

VII.- La décriminalisation ou la légalisation des drogues à Maurice

Une étude de l'ONG PILS en 2015 sur « *l'image et la perception des drogues à l'île Maurice* » a démontré que la drogue est un sujet très tabou et il existe un consensus au sein de la population sur sa prolifération. Toutefois il n'y a pas de consensus sur la décriminalisation des drogues à l'île Maurice : Seules 45% des personnes interrogées sont pour un changement de statut des toxicomanes criminels en vue de les considérer davantage comme des malades devant être soignés.

Table-ronde 4

Le renforcement de la coopération régionale en termes de lutte, d'harmonisation des droits et de prise en charge

Jean-Pierre COUTERON

Psychologue clinicien, Président de la Fédération Addiction

Cédric Gustave DODIN

Juge à la Cour suprême des Seychelles

Rehnu GOWRY-BHURRUT

Principal State Counsel, Bureau du Directeur des poursuites pénales mauricien

Mathilde LECHAUVE

Commissaire de police, Direction départementale de la sécurité publique de La Réunion

Bruno MESLET

Conseiller médical Agence Régionale de Santé - Océan Indien

Brian TOURRE

Chargé de mission MILDECA à la Préfecture de Mayotte

Représentant du sous-préfet de Mayotte

Parler de coopération régionale c'est envisager une coopération entre les principaux pays de l'océan Indien occidental à savoir Les Comores, Les Seychelles, Madagascar, l'Ile Maurice, Mayotte et La Réunion. Il s'agit d'une zone géographique particulière car essentiellement maritime.

Il y a forcément des échanges entre ces divers pays, échanges de personnes – parfois toxicomanes – qui circulent d’une île à l’autre, échanges de stupéfiants au travers des trafics. Il existe donc un double enjeu. En premier lieu, assurer aux personnes aux conduites addictives qui circulent dans la zone la meilleure prise en charge par une harmonisation de la réduction des risques et des législations pénales concernant l’usage de stupéfiants. En second lieu, construire une coopération entre les divers services de police / gendarmerie / douanes des pays de la zone afin de lutter contre les trafics de la manière la plus efficace qui soit.

Il est question de faire travailler ensemble des pays différents pour construire une coopération régionale sur la problématique des addictions. A l’évidence plusieurs questions se posent : quelles sont les difficultés à appréhender et éventuellement comment les résoudre (I) ? Comment faire, comment penser cette coopération et dans quel cadre construire un réseau (II) ?

I.- Quelles difficultés à appréhender et comment les résoudre ?

Renforcer la coopération entre les Etats pour assurer une meilleure prise en compte des personnes aux conduites addictives mais également pour lutter contre les trafics se heurte à certaines difficultés de plus ou moins grande ampleur.

D’une part, les systèmes juridiques / judiciaires / législatifs des différents pays de la zone ne sont pas identiques (A) et, d’autre part, certaines questions diplomatiques peuvent venir freiner les tentatives de coopération (B).

A.- L’existence de différences entre les législations des pays de la zone en matière de lutte contre le trafic et l’usage de stupéfiants

De culture anglophone pour certains, de culture francophone pour d’autres, les pays de la zone connaissent des différences quant au cadre des enquêtes policières et des procédures judiciaires (1) et des différences quant à l’appréhension judiciaire des addictions (2).

1 – Différences quant au cadre des enquêtes policières et des procédures judiciaires

Les forces de l'ordre, police et gendarmerie, participent à la coopération régionale au travers de la Commission de l'Océan Indien¹ au sein de laquelle quelques dispositifs se sont mis en place.

La coopération la plus évidente est la coopération opérationnelle c'est-à-dire la coopération en termes de formation ou d'entraînement des forces avec des échanges de policiers, de gendarmes ou douaniers réunionnais qui vont dans des pays de la zone et vice-versa. Des échanges commencent également à se faire - et c'est une volonté politique de part et d'autre -, en termes d'informations. Le mot « information » est important parce qu'il s'agit de quelque chose qui n'est pas vérifié à la différence du « renseignement judiciaire » qui est quelque chose d'avéré. C'est une coopération « facile » car il n'y a pas de lien d'autorité, de risque de déperdition, d'intervention dans les enquêtes.

Nous sommes actuellement au stade de la communication informelle (sans que ces échanges ne s'inscrivent nécessairement dans des procédures). S'agissant de la coopération en termes de lutte contre les trafics de stupéfiants, même si une volonté de collaborer plus en amont existe, la limite - atteinte pour le moment - est le respect de la différence des systèmes procéduraux et/ou des systèmes d'enquêtes policières qui ne fonctionnent pas de la même façon.

Pour ne donner que quelques exemples :

– le fonctionnement sur les délais de garde à vue, sur les délais de procédure, sur le suivi des enquêtes dans chaque pays de la zone n'est pas identique ;

– les règles quant aux modalités d'arrestation, aux modalités de détention que ce soit pour les gardes à vue ou pour la détention provisoire en attendant un procès, etc. peuvent varier ;

– il existe une obligation, pour les enquêteurs français, policiers ou gendarmes, quand ils interviennent, de toujours agir sous l'autorité du procureur de la République ;

– il existe une distinction entre les pays de la zone qui « disposent » d'un juge d'instruction et ceux qui ne connaissent pas cette institution.

¹ La COI est une organisation intergouvernementale réunissant cinq pays de l'océan Indien - Maurice, Madagascar, l'Union des Comores, Les Seychelles, La Réunion/France -.

Dès lors, à partir du moment où on intervient dans une procédure judiciaire, on doit nécessairement passer par la coopération internationale qui est assez normée et donc passer par une demande d'entraide internationale.

Même l'échange de renseignements reste difficile.

Ainsi, par exemple, l'interpellation de personnes à l'Ile Maurice puis l'identification du réseau sur La Réunion, et inversement, posent des difficultés.

