d'un mètre cinquante obtenus par tous pêcheurs ou chasseurs, au départ de la ville de Saint-Leu, au prix de deux euros par kilogramme de poids vifs ; dans la limite de trente requins bouledogue à compter de la publication du présent arrêté.

ET PRECISE

Qu'au vu de la jurisprudence autorisant le maire à rassembler les chasseurs d'une commune, susceptibles de participer à une battue contre des animaux nuisibles ou féroces (pour une chasse contre des sangliers, Cass. crim., 12 juin 1886 : DP 1887, 1, p. 43. – pour une chasse contre des lapins sauvages, CE, 5 mai 1950, Cts Dacquin : Rec. CE 1950, p. 253. – pour une chasse contre un loup, CE, 16 nov. 1960, Cne Gouloux : D. 1961, jurispr. p. 353, note Salomon)

Qu'à défaut de pêcheurs ou chasseurs volontaires pour mettre fin à cette calamité publique, il sera procédé, par voie de réquisition civile des biens et des personnes pour procéder à un rééquilibrage de la présence de cette faune marine spécifique et dangereuse aux abords des plages et en tout lieux de la mer où les usagers se livrent à des activités de loisirs.

Article 4 : Le présent arrêté peut faire l'objet d'un recours administratif devant le Tribunal administratif de Saint Denis, dans le délai de 2 mois à compter de sa publication.

Article 5 : Le Directeur Général des Services, le service de Police Municipale et la Directrice des Services Techniques sont chargés de l'exécution du présent arrêté, qui sera transmis au représentant de l'État, affiché et publié au recueil des actes administratifs.

MAIRIE DE ST-LEU * LA REUNION *

Fait à Saint Leu, le 30 JUIL. 2012
Le député-maire, empêché
Le 1er Adjoint

ANNEXE 5

Arrêté n° 293/2012 du 5 août 2012
sur la baignade et les activités nautiques
sur la commune de Saint-Leu

SAINT-LEU
Ville d'émotions

ADMINISTRATION MUNICIPALE
ARRETE N° 293 / 2012

SUR LA BAIGNADE ET LES ACTIVITES NAUTIQUES
SUR LA COMMUNE DE SAINT-LEU

LE MAIRE DE LA COMMUNE DE SAINT-LEU,

Vu la loi du 19 Mars 1946 érigeant la Réunion en Département Français, ensemble des textes subséquents qui l'ont complétée ou modifiée,

Vu la loi N° 82-213 du 02 Mars 1982 relative aux droits et libertés des Communes, des Départements et des Régions,

Vu le Code Général des collectivités Territoriales, notamment les articles L.2212-1, L. 2212-2, L 2212-3, L 2213-22 et L 2213-23,

Vu l'arrêté du maire du 30 juillet 2012 portant ouverture de la chasse aux requins,

Vu la décision du préfet tendant à ce que les forces de l'ordre dissuadent toutes personnes intéressées par cette chasse d'y procéder, par tous moyens, dès le lundi 30 juillet 2012,

Vu l'attaque de requin survenu à Saint-Leu le dimanche 5 aout 2012 vers 17 h 15

CONSIDERANT que l'Etat entend se réserver tous les pouvoirs de police administrative dans les eaux de la réserve naturelle marine de la Réunion et notamment en ce qui concerne la sécurité des usagers face au risque requin.

ARRETE

ARTICLE 1: **Il n'y a pas lieu, pour le maire, d'interdire les activités de baignades et nautiques dès lors que l'Etat entend réserver l'exercice des mesures de police dans le périmètre de la réserve,**

ARTICLE 2: Monsieur le Directeur Général des Services de la Mairie, Madame la Directrice des Services Techniques, les Policiers Municipaux et le Chef de la Brigade Territoriale de la Gendarmerie de Saint-Leu, sont chargés **chacun en ce qui le** concerne, de l'exécution du présent arrêté qui sera **publié et affiché partout où** besoin, en application des dispositions du Code Général des Collectivités Territoriales.

Fait à Saint-Leu le 05 AOUT 2012

P/LE DEPUTE-MAIRE

ANNEXE 6

Tribunal administratif de La Réunion, 12 mai 2016, *Bujon* (affaire n° 1400880)

« Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique enregistrés les 8 septembre 2014 et 25 janvier 2016, XXX, agissant en leur nom propre et en leur qualité de représentants légaux de leur enfant mineur XXX, ainsi que XXX, leur enfant devenu majeur en cours d'instance, représentés par Me XXX, avocat, demandent au tribunal :

1°) de déclarer l'Etat responsable de l'accident dont XXX a été victime le 5 août 2012 en pratiquant le surf à Saint-Leu ;

2°) de condamner l'Etat à verser à XXX, en réparation du préjudice subi, la somme de 150 000 euros à parfaire, les droits à indemnité devant être définitivement fixés après expertise médicale ordonnée par le tribunal ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par des mémoires enregistrés les 7 novembre 2014 et 11 mars 2016, la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion conclut à la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 74 017,47 euros au titre des débours et la somme de 1 047 euros au titre de l'indemnité forfaitaire de gestion.

Par un mémoire en défense enregistré le 27 juillet 2015, le préfet de La Réunion conclut au rejet de la requête.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :
le code général des collectivités territoriales ;
le code de l'environnement ;
le décret n° 2007-236 du 21 février 2007 ;
le code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :
le rapport de XXX, conseiller,
les conclusions de XXX, rapporteur public,
les observations de Me XXX, avocat des consorts XXX,
et les observations de XXX, représentant le préfet de La Réunion.

Considérant que le 5 août 2012, XXX a été victime d'une attaque de requin alors qu'il pratiquait le surf sur le spot dit de la Gauche de Saint-Leu ; qu'il a été grièvement blessé, ayant subi une amputation de la main et du pied droits ; que, par la présente requête, XXX, son épouse et leurs enfants recherchent la responsabilité de l'Etat en invoquant la carence de l'autorité préfectorale dans l'exercice des ses pouvoirs de police administrative ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 2212-1 du code général des collectivités territoriales : « Le maire est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'Etat dans le département, de la police municipale (…) » ; qu'aux termes de l'article L. 2212-2 du même code : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. (…) » ; qu'aux termes de l'article L. 2215-1 du même code : « La police municipale est assurée par le maire, toutefois : / 1° Le représentant de l'Etat dans le département peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. (…) / 3° Le représentant de l'Etat dans le département est seul compétent pour prendre les mesures relatives à l'ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques, dont le champ d'application excède le territoire d'une commune. (…) » ; qu'aux termes de l'article L. 2213-23 de ce code : « Le maire exerce la police des baignades et des activités nautiques pratiquées à partir du rivage avec des engins de plage et des engins non immatriculés. Cette police s'exerce en mer jusqu'à une limite fixée à 300 mètres à compter de la limite des eaux. / Le maire réglemente l'utilisation des aménagements réalisés pour la pratique de ces activités. Il pourvoit d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours. / Le maire délimite une ou plusieurs zones surveillées dans les parties du littoral présentant une garantie suffisante pour la sécurité des baignades et des activités mentionnées ci-dessus. Il détermine des périodes de surveillance. Hors des zones et des périodes ainsi définies, les baignades et activités nautiques sont pratiquées aux risques et périls des intéressés. / Le maire est tenu d'informer le public par une publicité appropriée, en mairie et sur les lieux où elles se pratiquent, des conditions dans lesquelles les baignades et les activités nautiques sont réglementées. » ;