De même, lorsqu'un policier français / réunionnais donne un enseignement à un policier mauricien, il va obligatoirement – en application du droit mauricien - être cité à comparaître devant le tribunal ce qui pose tout de suite un problème de politique étrangère avec tous les risques que cela peut entraîner.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des intervenants de la table-ronde :

S'est tenue aux Seychelles, il y a deux ans, sous l'égide de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime (ONUDC), une réunion rassemblant des procureurs, des juges et des experts en matière de conseil juridique de certains pays de la zone de l'Afrique du Sud. Le but de cette rencontre a été de regrouper les praticiens du droit pour partager des informations, établir un système d'échanges de renseignements, travailler pour harmoniser les lois, promouvoir la formation des enquêteurs, s'engager avec d'autres acteurs qui participent déjà à la lutte contre les stupéfiants.

L'idée serait de créer un réseau similaire pour la région océan Indien dans le cadre de la Commission de l'Océan Indien. Il s'agirait de rassembler les juristes - procureurs, présidents de cours, avocats - afin qu'ils puissent travailler et partager des informations liées aux trafics de stupéfiants mais également échanger sur leurs procédures et institutions pénales respectives afin que chacun comprenne mieux le système judiciaire des autres. Dans la zone océan Indien, il existe un modèle qui a fait ses preuves aux Seychelles : *le Regional center of intelligence coordination for anti piracy*. Ce centre régional permet aux juristes de la région de travailler sur le crime maritime, surtout la piraterie. Il pourrait être intéressant de s'en inspirer.

2 – Différences quant à l'appréhension judiciaire des addictions

Chaque pays de la zone montre une approche judiciaire des addictions plus ou moins répressive ou plus ou moins sanitaire et réhabilitante faisant des usagers tantôt des délinquants à sanctionner, tantôt des malades à soigner et réinsérer. Ainsi, on constate que :

– les peines encourues pour usage de stupéfiants peuvent être particulièrement strictes dans certains Etats et beaucoup plus « douces » dans d'autres² ;

– il peut exister ou non, selon les Etats, des mesures alternatives aux poursuites, prenant en compte la spécificité de la personne toxicomane³ ;

– dans un but sanitaire mais également de réinsertion et de réadaptation, peuvent parfois être prononcées des mesures alternatives à l'incarcération (suivi d'un traitement approprié ou de soins thérapeutiques, ou encore paiement d'une amende ou exécution d'un travail d'intérêt général)⁴ ; de telles mesures n'existent pas dans tous les Etats, et même lorsqu'elles existent au sein du *corpus* juridique, elles ne sont pas nécessairement appliquées⁵ ;

² Quelques exemples :

- à Madagascar, les peines vont de 5 à 10 ans d'emprisonnement (art. 115 de la loi de 1997) ;
- en France « *l'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende* » (art. L.3421-1 du Code de la santé publique) ;
- à l'Ile Maurice l'usage de stupéfiant est réprimé par une amende de 50 000 roupies ou d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans (Dangerous Drugs Act 2000 ; voir J. MOUTOU-LECKNING, « Approche du droit comparé dans la zone Océan Indien - Exemple du droit mauricien », *ce colloque*).

³ Quelques exemples :

- en France il existe des alternatives aux poursuites en acceptant de faire un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de stupéfiants ou encore en acceptant de se soumettre à une injonction thérapeutique ;
- aux Seychelles « *une personne raisonnablement soupçonnée par un officier d'être en possession d'une drogue contrôlée ou d'une plante de cannabis en quantité infime indiquant que la drogue est destinée à sa consommation personnelle, peut être formellement averti conformément au présent article comme alternative à la poursuite* » (section 41, Misuse of Drugs Act, 5 avril 2016, diaporama de M. Cedric Gustave GODIN).

⁴ Quelques exemples :

- aux Seychelles, lorsqu'un individu assume la pleine responsabilité de ses actes, il « *ne doit pas être stigmatisé en tant que délinquant* » et « *un utilisateur de drogue de cette catégorie ne devrait pas être condamné par la cour ou si il est condamné il ne devrait pas être condamné à l'emprisonnement à moins que la cour soit convaincu qu'il n'y a pas d'autre alternative à l'emprisonnement* » ; la cour peut ainsi envisager « *l'accès à tous les programmes disponibles de traitement, d'éducation, de réhabilitation et de réinsertion sociale requis* » (section 38, Misuse of Drugs Act, 5 avril 2016, diaporama de M. Cédric Gustave GODIN) ;
- en France les décisions de justice peuvent comporter une obligation de soins dans le cadre du sursis probatoire.

⁵ Au cours de la table-ronde 2, il a été mentionné qu'à Madagascar les usagers peuvent encourir une peine allant de 5 à 10 ans d'emprisonnement mais que le tribunal pouvait proposer en « *remplacement ou en complément un traitement ou des soins appropriés* » (art. 115 de la loi de 1997) mais que la seconde alternative n'était pas appliquée.

– il peut arriver qu’une substance soit autorisée dans un Etat et pas ailleurs. Cette éventualité se présente souvent avec l’apparition de nouveaux produits de synthèse – et on pense à la « chimique » – mais également avec des produits pharmaceutiques tel le « *subutex* » par exemple, autorisé en France où il est délivré sur ordonnance, mais interdit car considéré comme un stupéfiant à l’Ile Maurice⁶.

Ces différences de régimes juridiques et les diverses approches des produits stupéfiants ont nécessairement des répercussions sur la réduction des risques⁷.

Ceci est d’autant vrai plus que la mise en place de cette dernière – mise en place des traitements de substitution aux opiacés ou des programmes de libéralisation de l’accès aux seringues par exemple – ne s’est pas fait avec la même ampleur et à la même vitesse dans chaque Etat de la zone. Une telle situation n’est pas propre aux pays de la zone océan Indien. Elle s’est rencontrée au sein de la Communauté européenne, chaque Etat européen ayant une approche plus ou moins avancée de la réduction des risques. A l’époque, ces différences se sont révélées, de manière très pratique, en cas de circulation des voyageurs à travers l’Europe et c’est petit à petit qu’il a fallu aménager des solutions.

La question est de savoir maintenant comment harmoniser les différentes approches judiciaires des addictions dans la zone, comment faire pour que lutte contre les addictions et prise en compte de la réduction des risques « travaillent » ensemble, sans tout changer ni brusquer personne.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des intervenants de la table-ronde :

Il faut un travail de réflexion autour des différentes législations mais, pour avancer, il faut se poser les questions ensemble, à la fois soignants mais aussi praticiens du droit. Pour cela, il faut du temps pour réfléchir sur les différences en termes de droit pénal de fond (*qu’est-ce qu’un stupéfiant ? qu’est-ce qu’on réprime : l’usage ? le trafic ?*) et un temps aussi pour réfléchir sur la procédure.

On ne peut pas faire l’économie d’une réflexion collégiale pour aborder ensemble de manière satisfaisante un vrai réseau efficace sur la zone océan Indien qui devrait aller progressivement dans le même sens.

⁶ Les personnes qui introduisent ce produit à l’Ile Maurice encourent jusqu’à 60 ans d’emprisonnement.

⁷ Voir au cours de la table-ronde 2, l’exemple quant aux difficultés pour un patient mauricien, bien que détenteur d’une ordonnance valable dans son pays d’origine, d’obtenir un traitement de substitution aux opiacés à La Réunion faute de législation compatible.

B.- L'existence de difficultés au niveau diplomatique

Située au cœur du canal du Mozambique, Mayotte connaît une situation politique particulière puisqu'au moment de l'indépendance des Comores elle a décidé, par référendum, de rester française et a obtenu depuis 2011 le statut de département. Si la France et l'Union des Comores entretiennent des relations étroites, sur le plan économique et culturel, il subsiste de fortes tensions quant au statut de Mayotte, l'île étant toujours revendiquée par le gouvernement comorien.

Mayotte doit faire face, depuis plusieurs années, à des problèmes de sécurité, des problèmes de délinquance, des problèmes d'immigration clandestine et des problèmes de trafic de drogue importants⁸.

Si on réfléchit à la thématique de la coopération régionale avec Les Comores se pose tout de suite la question, et le contexte de Mayotte le montre avec les *kwassa-kwassas* qui arrivent tous les jours, des relations diplomatiques tendues entre le gouvernement comorien et le gouvernement français.

Par exemple, récemment, après la feuille de route négociée entre le ministre des affaires étrangères et le gouvernement comorien il y a eu une levée de boucliers de la population et des élus au niveau de Mayotte, notamment sur la question des visas d'entrée entre Les Comores et Mayotte.

La question du contrôle des marchandises forcément va se heurter à ces questions diplomatiques et de coopération entre Mayotte et les Comores qui sont les principales voies d'échange entre les territoires de l'océan Indien et Mayotte.

II.- Comment peut-on penser cette coopération ? Dans quel cadre construire un réseau ?

Quand on parle de coopération, il existe différents leviers possibles de manière générale (A). Par où peut-on passer pour développer la coopération régionale plus spécifiquement sur les addictions ? (B).

⁸ Dans la lutte contre les stupéfiants il n'y a pas de brigade de stupéfiants ni sur la délinquance juvénile. Donc pas d'outils pour travailler sur la question des saisies de stupéfiants. Néanmoins, quand on regarde les chiffres avancés par l'ORS récoltés auprès des forces de l'ordre : sur le « bangué » plus de 113 kilos en 2015 et sur la « chimique » qui se développe saisie de 170 grammes de produit pur en 2016 et un demi kilo en 2017.

A.- Quels sont les grands leviers de coopération disponibles d'un point de vue général ?

Il s'agit d'abord de la coopération bilatérale qui est la coopération traditionnelle dans laquelle la France appuyait traditionnellement certains pays en voie de développement. Ceci a été l'historique de la coopération avec le Ministère de la coopération et les pays africains.

Mentionnons ensuite la coopération multilatérale par laquelle il s'agit, pour plusieurs Etats, de mettre des fonds en commun par le biais d'organismes d'intégration ou d'institutions internationales. Tel est le cas, fin des années 90, du Fonds mondial qui intervient sur la lutte contre le SIDA, la tuberculose et le paludisme, du Fonds GAVI⁹ sur la vaccination et du Fonds MUSKOKA sur la santé de la mère et de l'enfant – pour ne prendre que des exemples liés à la santé. Un grand tournant, dans les années 2000, a été le moment où l'on est passé de 70% de coopération bilatérale et 30% de coopération multilatérale à l'inverse.

Il faut également citer la coopération décentralisée qui consiste en une coopération entre une ou plusieurs collectivités territoriales/locales françaises avec des collectivités territoriales/locales d'autres Etats au travers de relations amicales, jumelages, aide au développement, etc...

Le dernier grand pivot constitue tout le travail des organisations non gouvernementales (ONG) portées sur des thèmes particuliers.

Quels sont les outils pertinents en matière de lutte contre les addictions et les trafics de substances illicites ?

Le Fonds mondial de lutte contre le SIDA peut être un levier intéressant dans la mesure où on a pu constater un nombre important de cas de SIDA aux Seychelles et à l'Ile Maurice. Grace au Fonds mondial de lutte contre le SIDA, on peut travailler en faveur de la réduction des risques mais, dans le cadre général, on n'a pas de thème spécifique sur les addictions pour l'instant dans la région.

B.- Comment développer la coopération régionale plus spécifiquement sur les addictions ?