Considérant que s'il appartient aux maires, en vertu des dispositions précitées du code général des collectivités territoriales, de déterminer les mesures les mieux à même d'assurer la sécurité des usagers des lieux de baignade ou d'activités nautiques tels que le surf, notamment par la prévention du risque d'attaques de requins, le préfet de La Réunion se doit également de mettre en œuvre, le cas échéant, les pouvoirs de police qu'il tient, d'une part, des dispositions de l'article L. 2215-1 de ce même code pour prendre des mesures excédant le territoire d'une commune ou en cas de carence de l'autorité municipale et, d'autre part, lorsque les lieux concernés se situent dans le périmètre de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion, des dispositions du décret n° 2007-236 du 21 février 2007 par lequel a été créée ladite réserve naturelle sur le fondement des articles L. 332-1 et suivants du code de l'environnement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'était en vigueur, le jour de l'accident, l'arrêté du maire de Saint-Leu n° 34/2011 du 1er mars 2011 portant réglementation de la baignade sur la commune de Saint-Leu ; qu'au regard de cet arrêté, le spot sur lequel a eu lieu l'accident relevait des secteurs désignés avec la mention « accès et site dangereux, à vos risques et périls, baignade interdite » ; que, selon l'article 15 de l'arrêté, « toute personne qui se baigne dans les zones non surveillées signalées par des panneaux et dont l'accès est libre, le fait à ses risques et périls » ; que l'interdiction de la baignade au niveau du spot de la Gauche de Saint- Leu était matérialisée, à la date des faits, par un panneau explicite quant à la dangerosité des lieux et au fait que la baignade y était interdite ; qu'il était ainsi mentionné : « baignade interdite, site dangereux, accès à vos risques et périls », avec référence à l'arrêté municipal n° 34/2011 du 1er mars 2011 ; que, par ailleurs, était également en vigueur l'arrêté préfectoral n° 1400 du 20 septembre 2011, qui définissait les mesures d'interdiction et de précaution applicables à La Réunion à l'égard des activités nautiques pratiquées avec des engins de plage et véhicules non immatriculés ; que cet arrêté édictait, outre une interdiction d'activité nautique lorsque le

drapeau rouge est hissé, une mesure plus générale selon laquelle « hors des zones surveillées et des périodes de surveillance, les baignades et activités nautiques sont pratiquées aux risques et périls des intéressés » ; qu'enfin, était également en vigueur, depuis l'arrêté préfectoral n° 1744 du 15 juillet 2008, une mesure restrictive quant aux heures d'utilisation des engins de plage, notamment ceux destinés à la pratique du surf, « autorisés à circuler depuis le lever du soleil jusqu'à une heure avant son coucher » ; que XXX, qui était un surfeur expérimenté et connaissait particulièrement le spot de la Gauche de Saint-Leu, n'ignorait pas qu'en ce lieu, la baignade et la pratique du surf étaient, en application des mesures de police prises par le maire et par le préfet, des activités soumises à restriction et ne pouvant s'exercer qu'aux risques et périls des pratiquants ; qu'il n'ignorait pas non plus que le risque d'attaque de requin est accentué en fin de journée ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, le 5 août 2012, XXX a estimé devoir pratiquer le surf en un lieu où cette activité était prohibée et qu'il a prolongé sa pratique après 17 heures alors que la plupart des autres surfeurs avaient regagné le rivage ; qu'il est établi, au vu notamment des procès-verbaux de gendarmerie, que l'attaque de requin est survenue vers 17 heures 15 ; que, comme il a été dit ci-dessus, XXX avait connaissance du risque auquel il s'exposait en pratiquant le surf en ce lieu et, plus encore, en prolongeant sa pratique à une heure avancée de la journée ; que, dans ces conditions, l'accident dont a été victime XXX le 5 août 2012 doit être regardé comme imputable à sa seule imprudence ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de prendre position sur le caractère suffisant ou non, à la date de l'accident, des mesures qui avaient été prises par le maire de Saint-Leu et le préfet de La Réunion en vue de limiter le « risque requin », les consorts XXX ne sont pas fondés à rechercher la responsabilité de l'Etat au titre des conséquences dommageables de l'accident du 5 août 2012 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ensemble des conclusions présentées par les consorts XXX, y compris les conclusions à fin d'expertise et celles présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, doivent être rejetées, de même que, par voie de conséquence, les conclusions présentées à l'encontre de l'Etat par la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion ;

D E C I D E :

Article 1er : La requête des consorts XXX est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à XXX, au ministre de l'intérieur et à la caisse générale de sécurité sociale de La Réunion.

Copie en sera adressée au préfet de La Réunion et à la mutuelle générale de l'éducation nationale ».

ANNEXE 7

TA La Réunion, ord., 5 juillet 2019, *Association OPR et autres* (affaires n° 1901011, 1901012, 1901013, 1901014)

Vu la procédure suivante :

I - Par une requête enregistrée le 28 juin 2019 sous le n° 1901012, l'association Océan Prévention Réunion (OPR), représentée par son président M. J-F N, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de La Réunion du 13 février 2019 portant réglementation de la baignade et de certaines activités nautiques dans la bande des 300 mètres et,simultanément, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures suivantes « de nature à rééquilibrer le rapport entre les squales et l'Homme » :

- ordonner un prélèvement plus important des requins sur la zone Ouest ;

- installer des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant dans les zones de protection renforcée de niveau 2 de la Réserve Marine ;

- installer en outre des filets maillants dans ces mêmes zones ;

2°) à défaut d'une suspension d'exécution de l'arrêté préfectoral, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre néanmoins les mesures décrites ci-dessus, celles-ci devant en outre êtrecomplétées par la mise en œuvre d'une « évaluation du risque réalisée tous les 6 mois avant de pouvoir permettre la réouverture des plages ».

L'association OPR soutient que :

- compte tenu de son objet statutaire, qui la destine à œuvrer en vue de la réduction du risque requin, elle a intérêt à agir au titre d'un référé-liberté ayant pour objet de contraindre l'autorité administrative à prendre des mesures plus pertinentes que l'actuelle interdiction générale ;
- dès lors que l'interdiction n'est pas respectée, que les autres dispositifs actuels sont inappropriés et insuffisants et que la présence des requins-bouledogues et requins-tigres est extrêmement importante, La Réunion est confrontée à un risque d'attaques considérable ; ainsi, deuxattaques mortelles ont déjà eu lieu depuis le début de l'année 2019 ; face à cette urgence caractérisée, des mesures plus radicales doivent donc être mises en œuvre ;
- cette situation, qui se prolonge depuis un grand nombre d'années, résulte d'une carence de l'autorité administrative et génère une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit à la vie ; il est également porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, la rentabilité et l'existence même des magasins spécialisés étant directement affectées par la crise liée aux attaquesde requin ;
- l'interdiction de la baignade et des activités nautiques est devenue permanente ; elle ne constitue donc plus une mesure de police adaptée et proportionnée ;
- la prévention du risque requin implique que soient mis en œuvre de nouveaux dispositifsde prélèvements de requins-bouledogues et requins-tigres, particulièrement dans la Réserve Marine où, au niveau des zones de protection renforcée englobant les plages populaires, devraient être

installés des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant (tous les 200 mètres par exemple) ;
- l'installation de filets maillants tels que ceux existant en Australie ou en Afrique du Sud s'avère également nécessaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juillet 2019, le préfet de La Réunion conclut aurejet de la requête n° 1901012.

Le préfet soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;
- la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas utilement invoquée ;
- l'actuelle mesure d'interdiction, qui a permis de sauver des vies humaines et donne lieu à des verbalisations, ainsi que les autres mesures déjà prises constituent une réponse appropriée au risque requin.

II – Par une requête enregistrée le 28 juin 2019 sous le n° 1901011, l'EURL Stéphane Lescarret, représentée par son gérant M. L, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de La Réunion du 13 février 2019 portant réglementation de la baignade et de certaines activités nautiques dans la bande des 300 mètres et,simultanément, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures suivantes « de nature àrééquilibrer le rapport entre les squales et l'Homme » :

- ordonner un prélèvement plus important des requins sur la zone Ouest ;

- installer des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant dans les zones de protection renforcée de niveau 2 de la Réserve Marine ;

- installer en outre des filets maillants dans ces mêmes zones ;

2°) à défaut d'une suspension d'exécution de l'arrêté préfectoral, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre néanmoins les mesures décrites ci-dessus, celles-ci devant être complétéespar la mise en œuvre d'une « évaluation du risque réalisée tous les 6 mois avant de pouvoir permettre la réouverture des plages ».

L'EURL Stéphane Lescarret soutient que :

- son activité d'école de surf ne peut plus s'exercer du fait de l'actuelle interdiction des activités nautiques ; elle a donc intérêt à agir au titre d'un référé-liberté ayant pour objet de contraindre l'autorité administrative à prendre des mesures plus pertinentes ;

- dès lors que l'interdiction n'est pas respectée, que les autres dispositifs actuels sont inappropriés et insuffisants et que la présence des requins-bouledogues et requins-tigres est extrêmement importante, La Réunion est confrontée à un risque d'attaques considérable ; ainsi, deuxattaques mortelles ont déjà eu lieu depuis le début de l'année 2019 ; face à cette urgence caractérisée, des mesures plus radicales doivent donc être mises en œuvre ;

- cette situation, qui se prolonge depuis un grand nombre d'années, résulte d'une carence de l'autorité administrative et génère une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le

droit àla vie ; il est également porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, la rentabilité et l'existence même des magasins spécialisés étant directement affectées par la crise liée aux attaquesde requin ;

- l'interdiction de la baignade et des activités nautiques est devenue permanente ; elle ne constitue donc plus une mesure de police adaptée et proportionnée ;

- la prévention du risque requin implique que soient mis en œuvre de nouveaux dispositifsde prélèvements de requins-bouledogues et requins-tigres, particulièrement dans la Réserve Marine où, au niveau des zones de protection renforcée englobant les plages populaires, devraient être installés des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant (tous les 200 mètres par exemple) ;

- l'installation de filets maillants tels que ceux existant en Australie ou en Afrique du Sud s'avère également nécessaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juillet 2019, le préfet de La Réunion conclut aurejet de la requête n° 1901011.