Différents outils peuvent être mobilisés :

* Le premier outil se situe au niveau de chaque ambassade. Il s'agirait de mobiliser le fonds social de développement, instrument permettant de faire monter en puissance les initiatives de la société civile, d'appuyer les initiatives des

⁹ *Global Alliance for Vaccines and Immunization.*

associations locales, en les aidant financièrement dans la réalisation de leurs projets. *In situ*, on peut s'appuyer sur des associations qui travaillent sur la prise en charge des toxicomanies.

Encore faut-il rencontrer les personnes, notamment le conseiller de coopération régionale, et discuter avec lui car ce fonds de coopération. Précisons que ce fonds social de développement, n'est pas spécifique à la santé.

* Le deuxième outil, localisé au niveau des préfetures, peut être le fonds de coopération régionale. Sur la zone, il existe une spécificité qui est que La Réunion et Mayotte disposent chacun de leur fonds de coopération régionale. Ces fonds, qui concourent aux actions de coopération économique, sociale et culturelle, sont alimentés par des crédits de l'Etat.

C'est un outil très intéressant car il a pour mission de favoriser l'expertise française et le soutien aux pays voisins dans l'océan Indien. Le fonds de coopération régionale encourage ainsi, en les finançant, les initiatives locales, privées ou publiques, en matière de coopération avec les pays de la zone dans divers domaines - environnement, formation et expertise, éducation, santé, etc. -. La lutte contre les addictions et la construction d'un réseau pourraient être des thèmes porteurs en réponse à des appels à projets sur ces deux fonds.

* Il est également possible de sensibiliser la Commission de l'Océan Indien (COI), instance regroupant cinq pays de l'océan Indien - Maurice, Madagascar, l'Union des Comores, Les Seychelles, La Réunion/France -. Les membres de cette organisation régionale intergouvernementale se rencontrent, définissent des thèmes prioritaires de coopération diplomatique, économique et commerciale, culturelle et scientifique. Si la Commission accompagne des problématiques variées, non spécifiquement relatives à la santé et aux addictions, la problématique « santé » n'est pas oubliée et certains projets ont abouti.

En effet, suite à l'épidémie de chikungunya à laquelle les pays membres n'étaient pas préparés et face aux risques sanitaires partagés, a été mis en place un réseau de surveillance épidémiologique et de gestion des alertes de l'océan Indien (réseau SEGA) et le projet RSIE (Réseau surveillance et investigations des épidémies). Le projet « RSIE - réseau SEGA » a donné lieu à des échanges de données et à la mise en réseau des services de surveillance des maladies des cinq Etats membres. Il a appuyé tout un travail de soutien dans les interventions dans les Etats membres, avec un pool d'experts régionaux mobilisables rapidement. Ce réseau est financé par l'Agence Française de Développement mais également par la banque française de développement (La COI est donc capable de mobiliser divers bailleurs de fonds et n'est pas nécessairement dépendante de la coopération française).

Il pourrait y avoir une opportunité de collaboration avec la COI à envisager autour de la création d'un réseau addictions océan Indien.

* Une autre piste pourrait conduire à prendre appui sur la Mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives (MILDECA) qui anime et soutient les efforts des partenaires publics et privés dans tous les domaines de la lutte contre les drogues et les toxicomanies.

L'action de la MILDECA a pu, par le passé, tendre vers une politique tantôt en faveur de la répression, tantôt en faveur du soin, selon des inclinaisons plus ou moins sécuritaire ou sociale. La MILDECA peut assurément être un atout dans la constitution d'un réseau *Addicto OI*. En effet, à La Réunion et à Mayotte, comme dans chaque préfecture, la MILDECA s'appuie sur un chef de projet chargé de relayer son action. Ces personnes peuvent être force de proposition pour la cohésion sociale et le soin.

L'intérêt d'une approche *via* la MILDECA est qu'il s'agit d'un organisme interministériel avec des représentants du ministère de la santé, du ministère de l'intérieur, du ministère des affaires étrangères et de la diplomatie. Il s'agit donc d'un outil qui peut permettre de poser l'ensemble des questions soulevées sur un territoire donné. Ceci est d'autant plus vrai que le nouveau Président de la MILDECA¹⁰ a fait de la réorganisation des politiques territoriales l'un des objectifs de son mandat.

Au niveau de La Réunion, depuis 2017, deux idées forces sont apparues dans la politique de la MILDECA : d'une part, il a été décidé de construire un réseau des acteurs de la MILDECA sur le territoire réunionnais (*ce colloque, soutenu par la MILDECA, entend précisément œuvrer au renforcement du réseau des professionnels qui prennent en charge les addictions à La Réunion et dans la zone*) et, d'autre part, il est question de l'ouverture de La Réunion sur son espace géographique proche. Il existe dès lors un terrain propice à la constitution d'un réseau *Addicto OI* soutenu par la MILDECA.

Remarques / recommandations / propositions du public ou des participants à la table-ronde :

Si les outils et les possibilités budgétaires semblent exister en vue de la constitution d'un réseau *Addicto OI*, le défi est important : il faut mettre autour de la table des personnes qui n'ont pas aujourd'hui les mêmes pratiques – différences de pratiques entre les soignants des différents pays mais également au sein d'un même Etat – ni les mêmes règles juridiques.

¹⁰ Nicolas PRISSE, médecin de santé publique et médecine sociale, a pris ses fonctions le 1^{er} mars 2017.

Sans doute faut-il également régler les difficultés identifiées, en France, s'agissant de l'articulation entre l'approche de la réduction des risques et l'approche pénale, pour parler de façon plus claire aux autres Etats de la zone.

Il conviendrait également de permettre aux personnes qui circulent d'un lieu à l'autre, d'un pays à l'autre, de recevoir des traitements de substitution. La politique de réduction des risques devrait être harmonisée pour permettre la libre circulation des personnes.