Le préfet soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;
- la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas utilement invoquée ;
- l'actuelle mesure d'interdiction, qui a permis de sauver des vies humaines et donne lieu àdes verbalisations, ainsi que les autres mesures déjà prises constituent une réponse appropriée au risque requin.

III - Par une requête enregistrée le 28 juin 2019 sous le n° 1901013, la SARL Ziclone Boutique Parska, représentée par son gérant M. D, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de La Réunion du 13 février 2019 portant réglementation de la baignade et de certaines activités nautiques dans la bande des 300 mètres et,simultanément, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures suivantes « de nature àrééquilibrer le rapport entre les squales et l'Homme » :

- ordonner un prélèvement plus important des requins sur la zone Ouest ;

- installer des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant dans les zones de protection renforcée de niveau 2 de la Réserve Marine ;

- installer en outre des filets maillants dans ces mêmes zones ;

2°) à défaut d'une suspension d'exécution de l'arrêté préfectoral, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre néanmoins les mesures décrites ci-dessus, celles-ci devant être complétéespar la mise en œuvre d'une « évaluation du risque réalisée tous les 6 mois avant de pouvoir permettre la réouverture des plages ».

La SARL Ziclone Boutique Parska soutient que :

- son activité de vente de matériel et accessoires de sports nautiques a périclité du fait de l'actuelle interdiction des activités nautiques ; elle a donc intérêt à agir au titre d'un référé-liberté ayant pour objet de contraindre l'autorité administrative à prendre des mesures plus pertinentes ;

- dès lors que l'interdiction n'est pas respectée, que les autres dispositifs actuels sont inappropriés et insuffisants et que la présence des requins-bouledogues et requins-tigres est extrêmement importante, La Réunion est confrontée à un risque d'attaques considérable ; ainsi, deux attaques mortelles ont déjà eu lieu depuis le début de l'année 2019 ; face à cette urgence caractérisée, des mesures plus radicales doivent donc être mises en œuvre ;

- cette situation, qui se prolonge depuis un grand nombre d'années, résulte d'une carence de l'autorité administrative et génère une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit àla vie ; il est également porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, la rentabilité et l'existence même des magasins spécialisés étant directement affectées par la crise liée aux attaquesde requin ;

- l'interdiction de la baignade et des activités nautiques est devenue permanente ; elle ne constitue donc plus une mesure de police adaptée et proportionnée ;

- la prévention du risque requin implique que soient mis en œuvre de nouveaux dispositifsde prélèvements de requins-bouledogues et requins-tigres, particulièrement dans la Réserve Marine où, au niveau des zones de protection renforcée englobant les plages populaires, devraient être installés des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant (tous les 200 mètres par exemple) ;

- l'installation de filets maillants tels que ceux existant en Australie ou en Afrique du Sud s'avère également nécessaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juillet 2019, le préfet de La Réunion conclut aurejet de la requête n° 1901013.

Le préfet soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;

- la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas utilement invoquée ;

- l'actuelle mesure d'interdiction, qui a permis de sauver des vies humaines et donne lieu àdes verbalisations, ainsi que les autres mesures déjà prises constituent une réponse appropriée au risque requin.

IV - Par une requête enregistrée le 28 juin 2019 sous le n° 1901014, la SARL La Tortue, représentée par son gérant M. V, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-2du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de La Réunion du 13 février 2019 portant réglementation de la baignade et de certaines activités nautiques dans la bande des 300 mètres

et,simultanément, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre les mesures suivantes « de nature à rééquilibrer le rapport entre les squales et l'Homme » :

- ordonner un prélèvement plus important des requins sur la zone Ouest ;

- installer des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant dans les zones de protection renforcée de niveau 2 de la Réserve Marine ;

- installer en outre des filets maillants dans ces mêmes zones ;

2°) à défaut d'une suspension d'exécution de l'arrêté préfectoral, d'enjoindre à l'autorité administrative de prendre néanmoins les mesures décrites ci-dessus, celles-ci devant être complétéespar la mise en œuvre d'une « évaluation du risque réalisée tous les 6 mois avant de pouvoir permettre la réouverture des plages ».

La SARL La Tortue soutient que :

- son activité de vente d'articles de plage est sensiblement affectée par l'actuelle interdiction des activités nautiques ; elle a donc intérêt à agir au titre d'un référé-liberté ayant pourobjet de contraindre l'autorité administrative à prendre des mesures plus pertinentes ;

- dès lors que l'interdiction n'est pas respectée, que les autres dispositifs actuels sont inappropriés et insuffisants et que la présence des requins-bouledogues et requins-tigres est extrêmement importante, La Réunion est confrontée à un risque d'attaques considérable ; ainsi, deuxattaques mortelles ont déjà eu lieu depuis le début de l'année 2019 ; face à cette urgencecaractérisée, des mesures plus radicales doivent donc être mises en œuvre ;

- cette situation, qui se prolonge depuis un grand nombre d'années, résulte d'une carence de l'autorité administrative et génère une atteinte grave à la liberté fondamentale que constitue le droit àla vie ; il est également porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, la rentabilité et l'existence même des magasins spécialisés étant directement affectées par la crise liée aux attaquesde requin ;

- l'interdiction de la baignade et des activités nautiques est devenue permanente ; elle ne constitue donc plus une mesure de police adaptée et proportionnée ;

- la prévention du risque requin implique que soient mis en œuvre de nouveaux dispositifsde prélèvements de requins-bouledogues et requins-tigres, particulièrement dans la Réserve Marine où, au niveau des zones de protection renforcée englobant les plages populaires, devraient être installés des drum-lines de manière permanente et en nombre suffisant (tous les 200 mètres par exemple) ;

- l'installation de filets maillants tels que ceux existant en Australie ou en Afrique du Sud s'avère également nécessaire.

Par un mémoire en défense enregistré le 3 juillet 2019, le préfet de La Réunion conclut aurejet de la requête n° 1901014.

Le préfet soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie ;

- la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas utilement invoquée ;

- l'actuelle mesure d'interdiction, qui a permis de sauver des vies humaines et donne lieu à des verbalisations, ainsi que les autres mesures déjà prises constituent une réponse appropriée au risque requin.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu la décision du président du tribunal désignant M. X, vice-président, en qualité de juge des référés.

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code de l'environnement ;

- le décret n° 2007-236 du 21 février 2007 portant création de la réserve naturelle nationale marine de La Réunion ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 3 juillet 2019 à 9 heures 30 :

- le rapport de M. X., juge des référés ;

- les observations de M. N, président de l'association OPR, qui réitère l'ensemble de ses conclusions et moyens ;

- les observations de M. L, gérant de l'EURL Stéphane Lescarret, qui réitère l'ensemble deses conclusions et moyens ;

- les observations de V, gérant de la SARL La Tortue, qui réitère l'ensemble de ses conclusions et moyens ;

- les observations de M. C, représentant le préfet de La Réunion, qui confirme les écrituresen défense.

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demandeen 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 (...) auraitporté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge desréférés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

2. Par leurs requêtes déposées le 28 juin 2019 et enregistrées sous les n°s 1901011, 1901012, 1901013 et 1901014, qu'il y a lieu de joindre, l'association Océan Prévention Réunion (OPR) et trois entreprises concernées par les activités nautiques sur la côte Ouest de La Réunion, à

savoir l'EURL Stéphane Lescarret, la SARL Ziclone Boutique Parska et la SARL La Tortue, ont saisi le juge des référés, sur le fondement des dispositions précitées, pour que soit constatée l'atteintegrave et manifestement illégale portée par l'autorité administrative, dans le contexte de la « crise requin » qui sévit à La Réunion depuis l'année 2011, aux libertés fondamentales que constituent ledroit à la vie et la liberté du commerce et de l'industrie. Leurs conclusions tendent à ce que soientprononcées, d'une part, la suspension d'exécution de l'arrêté préfectoral du 23 février 2019 par lequel a été reconduite pour un an la mesure d'interdiction quasi-générale de la baignade et des activités nautiques dans la bande littorale des 300 mètres et, d'autre part, des injonctions adressées àl'autorité administrative pour que soient prises d'autres mesures, visant directement les espèces responsables des attaques, qui seraient de leur point de vue davantage à même de remédier au risque requin, particulièrement dans le périmètre de la Réserve Marine.