Il semble important de souligner qu'associer des personnes *via* un réseau nécessite de respecter les différences actuelles pour converger progressivement vers un système davantage harmonisé. Il faut connaître et accepter l'état du droit et des pratiques dans chaque Etat et s'entendre sur les évolutions possibles.

Sur la zone océan Indien, ce travail sur la question des addictions s'inscrira dans la durée. Il faut que les approches des soignants, dans leur diversité, ne disqualifient pas les approches de maintien de la loi (chaque pays fixant le niveau de ce qui est acceptable). De l'autre côté, les actions de maintien de la loi ne doivent pas venir empêcher la pratique de la réduction des risques. Tout l'intérêt du travail de laisser circuler les outils de soins et les outils de prise en charge complémentaire, c'est justement que l'action de l'un ne disqualifie pas l'action de l'autre et d'arriver à faire que localement, sans se disqualifier, les actions des soignants et du droit se complètent.

Recension d'ouvrage

Léa Havard,

L'État associé.

***Recherches sur une nouvelle forme de l'État
dans le Pacifique sud***

par Mathieu Carniama

Doctorant en droit à l'Université de La Réunion

Dans sa thèse intitulée : *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le pacifique sud*¹, Léa Havard invite le juriste français à un voyage inédit au sein du « cinquième continent » où l'ingéniosité juridique contribue à l'évolution de « *la notion centrale du droit moderne : l'État* »².

Le sous-titre de la thèse propose une limite *ratione loci* du champ d'étude : les territoires du Pacifique sud. Dès les premières lignes, Mme Havard rompt le suspense et dévoile aux lecteurs les cinq escales juridiques prévues : les Îles Cook, Niue, les Palaos, les Îles Marshall et les États fédérés de Micronésie.

¹ HAVARD (L.), *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique sud*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection « Droit d'Outre-Mer », 2018, 484 pp. L'ouvrage est issu d'une thèse réalisée sous la direction du Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, et soutenue à l'Université de Bordeaux.

² *Idem*, p. 11.

Introduction générale ou le grand départ vers l'État associé

Après un bref coup d'œil sur le planisphère le plus proche pour le géographe amateur, Mme Havard immerge progressivement le lecteur à la découverte de l'*État associé* qui puise ses racines dans les mouvements de décolonisation de la seconde moitié du XXe siècle. Notre guide se veut rassurant : traiter de l'*État associé*, c'est avant tout s'appuyer sur un concept *a priori* bien connu du juriste français : l'État. Et pour cause, l'*État associé* est un *État*. Or, l'auteur met l'accent sur les limites de la notion. Limite ontologique d'abord, eu égard à l'absence de définition de l'État qui de manière irréductible s'identifie selon le triptyque : un territoire, un peuple et une souveraineté. Limite matérielle ensuite, dès lors que l'*État* n'est désormais synonyme que d'*État-nation* dont le modèle s'est imposé comme étant *le* standard des sociétés modernes.

Fort de ce constat, l'auteur identifie l'intérêt du voyage : la découverte d'une forme alternative à l'État-nation – de plus en plus relativisé par les mouvements de mondialisation et de régionalisation – dans certains territoires du Pacifique sud. Il s'agit des Îles Cook, Niue, des États fédérés de Micronésie, des Îles Marshall et des Palaos, qui à la suite de leur indépendance choisirent de rester *associés* à leurs États d'origine : la Nouvelle-Zélande pour les deux premières et les États-Unis pour les trois autres. Ces territoires se sont alors auto-attribués le statut d'*États associés*.

Selon l'auteur, l'étude conjointe de ces territoires se justifie par leurs caractéristiques structurelles communes qui permettent de comprendre l'avènement de ce nouveau modèle étatique. Ce sont tous des « micro-États dépendants » qui du fait de leur faible superficie, de leur faible démographie, de leur fragilité économique et politique justifie une association à un *État-partenaire* qui s'avère être l'ancien État colonisateur anglo-saxon. Leur localisation géographique dans le Pacifique sud induit une communauté de culture et une sensibilité aux modèles juridiques des pays anglophones, empreinte de pragmatisme et de consensualisme permettant de penser l'association entre États sans pour autant remettre en cause sa nature.

Face à cet objet d'étude novateur, Mme Havard s'emploie à délimiter la notion de son étude. Entre indétermination sémantique et contradictions doctrinales, la notion d'*État associé* ne fait pas l'unanimité : territoires librement associés, territoires bénéficiant d'une très large autonomie ou États librement associés ? Associé à quoi ? Selon l'auteur, la pertinence du terme « État associé »

se révèle par un souci de clarté et de neutralité. L'*associé* est nécessairement un État dénommé : « État partenaire ».

Mais le voyageur sceptique pourrait douter du caractère étatique des territoires étudiés : ne sont-ce pas simplement des territoires bénéficiant d'une très large autonomie ? Selon l'auteur, l'État associé est un État à part entière, distinct des formes d'États connues : fédéral, unitaire ou régional ; qui s'inscrit dans une classification plus subtile des formes *de* l'État dont les exemples les plus connus sont : l'État-nation ou l'État multinational.

À l'approche du débarquement, notre guide entend construire la notion d'*État associé*, selon une démonstration inductive, en dégagant les éléments caractéristiques de ce nouveau modèle étatique à partir de l'étude des cinq territoires proposés. Appliquer la théorie générale de l'État à la singularité des solutions juridiques retenues au sein des territoires étudiés, devait conduire Mme Havard à nous proposer une expédition en trois temps – reprenant les éléments récurrents d'existence de l'État – pour mettre en évidence que l'*État associé* est un État construit pour un peuple complexe (Première Partie), qui se caractérise par une souveraineté déléguée (Deuxième Partie) et qui est institutionnalisé par une constitution associative (Troisième Partie).