3. Il résulte des éléments circonstanciés produits par les requérants, non contestés par l'administration, que les attaques de requin mortelles ou mutilantes sont demeurées très nombreusesdepuis qu'a été instaurée le 26 juillet 2013 la première mesure d'interdiction quasi-générale de baignade et d'activités nautiques sur le littoral réunionnais. En effet, pour s'en tenir aux seules attaques mortelles, suite aux 5 décès constatés entre le 19 février 2011 et le 15 juillet 2013, ce sontencore 6 attaques mortelles qui sont survenues depuis le 14 février 2015, les victimes étant des surfeurs ou bodyboardeurs, mais aussi une baigneuse et un pêcheur de bichiques, les deux dernièresattaques ayant eu lieu le 30 janvier 2019 à Sainte-Rose et le 9 mai 2019 à Saint-Leu. Alors mêmeque l'imprudence et le non-respect de la réglementation ont concouru à la persistance des attaquesmortelles, il y a lieu de constater le caractère désastreux de cette situation, observée à La Réuniondans des proportions tout à fait anormales par rapport aux statistiques d'attaques concernant d'autres lieux a priori autant exposés, ainsi que l'insuffisance manifeste des mesures prises jusqu'à ce jourpour y remédier.

4. Ainsi que cela est soutenu par les requérants, une accentuation des prélèvements de requins-bouledogues et requins-tigres est au nombre des options à envisager, sans qu'y fasse nécessairement obstacle la réglementation propre à la Réserve Marine. Car si le décret du 21 février2007 portant création de cette réserve a notamment pour objet d'interdire en principe toute atteinteaux animaux d'espèces non domestiques, d'interdire et de réglementer la pêche professionnelle, deloisir et la pêche sous-marine et d'encadrer la circulation humaine et de véhicules nautiques, des autorisations dérogeant à l'ensemble de ces mesures peuvent être délivrées par le préfet en vue d'assurer la gestion de la réserve. En vertu du 2° de l'article 2 du décret, le préfet peut égalementprendre toutes mesures pour limiter les espèces surabondantes ou éliminer les espèces envahissantes. Ainsi, le préfet peut notamment autoriser, à des fins de protection de la sécurité des personnes, desmesures de prélèvements des espèces dangereuses (CE 27/11/2015 n° 381826, commune de Saint-Leu).

5. Cela étant, la requête aujourd'hui soumise au tribunal s'inscrit dans le cadre spécifiquedu référé-liberté. Au titre de la procédure régie par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés peut certes ordonner les mesures d'urgence qui lui apparaissent de nature à sauvegarder la liberté fondamentale, y compris le droit à la vie ou la liberté du commerce etde l'industrie, à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale, mais il ne peut faireusage de ce pouvoir d'injonction que si la situation qui lui est soumise permet de prendre utilementet à très bref délai les mesures de sauvegarde nécessaire. A cet égard, les mesures de prélèvements de requins ou d'installation de dispositifs limitant leur incursion dans

certaines zones, dont les effetsfavorables éventuels sont insusceptibles de se produire à bref délai, ne peuvent être prescrites par lejuge du référé-liberté (CE 13/08/2013 n° 370902 Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Leu).

6. Il résulte de ce qui précède qu'à supposer que puisse être constatée en l'espèce une carence de l'autorité administrative, résultant de ce qu'elle aurait dû, en complément ou en remplacement de l'interdiction de baignade et d'activités nautiques, prendre des mesures telles que l'accentuation des prélèvements de requins ou l'installation de drum-lines et de filets maillants selon des modalités autres que ce qui a été pratiqué jusqu'ici, en agissant plus franchement dans le périmètre de la Réserve Marine, et à supposer que cette carence puisse se rattacher à la notion d'illégalité manifeste, les dispositifs de prélèvement ou de protection sollicités par les requérants nesont pas au nombre des mesures susceptibles d'être ordonnées dans le cadre de la présente instance.

7. Quant à la mesure de suspension d'exécution sollicitée à l'égard de l'arrêté du 13 février2019 par lequel a été prorogée l'interdiction de baignade et d'activités nautiques, il n'est en aucune manière démontré qu'une mesure immédiate, prenant effet en juillet 2019, consistant à permettre à lapopulation d'accéder plus largement à la mer serait bénéfique dans la perspective d'une réduction durisque requin.

8. Il résulte de tout ce qui précède que les requêtes soumises au juge du référé-liberté par l'association OPR et les sociétés Lescarret, Ziclone et La Tortue ne peuvent qu'être rejetées.

ORDONNE :

Article 1er : Les requêtes n° 1001011, n° 1901012, n° 1901013 et n° 1901014 sont rejetées.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à l'association Océan Prévention Réunion (OPR), à l'EURL Stéphane Lescarret, à la SARL Ziclone Boutique Parka, à la SARL La Tortue et au ministre de l'intérieur.

Copie en sera adressée au préfet de La Réunion.

Fait à Saint-Denis le 29 avril 2019.

Chroniques

Chronique de la jurisprudence judicaire de la région Océan Indien

Sous la direction de ROMAIN LOIR,

Professeur droit privé à l'Université de la Réunion

3. DROIT DES CONTRATS ET DES SURETES

3.5 Le bail

Non renouvellement du bail commercial - Absence d'indemnité d'éviction pour motif grave et légitime

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 21 Mai 2021 – n° 19/02999

Isabelle Boismery, Docteur en droit privé

S'il est ancré dans le vocabulaire que le locataire d'un bail commercial bénéficie d'une « *propriété commerciale* », notamment protégée par l'article 1er du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'homme (v. récemment sur ce point l'arrêt rendu par la Cour de cassation, Cass. civ., 11 mars 2021, n°20-13.639, *RTD.civ.* 2021, p.435, note. P.-Y. GAUTIER ; *RTD.com.* 2021, p. 297, note F. KENDÉRIAN ; *Rev. Loyers* 2021, p.224, obs. C. LEBEL ; *Gaz.Pal* 2021, p.67, note C.-E. BRAULT), le bailleur peut toujours refuser le renouvellement du bail en s'acquittant toutefois d'une indemnité d'éviction.

Suivant l'article L.145-17 du code de commerce, deux motifs permettent néanmoins au bailleur de refuser le renouvellement du bail commercial, sans être tenu au paiement de cette indemnité. Cette exclusion du paiement de l'indemnité peut être justifiée d'une part, par un motif « *objectif* » ou, d'autre part, par un motif « *subjectif* » (P. HAAS, « Conditions de validité de la rétractation du congé avec offre de renouvellement, *AJDI* 2020, p.275). Le motif dit « *objectif* » vise la nécessité de démolir partiellement ou intégralement l'immeuble comme étant en état d'insalubrité reconnue par l'autorité administrative ou si l'immeuble ne peut plus être occupé sans danger. Le motif dit « *subjectif* » permet au bailleur de s'arroger du paiement de l'indemnité s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant.

La Cour d'appel revient ici sur ce second motif et nous livre une illustration de ce qui pourrait constituer un motif grave et légitime.

En l'espèce, un bail commercial stipulait que le locataire était tenu d'obtenir l'approbation préalable du bailleur avant l'exécution de travaux. Or, le locataire avait pratiqué une ouverture en façade et installé un comptoir en bois lui permettant de servir directement ses clients, sans en informer son bailleur. Jugeant que ces travaux avaient eu pour effet de modifier substantiellement la façade du bâtiment, le bailleur avait enjoint le locataire de remettre en état le lieu ; ce que ce dernier ne fit pas. Considérant qu'il s'agissait de la d'une violation d'une obligation précise du bail, le bailleur décida alors, en plus du refus de renouvellement du bail, de ne pas verser l'indemnité d'éviction prévue par l'article L.145-17 du Code de commerce.

Le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre condamna le bailleur à verser l'indemnité d'éviction en jugeant que le refus de renouvellement du bail commercial, sans offre d'indemnité d'éviction, n'était fondé sur aucun motif grave et légitime.

La Cour d'appel de Saint-Denis infirme ce jugement et décide que l'absence de remise en état du lieu constituait bien une violation d'une obligation du bail ce qui pouvait être considéré comme un motif grave et légitime au sens de l'article L.145-17 du code de commerce justifiant que le renouvellement du bail puisse être refusé sans indemnité (comparer avec, Cass. com., 28 octobre 1965, n°61-10.778, peut constituer un motif grave et légitime des démolitions et transformations des lieux effectués par le locataire ou Cass. civ., 3e, 24 octobre 1990, n°88-18.644, peut constituer un motif grave et légitime toute extension de la destination des lieux d'un local à usage commercial sans autorisation préalable du bailleur et même si cette extension est limitée à une activité connexe ou complémentaire. En revanche, ne constitue pas un motif grave et légitime l'adjonction d'une activité de « snack » à un commerce de débit de boissons de quatrième catégorie alors que le bail interdisant la restauration, Cass. civ., 3e, 21 novembre 1995, n°93-19.398 ou l'extension minime par vente de produits d'entretien dans un commerce de crémerie, Cass.com., 3 février 1964, n°60-12.359).

Pour aller plus loin sur le montant de l'indemnité d'éviction. Par un arrêt en date du 10 décembre 2020, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la question de savoir si l'indemnité d'éviction non plafonnée, que le bailleur devait verser à son locataire sortant, pouvait constituer une possible atteinte disproportionnée au droit de la propriété du bailleur, (Cass. civ., 3e, QPC, 10 décembre 2020, n°20-40.059, v. Y. ROUQUET, « Bail commercial : vers le plafonnement de l'indemnité d'éviction ? *D. Actualités* 2021 ; *AJDI* 2021, p.121, obs. J.-P. BLATTER). Le Conseil constitutionnel a jugé à cet effet que l'article L.145-14 du code de commerce était conforme à la Constitution. Certes cette disposition restreint le droit du bailleur à disposer librement de son bien, toutefois cette règle poursuit, pour le Conseil

constitutionnel, un objectif d'intérêt général : celui de la poursuite de l'activité du fonds de commerce et vise à éviter que la viabilité des entreprises ne soit compromise (Conseil constitutionnel, 5 mars 2021, n°2020-887, QPC ; *D.* 2021, p.470 ; *AJDI* 2021, p. 279, obs. J.- P. BLATTER ; *D. actualité* 2021, obs. Y. ROUQUET).

ꕥ

3.10 Autres contrats

Contrat de garagiste – dépôt accessoire

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 5 Mars 2021 – n° 20/00026

Isabelle Boismery, Docteur en droit privé

En 2009, la Cour de cassation jugeait que le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste existait en tant qu'accessoire du contrat d'entreprise et indépendamment de tout accord de gardiennage (Cass. civ. 1re, 8 octobre 2009, n°08-20.048, *D.* 2010, p.480, obs. X. DELPECH ; note C. MOULY-GUILLEMAUD). La cour d'appel de Saint-Denis revient ici sur cette hybridation.

À la suite d'un accident de la circulation, l'assureur d'une conductrice avait diligenté un garagiste dans le but de constater les dégâts causés au véhicule. Le garage diligenté avait, à ce titre, démarré le véhicule afin de lire le kilométrage. Lors du démarrage, le garagiste remarqua que plusieurs voyants témoins indiquaient des dysfonctionnements sur le système de freinage. Le véhicule refusa ensuite de redémarrer et le garagiste, après avoir remis les clés à la conductrice, laissa le véhicule à sa disposition sur un parking public.

La conductrice mécontente assigna le garage pour inexécution contractuelle. Selon ses dires, le garage aurait dû, au vu des dysfonctionnements constatés, remettre en état le véhicule et le garder.

La Cour d'appel de Saint-Denis en se prononçant sur la responsabilité du garage rappelle en premier lieu que si le garagiste est, en principe, bien tenu de restituer à son client le véhicule confié en bon état de marche (sur l'obligation de résultat du garagiste quant à la réparation, Cass. civ., 1re, 3 novembre 1970, n°69-11.635 ; Cass. civ., 1re, 27 septembre 2017, n°16-24.739 ; O. DESHAYES, « L'obligation de résultat du garagiste-réparateur », *RDC* 2012, n°4, p.1200), c'est à la condition qu'un contrat de réparation ait été passé. Or, en l'espèce rien ne prouvait qu'un contrat de réparation avait été conclu en plus du contrat de

diagnostic. Elle rappelle en second lieu que le contrat de dépôt accessoire à une prestation de garagiste ne peut se justifier que dans le cadre d'un contrat principal d'entreprise. Ce dernier n'existant pas, le garagiste n'était donc pas tenu d'une obligation accessoire de garde. Dès lors, seule une action en responsabilité délictuelle pour faute pouvait être engagée.

ꕥ

Contrat d'édition – contrat de précommande – absence d'écrit

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, Chambre civile, 30 avril 2021, n° 19/000104

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

Le contrat d'édition fait l'objet d'une réglementation spécifique au sein de la législation du droit d'auteur, et notamment, les conditions de conclusion y sont rigoureusement établies dans un souci de protection des auteurs. Or il n'est pas rare de constater qu'un contrat de commande, dominé par la négociation, soit susceptible de susciter des divergences d'interprétations et d'occasionner des mésententes selon les interlocuteurs et les situations, notamment lorsque l'un d'entre eux conteste l'existence d'un contrat consenti.

Dans notre espèce, une société spécialisée dans le commerce et l'édition de bandes dessinées souhaite éditer plusieurs œuvres d'un auteur et les présenter dans ses librairies. Bien qu'un certain nombre de commandes aient été passées auprès de ce dernier, l'auteur décide de se tourner vers des éditeurs concurrents. La société l'a donc fait assigner devant le Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre en remboursement des avances versées au titre des commandes non honorées, ainsi que des dommages et intérêts pour les frais irrépétibles.

Ses demandes ayant été rejetées en première instance, la société a interjeté appel, faisant valoir le manquement, par le dessinateur, à ses obligations contractuelles, et faisant état notamment d'un comportement déloyal constitutif d'une inexécution abusive et fautive de ses obligations, celles-ci pouvant ouvrir droit à réparation au sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil en leur version applicable au moment des faits.

Et pour cause, l'appelante affirme l'existence d'un contrat de précommande entre elle et l'auteur concernant deux projets de bande dessinées, pour lesquelles des sommes avaient déjà été avancées. Elle précise par ailleurs qu'au moment des faits, la preuve du lien contractuel n'était pas soumise à la production d'un écrit, les dispositions des articles 1359 et 1363 du Code civil issus de l'ordonnance du 10 février 2016 n'étant pas applicables. Or l'inexécution, par l'auteur, de ses obligations contractuelles fixées à l'article 1134 du Code civil, avait constitué

selon elle un enrichissement sans cause de ce dernier justifiant la restitution des sommes indues. Elle ajoute de surcroît avoir subi, d'une part un préjudice financier lié à la perte de chance de voir paraître lesdits ouvrages dans son édition, et d'autre part, des préjudices d'image et de réputation, pour lesquels elle demande réparation conformément aux dispositions de l'article 1147 du Code civil.

L'intimé de son côté réfute, à la fois l'existence d'un contrat de précommande, ainsi que toute obligation contractuelle de rembourser les sommes versées par l'éditeur pour le financement partiel des deux projets de bande dessinées, mais également l'existence d'un engagement de sa part tenant à la publication en exclusivité des deux œuvres litigieuses à la société éditrice. L'auteur conclut en outre à l'absence de perte de chance de l'appelante et se dédouane de toute responsabilité liée aux prétendus préjudices subis par l'éditeur.

L'enjeu résidait donc principalement en l'établissement de la preuve du lien contractuel unissant l'auteur de bandes dessinées et la société éditrice s'agissant des deux œuvres litigieuses. La preuve de la conclusion d'un contrat de commande entre les deux parties pouvait alors faire prétendre à la société éditrice le droit à une indemnisation des divers préjudices évoqués. Une seconde question portait en outre sur la répétition de l'indu de l'auteur, à l'égard des avances versées par l'éditeur pour la réalisation du projet d'édition infructueux. La Cour d'appel de Saint-Denis statuant le 30 avril 2021, se prononcera après une longue analyse, sur ces deux questions.

I. Sur l'existence d'un contrat de précommande

Le juge rappelle tout d'abord que selon la lettre de l'article 1100 du Code civil, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. De plus, l'article L 1131-2 du code de la propriété intellectuelle établit que la conclusion du contrat d'édition doit être constatée par un écrit, matérialisant une acceptation manifeste de l'offre.

La société éditrice soutient l'existence d'un contrat de précommande malgré l'absence d'écrit signé, et produit au soutien de ses prétentions, divers échanges électroniques entre 2012 et 2014 faisant état d'un projet d'édition pour les œuvres litigieuses, et notamment une convention de la Région Réunion allouant à l'éditeur une subvention de 20.000 euros pour leur réalisation. Elle soumet également un contrat d'édition datant du 1er septembre 2014, transmis à l'auteur mais non signé par lui.

Or la Cour d'appel relève que ces éléments ne permettent, ni d'établir la rencontre effective des consentements, ni la finalisation d'une relation contractuelle entre la société éditrice et l'auteur pour aboutir à la publication de la

bande dessinée, notamment par l'acceptation commune d'un contrat d'édition écrit signé par les parties, condition strictement exigée par le code de la propriété intellectuelle. Au contraire, les échanges produits au débat laissaient paraître la réalité de tensions et des désaccords entre les parties, concernant un projet dont tous deux admettent l'inaboutissement. La Cour conclut par conséquent de ce que l'appelant est mal fondé à invoquer l'existence d'un contrat de précommande entre lui et l'auteur.