Première partie ou le débarquement en terre(s) inconnue(s)

Un État construit pour un peuple complexe. La littérature juridique s'accorde à faire du substrat humain – qu'il s'agisse du « peuple », de la « population » ou de la « nation » – l'un des éléments caractéristiques de l'État. C'est donc tout naturellement que Mme Havard est amenée à s'interroger sur les peuples des territoires étudiés qui constituent « *la clé de compréhension essentielle* »³ de l'existence de l'État associé et qui selon l'auteur « *résulte d'un processus dynamique puisqu'il est construit par et pour un peuple singulier* »⁴. Peuple *singulier*, car peuple anciennement colonisé qui, plutôt que de choisir la solution classique de l'indépendance, préféra le statut de *territoire librement associé* créé dans les années 1960 par l'ONU, en vertu duquel il conserve des liens

³ *Idem*, p. 65.

⁴ *Idem*.

étroits avec l'ancienne puissance colonisatrice tout en affirmant son indépendance. Ainsi est résolue la question du *pour(-)quoi* l'État associé.

L'auteur propose ici une excursion dans l'histoire du droit international de la décolonisation, indissociable d'une analyse sociologique, anthropologique et historique de ces territoires, témoignant des difficultés théoriques à penser les décolonisations : entre une approche binaire – assimilation ou indépendance – et une approche pragmatique permettant un accompagnement de la décolonisation.

En pratique, l'auteur démontre que cette dernière approche a pu permettre l'avènement du statut *sui generis* de « territoire librement associé » qui fut appliqué selon des fortunes diverses, démontrant qu'il s'agit avant tout d'un statut sur-mesure difficilement exportable ; si bien qu'il n'avait pas vocation à perdurer une fois la décolonisation arrivée à son terme. Pourtant, ainsi que le souligne l'auteur, ces territoires ont choisi de maintenir ce statut provisoire au point qu'il puisse aujourd'hui s'analyser comme un statut pérenne prenant l'appellation d'*État associé*, dont les caractéristiques mettent en exergue un renouveau du droit constitutionnel marqué par le pluralisme juridique afin de reconnaître la diversité de ce peuple complexe. L'on retrouve ici la dialectique de l'unité par la différence, à rebours du modèle classique de l'État-nation. Pourtant, alors que Mme Havard propose un modèle étatique distinct de l'État-nation, n'est-il pas concevable que ce peuple complexe, caractéristique de l'État associé et uni par-delà leur différence, représente une *Nation* fondée sur des éléments objectifs et subjectifs communs ? Ainsi, l'État associé, comme l'État-nation, est l'instrument unificateur d'un peuple complexe⁵. Si bien que la singularité de l'État associé est à approfondir dans sa souveraineté.

Deuxième partie ou le souverain dépaycé

Un État caractérisé par une souveraineté déléguée. L'État moderne se caractérise dans son essence par sa souveraineté qui est d'un point de vue interne « la puissance suprême à l'intérieur d'un territoire »⁶ et qui, d'un point de vue externe est « une puissance indépendante vis-à-vis d'autre puissance étatique »⁷. L'État associé propose une approche renouvelée de l'acceptation traditionnelle de

⁵ CHEVALLIER (J.), « L'Etat-nation », *RDP*, 1980, p. 1271 et svts.

⁶ BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, PUF, Paris, 1994, p. 10.

⁷ *Idem*.

la souveraineté puisqu'il n'exerce pas de manière volontaire l'ensemble de ces compétences, du fait d'un lien de dépendance avec l'État partenaire. Est-ce à dire que l'État associé n'est pas souverain ? Selon Mme Havard, l'État associé est un État souverain puisqu'il choisit librement ses interdépendances. L'auteur distingue ainsi la souveraineté, qui en tant qu'attribut de l'État « *n'implique aucune conséquence prédéterminée* »⁸, et l'exercice de celle-ci. Alors que l'État moderne promeut un exercice centralisé, par principe, de ses compétences souveraines, l'État associé choisit de les déléguer à l'État partenaire. Ce mécanisme de souveraineté déléguée est ainsi une caractéristique de l'État associé. L'auteur détaille l'étendue des compétences déléguées par les États associés à leurs partenaires selon des intérêts réciproques : les finances publiques, la nationalité, la défense et les relations extérieures.

Pourtant, la réciprocité des intérêts ne saurait être synonyme d'égalité entre les États partenaires et leurs États associés. Sous couvert d'association, les relations liant ces deux États révèlent davantage un rapport de soumission au profit des premiers. Selon l'auteur, puisque ce lien de soumission est consenti, il traduit l'expression même de la souveraineté des États associés, qui conservent les compétences souveraines non déléguées, mais qui surtout peuvent mettre un terme à l'association, démontrant de manière irréductible que l'État associé dispose de *la compétence de la compétence*.

À l'instar de l'État moderne, dont la souveraineté est de plus en plus « grignotée », l'État associé traduit un renouvellement des interdépendances régionales et mondiales. Ainsi, l'État associé se rapproche de l'État fédéral par un transfert ascendant de pouvoirs souverains ; il s'en distingue par l'absence de structure super-étatique englobant l'État partenaire et l'État associé. Dans le même temps, l'État associé se rapproche de l'État régional en vertu du rapport inégalitaire entre l'État partenaire et l'État associé, au profit du premier ; il s'en distingue par sa capacité unilatérale à rompre les liens associatifs. En définitive, l'État associé se singularise par sa souveraineté déléguée des différents modèles étatiques connus. Bien que dans le même temps, il s'en rapproche par l'institution d'une Constitution qualifiée d'*associative* par l'auteur.

⁸ HAVARD (L.), *op. cit.*, p. 216.