Il s'ensuit ainsi que la responsabilité de l'auteur ne saurait être engagée, ce dernier n'ayant jamais accepté les conventions suscitées, et ne s'étant jamais engagé formellement par écrit auprès de la société éditrice sur les deux bandes dessinées.

II. Sur la répétition de l'indu

Restait à savoir si la société éditrice pouvait légitimement soulever la restitution des sommes avancées pour le projet, sommes dont il s'était, selon l'éditeur, injustement enrichi.

Sur ce point la Cour d'appel souligne qu'aux termes de l'article 1235 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. Elle rappelle par ailleurs qu'en matière de paiement indu, la faute du solvens engage la responsabilité de son auteur envers l'accipiens lorsqu'elle a causé à celui-ci un préjudice. Le remboursement mis à la charge de l'accipiens doit alors être diminué du montant de ce préjudice[1].

En l'espèce, l'auteur a accepté de percevoir une partie de la subvention régionale versée pour le projet de bande dessinée. Il a également permis à l'éditeur de présenter à la Région, en 2012 puis en 2013, une intention commune de l'éditeur et de l'auteur, constituée par le projet de publication de l'œuvre litigieuse.

Cependant le juge relève que l'auteur, ayant travaillé sur l'élaboration de la bande dessinée pendant plus de deux ans avant 2014, adressant à plusieurs reprises l'état de son travail à l'éditeur dans la croyance qu'il avait de la régularisation d'un contrat d'édition, ce n'est que tardivement que le contrat d'édition lui a finalement été transmis par l'éditeur, soit plus de 2 ans après leurs premiers échanges sur ledit projet. Ce dernier devait donc être déclaré responsable de cette tardiveté de l'offre, tandis que le projet de contrat d'édition ne contenait aucune stipulation particulière relative à l'imputation d'une somme de 4.000 euros perçue à titre d'avance sur les

[1] Cass., Civ., 1ère, 5 juillet 1989, n° 87-19.984.

droits d'auteur. Il en découle que l'auteur ne saurait être tenu de la répétition de l'indu.

Du reste, l'auteur lui, n'a pas accepté l'offre de l'éditeur, même tardive, alors même qu'il avait été clairement avisé par ce dernier qu'il restait libre de contracter avec qui il voulait. L'auteur est ainsi mal fondé à réclamer un dédommagement au titre des frais engagés pour la réalisation de l'album en invoquant un préjudice financier résultant de l'absence de conclusion du contrat d'édition. Ces éléments amènent au juge à conclure à une coresponsabilité de l'auteur et de la société éditrice dans l'échec du projet de publication des œuvres litigieuses.

Cet arrêt est ainsi l'occasion de rappeler utilement qu'en l'absence d'écrit, l'éditeur s'expose à être dans l'incapacité de prouver qu'il a contracté avec l'auteur, aucun autre mode de preuve n'étant en théorie admis au bénéfice de l'éditeur[2]. Ainsi, ni les témoignages, mails, remises de manuscrits ou autres situations particulières ne sont susceptibles de jouer en faveur de l'éditeur[3].

Contrat de construction – réserves

Cour d'appel, de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 4 Juin 2021 – n° 19/02007

Marie Leveneur-Azémar, Agrégée des facultés, Professeur à l'université de la Réunion

Quand les réserves ne sont pas levées par le maître de l'ouvrage…

Qu'advient-il d'un procès-verbal de réception avec réserves ? Dans cette affaire, un particulier fait construire deux villas selon un contrat de construction de maison individuelle avec plans. Lors de la réception, le maître de l'ouvrage émet des réserves pour les deux constructions. Les mois passent, et un litige se forme avec l'entrepreneur. Celui-ci affirme avoir fait les travaux permettant la levée des réserves, tandis que le maître de l'ouvrage reste silencieux, pour finalement refuser de signer la levée des réserves. Une somme importante est en jeu : les réserves ont enclenché un mécanisme de retenue de garantie de 5% du prix total, consigné en attendant que les travaux soient exécutés. L'entrepreneur demande donc le versement de cette somme, ce que le maître de l'ouvrage refuse. Il s'oppose également à payer des travaux supplémentaires déjà réalisés, d'un

[2] E. PIERRAT, *Le droit d'auteur et l'édition*, Editions du Cercle de la Librairie, 2013, p. 192.
[3] Toutefois le juge a déjà pu reconnaître qu'un écrit n'était pas exigible dans le cas où l'auteur avait été lui-même dirigeant de la maison d'édition familiale. V. Cass., Com., 20 janv. 1980, *in* E. PIERRAT, *op. cit.* p. 192.

montant de près de 4000 euros, qui avaient pourtant été prévus par un avenant au contrat.

Face à l'inertie du maître de l'ouvrage, l'entreprise de construction agit en justice pour obtenir paiement de ces différentes sommes.

La question se posait alors devant les juges du fond de savoir si un maître de l'ouvrage peut retenir indéfiniment une partie du prix de la construction s'il considère que les travaux permettant la levée des réserves n'ont pas été exécutés.

La Cour d'appel de Saint Denis, pour répondre à cette question, va d'abord distinguer les deux sommes. D'abord, les travaux supplémentaires n'étant pas concernés par les réserves, ils doivent être payés, le maître de l'ouvrage ne conteste d'ailleurs pas ces sommes. Ensuite, la retenue de garantie, qui s'élève à près de 12 000 euros, fait l'objet d'une discussion plus détaillée. Les magistrats relèvent que le maître de l'ouvrage n'a pas signé la levée des réserves, mais dans le même temps il n'a pas non plus fourni de pièce permettant d'identifier la nature et le chiffrage des réserves non levées. S'appuyant sur la loi du 16 juillet 1972 relative à la retenue de garantie, la Cour d'Appel de Saint Denis tranche en faveur de l'entrepreneur, qui doit recevoir la somme retenue au bout d'un an, que les réserves aient été levées ou non. Ce délai étant écoulé, il doit donc être intégralement payé.

Application de la loi du 16 juillet 1972. Si la première des sommes, à savoir le montant des travaux supplémentaires, ne soulevait aucune difficulté, la question de la retenue de garantie était plus délicate. Ce système, mis en place par la loi du 16 juillet 1972, doit être prévu dans le contrat, comme c'était le cas en l'espèce. Il permet au maître de l'ouvrage de consigner 5% du prix (ou bien de mettre en place un cautionnement), afin de s'assurer de l'exécution des travaux nécessaires à la levée des réserves. Il s'agit de protéger le maître de l'ouvrage qui doit pouvoir obtenir la totale exécution du contrat promis. Néanmoins, la loi prévoit une limite à cette retenue de garantie. En principe libérée par la levée des réserves, elle tombe également au bout d'une année, sauf opposition du maître de l'ouvrage. En l'espèce, aucune opposition de la sorte n'avait été formulée par le maître de l'ouvrage. La rétention des 5% du prix n'était donc plus justifiée. Cet argument semblait suffisant, pourtant, la Cour a également tenu à s'assurer que l'exception d'inexécution n'était en l'espèce pas non plus légitime.

Rejet de l'exception d'inexécution. Cette sanction de l'inexécution, aujourd'hui prévue à l'article 1219 du Code civil, était invoquée par le maître de l'ouvrage. Cependant, lorsque les relations sont particulièrement difficiles entre les deux parties, un tel outil peut aboutir à une situation de blocage. C'était bien le cas en l'espèce : d'un côté, la levée des réserves n'était pas constatée par le maître de l'ouvrage, qui invoquait des travaux non encore réalisés, de l'autre,

l'entrepreneur assurait avoir tenté de contacter à plusieurs reprises son client pour accéder à la construction, en vain. La Cour rappelle à juste titre que cette sanction ne peut être invoquée qu'en présence d'une inexécution suffisamment grave. Or les désordres relevaient simplement du parachèvement et des finitions, et ne pouvaient dès lors justifier de retenir une somme de près de 12 000 euros. Ainsi, le maître de l'ouvrage est condamné à payer la fin des travaux.

Lorsqu'un procès-verbal de réception avec réserve est établi, le maître de l'ouvrage ne doit pas empêcher l'entrepreneur d'exécuter les travaux en vue de terminer la construction et lever les réserves. L'obstruction dont semble avoir fait preuve le maître de l'ouvrage dans cette affaire joue *in fine* contre lui : il devra bien payer la totalité des travaux, alors même que la levée des réserves n'aura pas été constatée.

ꕥ

4. RESPONSABILITE CIVILE ET ASSURANCES

4.1. Les conditions

Responsabilité du fait des choses – vice inhérent de la chose – vice indétectable

Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, Chambre civile, 29 janvier 2021, n° 19/00031

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

Les litiges entre voisins dus à des infiltrations et des dégâts des eaux sont fréquents, et sont souvent qualifiés par le juge de troubles anormaux du voisinage[1]. Le cas échéant, le trouble anormal de voisinage peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1240 du Code civil : en effet, un propriétaire qui abuse de son droit de propriété et qui cause de ce fait un dommage à son voisin est tenu de le réparer sur le fondement de la responsabilité délictuelle[2]. Plus rare, et sans doute original est-il cependant, d'invoquer la responsabilité civile du fait des choses. Toutefois, reposant sur une notion extensive de la chose, celle-ci peut être utilement soulevée par les victimes afin de faire jouer la présomption de responsabilité de l'auteur des dommages.

En l'espèce, le défaut d'étanchéité d'un bac à douche a causé des infiltrations affectant l'appartement du dessous. La propriétaire de l'appartement à l'origine du dommage, présumée gardienne de la chose, a donc été déclarée

[1] Voir par exemple Cass., Civ., 3ème, 2 juin 2015, n°14-10.830 et n°14-13.296.
[2] CA Toulouse, 2 nov. 2020, n° 19-00264.

responsable par le tribunal de grande instance de Saint-Denis en date du 7 novembre 2018, et a été condamnée à payer aux propriétaires du dessous plusieurs frais tenants à la réparation des dommages subis, mais également une indemnisation à hauteur de la perte de loyers occasionnée entre le mois de septembre 2011 et le mois de juillet 2016, ainsi que le cumul des taxes d'habitation qu'ils avaient dû prendre en charge faute de locataires. Le tribunal a également ordonné à ce que soient entrepris des travaux d'étanchéité sous peine d'une astreinte journalière de 100 euros.

Le 9 janvier 2019 l'auteur du dommage a interjeté appel, soutenant qu'elle ne saurait être tenue responsable dudit dommage, bien qu'elle n'en réfutât pas l'origine, n'ayant pas tout de suite eu connaissance du vice inhérent à la chose. Elle rapporte par ailleurs avoir procédé à des travaux sur le bac à douche dès 2013, tandis que les travaux prescrits par l'expert auraient, eux, été exécutés en 2016.

La Cour d'Appel de Saint-Denis saisie de l'affaire confirme cependant à l'occasion d'un arrêt du 29 janvier 2021, les condamnations prononcées par la juridiction de première instance, invoquant l'article 1242 du Code civil pour retenir sa responsabilité. En effet, 3 conditions doivent être cumulativement réunies afin d'engager la responsabilité civile du fait des choses : une chose, un fait de la chose, ainsi qu'une garde de la chose. Ayant été établi que le bac à douche constituait bel et bien l'instrument du dommage, et que la propriétaire était réputée en avoir conservé la garde, une potentielle exonération de responsabilité n'aurait résulté que de la preuve d'un cas fortuit ou de force majeur, ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable.

Or, s'il ressort d'une jurisprudence bien établie que la présence d'un vice inhérent à la chose qui a causé le dommage ne constitue pas, au regard de celui qui exerce sur cette chose les pouvoirs de direction, de contrôle et d'usage, un cas fortuit ou de force majeure[3], la Cour d'appel ne manque pas de souligner que le caractère indétectable de ce vice ne permet pas non plus de constituer une circonstance exonératoire de responsabilité et ainsi de déjouer l'application de l'article 1242 du Code Civil. Peu importe ainsi, que l'auteur du dommage ait découvert tardivement l'existence du vice, ceci ne lui permet pas de faire obstacle à l'engagement de sa responsabilité en vertu des articles 1242 et suivants du Code civil.

Cet arrêt met ainsi un point d'honneur à rappeler que le propriétaire d'un bien, gardien de la chose, est responsable de plein droit des désordres qu'il a causés[4]. La responsabilité du fait des choses étant une responsabilité objective, ni

[3] Cass., Civ., 2ème, 20 nov. 1968.
[4] Cass., Civ., 3ème, 22 mars 2018, n°17-13.467.

le caractère non apparent du vice, ni le délai de découverte de celui-ci n'est susceptible de renverser la présomption de responsabilité.

ꕥ

7. DROIT DES AFFAIRES

7.3 Procédures collectives

Procédures collectives, redressement judiciaire, ouverture, cessation des paiements (caractérisation, preuve, date d'appréciation), refus de paiement

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 10 mars 2021, n° 17/02285

Émilie Jonzo, Docteur en droit privé

Tout praticien du droit des entreprises en difficulté connaît nécessairement la notion de cessation des paiements. Clairement définie par le législateur depuis de nombreuses années (B. Tricot, « La cessation des paiements, une notion stable », *Gaz. Pal.*, 2005, n° 120, p. 13 ; J. Vallansan, « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », *RPC*, 2012, n° 3, doss. 13, spéc. §6), sa mise en œuvre continue toutefois d'alimenter les contentieux relatifs à l'ouverture des procédures collectives. L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis du 10 mars 2021 en témoigne.

Suite au non-paiement partiel d'une créance, une société assigne son débiteur en ouverture d'un redressement judiciaire. Le tribunal de commerce rejette la demande de la créancière. Elle interjette appel et sollicite à nouveau l'ouverture de ladite procédure collective en arguant une cessation des paiements de son débiteur, radié du RCS quelques mois avant l'assignation. Ce dernier conteste non seulement les sommes réclamées, mais aussi l'existence d'un état de cessation des paiements. La juridiction de seconde instance devait alors répondre à la question de savoir si un refus de paiement justifie l'ouverture d'un redressement judiciaire. La cour d'appel de Saint-Denis, par un arrêt confirmatif du 10 mars 2021, rappelle, sur le fondement de l'article L. 631-1 du Code de commerce, que « *L'état de cessation des paiements est distinct du refus de paiement et doit être prouvé par celui qui demande l'ouverture d'un redressement judiciaire. La cessation des paiements est appréciée au jour où la juridiction statue même en cause d'appel.* ». L'arrêt donne ainsi l'occasion de revenir avec précision sur la condition économique d'ouverture du redressement judiciaire.

Possibilité d'ouverture d'un redressement judiciaire à l'égard d'un commerçant retiré. – Avant d'aborder le cœur de cette décision, une remarque préliminaire peut être formulée sur la situation du débiteur. Sa radiation du RCS ne suscite aucun débat en l'espèce, mais donne toutefois l'occasion de rappeler brièvement que le débiteur retiré de la vie des affaires reste éligible au redressement judiciaire « *si tout ou partie de* [son] *passif provient de* [son activité] » (C. com., art. L. 631-3 al. 1). Faut-il encore que le créancier à l'origine de la demande agisse dans le délai d'un an à compter de ladite radiation (C. com., art. L. 631-5 al. 2), et que les conditions classiques d'ouverture du redressement judiciaire soient réunies, notamment l'état de cessation des paiements, qui nous intéresse plus particulièrement ici.

État de cessation des paiements n'est pas refus de paiement. – La cessation des paiements est définie au sein de l'article visé par la cour d'appel comme « *l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* ». Constater son existence implique donc une comparaison entre le passif exigible et l'actif disponible. Le simple refus de paiement n'entre donc pas dans cette définition. Si les actes d'exécution restés infructueux en l'espèce constituent en effet des refus de paiement, ils ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un état de cessation des paiements. La cour d'appel rappelle cette distinction, se plaçant ainsi dans une ligne jurisprudentielle constante de la Cour de cassation (Cass. Com., 27 avril 1993, n° 91-16.470 P. – Cass. Com., 25 février 1997, n° 95-18.607 : *D.* 1997. IR 127 ; *D. Affaires* 1997. 484 ; *LPA* 11 mai 1998, p. 11, obs. Gibirila. – Cass. Com., 23 novembre 1999, n° 97-17.178 : *Procédures* 2000, n° 215, obs. Laporte. – Cass. 23 janvier 2001, n° 98-14.934 : *RPC* 2002. 55, obs. Deleneuville). La présente solution respecte strictement la loi et protège ainsi les débiteurs de l'ouverture d'une procédure collective injustifiée, conformément à l'objectif du législateur de sauvegarder l'entreprise (V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD Com.*, 2002, p. 245, spéc. §21).