Troisième partie ou la découverte des fondations

Un État institutionnalisé par une constitution associative. Ainsi que le souligne Mme Havard, tout État est régi par une Constitution dont le but est d'organiser les pouvoirs dans les limites de son territoire. La Constitution est le fondement juridique de l'existence de l'État. Et à l'instar de tout autre État, l'État associé est lui aussi régi par une Constitution qui remplit en l'espèce deux fonctions : une fonction classique et une fonction spécifique.

Dans sa fonction traditionnelle, la Constitution représente la norme suprême de l'ordre juridique étatique et véhicule une symbolique propre à la communauté qu'elle entend régir. S'agissant de l'État associé, les Constitutions des territoires étudiés démontrent le recours aux mécanismes classiques de la supériorité de la norme suprême, qui s'étend également au droit issu de l'État partenaire avec lequel il entretient des rapports privilégiés. Le choix d'une norme suprême écrite témoigne de la volonté de ces États d'inscrire au sein du marbre constitutionnel l'avènement d'un nouveau destin dont les rappels historiques et identitaires agissent comme des symboles fraternisant.

Dans sa fonction spécifique, la Constitution des États associés régit les règles de l'association. Si bien que pour Mme Havard, cette Constitution prend l'appellation de « Constitution associative » qui « *incarne simultanément l'autonomie de l'État associé et son lien privilégié avec l'État partenaire* »⁹. Un lien si privilégié qu'il assure à l'État partenaire une participation à l'exercice du pouvoir constituant. Mais en réglant les règles de l'association, cette Constitution associative, s'hybride pour s'assimiler en partie à un traité entre les deux États suivant les règles classiques du droit international.

Par l'instauration d'une Constitution, l'État associé se comporte comme un véritable État. De manière singulière, les États nouveaux s'inspirent des Constitutions d'autres États. Les États associés du Pacifique sud ne dérogent pas à cette particularité. Selon Mme Havard, l'inspiration va plus loin, puisque l'État partenaire participe à l'exercice du pouvoir constituant. Une telle pratique peut sembler paradoxale, tant il est constant que l'exercice du pouvoir constituant représente la part irréductible de la souveraineté. N'aurait-il pas été plus pertinent de parler de « mimétisme constitutionnel » ou de participation au pouvoir « pré-constituant » par l'État partenaire ? Car en définitive, la participation de l'État

⁹ HAVARD (L.), *op. cit.*, p. 413

partenaire au processus constituant de l'État associé se caractérise bien souvent par son influence dans la rédaction de la Constitution à venir.

Conclusion générale – Un voyage qui en cache un autre ?

L'État associé existe ! Bien loin du modèle abstrait de l'État-nation, l'État associé est une variante pratique de l'État post-moderne. Pensé et créé pour des territoires exigus qui ne peuvent lutter contre la mondialisation et les grandes puissances étatiques continentales, le modèle de l'État associé permet l'existence et la reconnaissance en tant qu'État de certains territoires, qui souhaitent être reconnus en tant que tel. Encore marginal, le modèle de l'État associé participe de ce mouvement perpétuel de recombinaison et de décomposition de l'État.

En définitive, la thèse de Mme Havard est riche d'enseignements tant sur le fond par la mise en exergue du concept novateur qu'est « l'État associé », que sur la forme. Par sa maîtrise du droit étranger et des concepts issus de la doctrine française et étrangère, l'auteur a su mettre en lumière un continent jusque-là *invisible*¹⁰. Par sa maîtrise de la rhétorique, Mme Havard s'est livrée à un exercice de style tout à fait édifiant : *une thèse dans la thèse*. Selon une mise en abyme subtile, l'auteur propose un modèle pour un archipel français du Pacifique dont le destin institutionnel est scruté par les constitutionnalistes : la Nouvelle-Calédonie. Assurément, les travaux de Mme Havard constituent une alternative¹¹ à une nouvelle association entre l'*Hexagone* et le *Caillou*, qui permet la conciliation des volontés d'interdépendance entre les deux territoires. En conclusion, le voyage proposé par Mme Havard remplit toutes ses promesses et plus encore tant par sa portée théorique novatrice que par son intérêt pratique certain.

¹⁰ Le CLEZIO (J.-M.), *Raga, approche du continent invisible*, Seuil, 2006

¹¹ L'hypothèse de « l'association » est évoquée dans le rapport sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie rendu au Premier ministre en 2011 : COURTIAL (J.) et MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 2013.

Jurisprudence commentée

Chronique de la jurisprudence judiciaire de la région Océan Indien

Sous la direction de ROMAIN LOIR,

Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion (HDR),

Co-directeur du Master II droit des affaires

1. Obligations & Contrats spéciaux

1.1. DROIT COMMUN DU CONTRAT

1.1.1 La formation du contrat

Réticence dolosive – Conditions – Obligation d'information

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, chambre commerciale, 11 avril 2018, n° 16/01981

La réticence dolosive suppose que soit établi le silence volontairement gardé par l'un des contractants sur une information déterminante du consentement de la victime.

En l'espèce, une SARL, exploitante d'un commerce de proximité, a conclu un contrat de vente de marchandises avec un importateur-distributeur. Un litige est né entre les parties à la suite du non-paiement des sommes dues.

Devant la juridiction d'appel, la SARL demande la nullité du contrat sur le fondement du dol. Elle soutient que le vendeur lui a livré à son insu des produits d'une marque bas de gamme. Elle lui reproche d'avoir dissimulé le fait qu'ils ont été fabriqués exclusivement pour un réseau de distribution dédié et qu'ils ne pouvaient être commercialisés en dehors de celui-ci.

Les juges du fond écartent, par une motivation succincte, la demande en nullité du contrat en application de l'article 1116 ancien du Code civil (devenu 1137 depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). Selon eux, aucun

élément ne permet d'établir que le vendeur a intentionnellement dissimulé des informations à la SARL dans le but de surprendre son consentement.