La charge de la preuve de la cessation des paiements. – Tout en rappelant que la démonstration d'une cessation des paiements conditionne l'ouverture du redressement judiciaire, la cour d'appel revient sur la charge de la preuve. Elle rappelle qu'elle repose sur le créancier sollicitant ladite ouverture, respectant, là encore, une jurisprudence constante (Cass. Com., 27 avril 1993, *préc.* – Cass. Com., 25 février 1997, *préc.* – Cass. Com., 23 novembre 1999, *préc.* – Cass. 23 janvier 2001, *préc.* – Cass. Com., 23 septembre 2020, n° 18-26.143 : *Rev. sociétés* 2020. 636, obs. Pisoni ; *LEDEN* 11/2020. 2, obs. Lafaurie). Le législateur facilite la tâche du créancier demandeur en l'autorisant à utiliser « *tout élément de preuve* » (C. com., art. R., 631-2) et en autorisant la juridiction saisie à procéder à une enquête préalable (C. com., art. L. 621-1 al. 3 par renvoi de C. com., art. L. 631-7). Toutefois, cette exigence n'en suscite pas moins une réelle difficulté pour celui-ci, du fait de l'absence d'accès aux informations internes à l'entreprise

permettant la démonstration attendue (J.-L. Vallens, « La preuve de la cessation des paiements », *RPC*, septembre 2009, n° 5, ét. 25, spéc. §11 et s. ; G. Teboul, « La cession des paiements : un critère malmené mais vivace », *RPC*, mars 2015, n° 2, ét. 6, spéc. §10). La société créancière, à qui incombait la charge de la preuve, n'est parvenue à prouver que l'existence d'une créance fixée par un jugement définitif et d'un paiement partiel constaté par huissier. Quant aux intérêts et à la partie de la créance prétendument impayée, le débiteur les contestait, les rendant ainsi incertaines et donc exclues du passif exigible. En effet, la jurisprudence a toujours refusé d'inclure dans le passif exigible les créances incertaines (Cass. Com., 22 février 1994, n° 92-11.634 P : *JCP* 1995. II. 22447, note Lévy ; *JCP E* 1994. I. 394, n° 1, obs. Pétel. – Cass. Com., 25 novembre 2008, n° 07-20.972 : *D.* 2009. AJ 17 ; *Gaz. Pal*. 26-28 avr. 2009, p. 15, obs. Lebel. – Cass. Com., 9 décembre 2020, n° 19-14.437 P : *D.* 2021. Actu. 5 ; *RTD com*. 2021. 200, obs. Martin-Serf ; *LEDEN* 2/2021. 2, obs. Maréchal Pollaud-Dulian ; *RJDA* 2021, n° 178 ; *BJE* 3-4/2021. 12, note Martineau-Bourgninaud ; *Gaz. Pal*. 13 avr. 2021, p. 63, obs. Reille ; *RJ com*. 2021. 269, obs. Bézert ; *RPC* 2021, n° 53, obs. Saintourens). Si le contentieux se cristallise en l'espèce autour de l'absence de preuve du passif du fait de l'incertitude des créances litigieuses, il va sans dire que la créancière aurait encore dû démontrer l'insuffisance de l'actif disponible (Sur la nécessité de confronter ces deux éléments, v. not. : D. Gibirila, « La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société *in bonis* et l'entreprise en difficulté », *LPA*, 2018, n° 152, p. 5 ; G. Berthelot, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E*, 9 octobre 2008, n° 41, 2232, spéc. §11 et s.), élément complètement passé sous silence.

La date d'appréciation de la cessation des paiements. – Enfin, la cour d'appel revient sur le moment auquel doit être apprécié cet état de cessation des paiements. Une fois de plus, elle s'inscrit dans une jurisprudence constante considérant que la date d'appréciation est celle du jour où le juge statue, y compris s'il s'agit du juge d'appel (Cass. Com., 9 mai 1987 : *RPC* 1987, n° 4, p. 29, obs. Didier. – Cass. Com., 7 novembre 1989, n° 88-13.155 P : *Gaz. Pal.* 1990. 1. Pan. 44. – Cass. Com., 6 octobre 1992, n° 90-18.992 P : *Dr. sociétés* 1992, n° 249, obs. Chaput. – Cass. Com., 14 novembre 2000, n° 98-14.672 : *Procédures* 2001, n° 63, obs. Laporte ; *RPC* 2002. 56, obs. Deleneuville). Cela signifie que si la cessation des paiements disparaît entre la première et la seconde instance, la cour d'appel peut infirmer le jugement ayant ouvert la procédure collective puisque la situation du débiteur ne justifie plus son maintien (J. Vallansan, « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », *préc.*, spéc. §11).

Conclusion. – Derrière l'apparente simplicité de la notion de cessation des paiements se cache une certaine technicité, que les créanciers demandeurs d'une ouverture d'un redressement judiciaire doivent impérativement respecter. Les

règles rappelées par la cour d'appel protègent ainsi efficacement les entreprises débitrices d'une procédure collective injustifiée.

ꕥ

10. PROCEDURE CIVILE

Principe de concentration des moyens - Autorité de la chose jugée

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 2 avril 2021, n° 19/02888

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

Le principe de concentration des moyens a été consacré par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'arrêt dit *Cesareo* (Cass., ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672 ; BICC 15 oct. 2006, rapp. Charruault, note R. Koering-Joulin, avis Benmakhlouf ; D. 2006, 2135, note L. Weiller ; JCP 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki ; ibid. 2007, II, 20070, note G. Wiederkehr ; Gaz. Pal. 2007, 398, note M.-O. Gain ; Dr. et pr. 2006, 348, note N. Fricero ; RDI 2006, 500, obs. Ph. Malinvaud ; RTD civ. 2006, 825, obs. R. Perrot). Dorénavant « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* ». La Cour de cassation a, par cet arrêt, renouvelé la conception de l'une des trois conditions d'application de l'autorité de la chose jugée posées à l'article 1355 du Code civil : l'identité de cause. Si, antérieurement, un plaideur pouvait saisir à nouveau un juge du premier degré pour demander la même chose sur un fondement juridique différent, désormais il ne lui est plus permis d'agir plusieurs fois en première instance sur d'autres fondements juridiques. En d'autres termes si, lors de sa demande initiale, il s'est trompé et/ou n'a pas épuisé l'ensemble des règles de droit qui auraient pu être mobilisées, il lui sera néanmoins opposé l'autorité de la chose jugée s'il saisit à nouveau le juge. C'est ce que Monsieur B. va apprendre à ses dépens.

Celui-ci assigne les ayant droits de son frère (qui est décédé) pour demander l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de la succession de leur père, après réduction et rapport des libéralités que son frère aurait reçues comme dépassant la quotité disponible. Le tribunal de grande instance de Saint-Pierre, le 3 mai 2019, déclare irrecevable sa demande faute de « descriptif sommaire du patrimoine à partager et de justification des démarches amiables entreprises » sur le fondement de l'article 1360 du code de procédure civile. Il interjette appel et réitère ses demandes initiales.

La Cour d'appel de Saint-Denis, dans un arrêt du 2 avril 2021 (n°19/02888), confirme le jugement mais pour un tout autre motif : le principe de concentration

des moyens. Elle note tout d'abord que le partage de la succession entre les deux frères a été réalisé le 25 septembre 2008, que l'acte a été signé et est devenu exécutoire. Puis, elle relève que, le 17 février 2017, la cour d'appel de Saint-Denis avait débouté Monsieur B. de sa demande à voir constater un recel successoral imputable à son frère, ce qui n'avait pas modifié l'acte de partage. Elle constate ensuite et surtout que cette demande, définitivement jugée, était fondée sur l'article 778, alinéa 2, du code civil et visait donc déjà à ce que la somme de 141.976,00€ (équivalent aux libéralités selon Monsieur B) soit rapportée à la succession. La cour d'appel de Saint-Denis observe enfin que, même s'il agit sur un autre fondement (libéralités dépassant la quotité disponible), Monsieur B. demande la « réintégration de la même somme dans les opérations d'un partage pourtant devenu définitif à la faveur du rejet de l'action en recel successoral ». Elle en conclut qu'il doit lui être opposé le principe de concentration des moyens et subséquemment l'autorité de la chose jugée, confirmant ainsi l'irrecevabilité de ses demandes.

La solution de la cour d'appel de Saint-Denis mérite l'adhésion. Il ne fait en effet nul doute que la demande de Monsieur B dans la présente instance est la même que celle formulée en 2017 : en cherchant à faire constater un recel successoral, il aspirait très certainement à ce que soit rapportée la somme de 141.976,00€ à la succession. Si ce n'était pas la voie la plus facile pour y parvenir, il faisait néanmoins coup double : une fois la somme rapportée, le frère n'aurait pu prétendre à aucune part. Peut-être était-ce cela qui l'avait conduit à agir sur cet unique fondement ? L'histoire ne le dit pas. Mais se contenter d'un seul moyen fût une erreur ! Il aurait dû, dès la demande initiale, multiplier les arguments juridiques en faveur du rapport de la somme. S'il n'a pas été conseillé, c'est dommage, s'il l'a été, c'est pire. Le principe de concentration des moyens ne pardonne pas. Avocats, soyez vigilants !