Il appartient à la victime supposée de rapporter la preuve des éléments constitutifs du dol par réticence. Néanmoins, elle est dispensée de prouver le manquement à l'obligation d'information qui pèse sur son cocontractant (LEVENEUR (L.), « Nullité pour réticence : sur qui pèse la charge de la preuve ? », CCC, n°10, 2002, comm. 135). Le vendeur professionnel est tenu d'informer l'acheteur sur le bien vendu. Il lui incombe, en effet, de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information (Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, Bull. civ. I, n°132 ; MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Mais une nouvelle avancée probatoire pour l'acheteur déçu, à mi-chemin entre l'obligation de renseignement et la réticence dolosive », RTD Civ. 2003, p. 84 ; MESTRE (J.), « Quand réticence dolosive, obligation d'information et obligation de bonne foi se conjuguent pour conduire à l'annulation d'une révocation mutuelle et à la décharge d'une caution », RTD Civ. 2005, p. 590). Toutefois, en présence d'un acheteur professionnel, en mesure de s'informer lui-même sur le bien vendu, l'obligation d'information du vendeur est allégée, voire inexistante. (PIGNARRE (G.), « L'obligation de s'informer de l'acheteur professionnel », D. 2002, p. 1003). De surcroît, le manquement à l'obligation d'information, à le supposer établi, est insuffisant à entraîner l'annulation du contrat pour réticence dolosive. La victime doit démontrer que le silence gardé par son cocontractant était intentionnel et que l'information en cause était déterminante de son consentement (Com. 28 juin 2005, RTD civ. 2005. 591). Dans cette espèce, les juges rejettent la nullité du contrat pour réticence dolosive selon plusieurs motifs. Le vendeur a effectivement rapporté la preuve qu'il avait informé la SARL de la marque des produits livrés. Il a également établi qu'il était autorisé à les distribuer à La Réunion. Au demeurant, la SARL ne démontre par aucun fait l'impossibilité de commercialiser les produits en dehors du réseau de distribution dédié. De sorte, qu'aucune obligation d'information ne pesait sur le vendeur. Sans pour autant rechercher si en sa qualité d'acheteur professionnel la SARL était en mesure de s'informer seule sur les caractéristiques des produits.

La réticence dolosive est désormais consacrée en droit commun comme vice du consentement par l'ordonnance de réforme du droit des contrats de 2016. Elle n'est plus subordonnée à la violation d'une obligation d'information (Rapport 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 ; MAZEAUD (D.), « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, p. 912, n°13). Il suffit d'établir que le contractant avait connaissance d'une information dont il savait le caractère déterminant pour l'autre partie (DISSAUX (N.), Rép. Civ. Dalloz, v° *Contrat*, 2017, n°144). Le texte fait prévaloir l'élément intentionnel de la réticence dolosive (CHENEDE (F.), « La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres », AJ Contrat, 2018, p. 25, n°4). Qu'importe le degré de connaissance de la victime, l'erreur qui

en résulte est toujours excusable (MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », D. 2018, p. 900, n°23). Cette « nouvelle obligation d'information implicite » s'inscrit dans un champ plus large que celui du devoir d'information (GRIMALDI (C.), « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », D. 2016, p. 1009, n°3). Néanmoins, à l'instar de l'obligation générale d'information consacrée à l'article 1112-1 du Code civil, la réticence dolosive n'est pas constituée en cas d'erreur sur l'estimation de la valeur de la prestation (Loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

Julie De-Lamothe

Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

1.2. RESPONSABILITÉ CIVILE

1.2.6 Responsabilité du notaire

**Notaire – Devoir de conseil – Purge de l'hypothèque
Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, Chambre civile, 23 Février 2018 - n° 16/00379**

En raison de sa fonction et de son statut d'officier public, le notaire est tenu d'une obligation principale d'assurer la validité et la sécurité des actes authentiques qu'il reçoit. Depuis 1966, la jurisprudence est constante sur ce point (Cass.civ.1ère, 11 octobre 1966, D. 1967.209, note Ancel, JCP N 1966. II. 14703, « *le notaire est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui* ».) En complément de cette obligation, le notaire est également astreint à un devoir particulier de conseil (v. Cass. 21 juillet 1921, D. 1925. 1. 29, « *les notaires institués pour donner aux conventions des parties les formes légales et l'authenticité qui en est la conséquence, ont également pour mission de renseigner les clients sur les conséquences des engagements qu'ils contractent* »). Le problème étant qu'il n'existe pas de définition légale de ce devoir de conseil. Par conséquent, les tribunaux ont tendance à accroître le contenu, mais aussi la portée de ce devoir qui par sa souplesse a pris aujourd'hui une importance considérable dans le cadre de la fonction notariale.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saint-Denis, en la matière, est à la fois, une nouvelle illustration de ce contentieux devenu récurrent, mais aussi une confirmation de l'étendue grandissante de ce devoir.

En l'espèce, un notaire avait été mandaté par une SNC et sa banque dans le but de purger une hypothèque portant sur une parcelle destinée à la vente. Or, en dépit du mandat qui lui avait été confié dans le but de purger cette hypothèque, le notaire l'avait renouvelée. Entre temps, le notaire avait authentifié la vente de ladite parcelle. Quelque temps plus tard, souhaitant revendre le terrain acquis, l'acheteur constate avec stupeur que l'hypothèque grevant l'immeuble n'a pas été purgée. L'acquéreur se retrouvait alors dans une situation délicate puisqu'il ne lui était pas permis de revendre le bien sans désintéresser auparavant la banque créancière. Il assigne la SNC vendeuse et le notaire pour, tout justement, manquement à son devoir de conseil et à son obligation d'assurer la validité et l'efficacité des actes qu'il instrumente. Le notaire, de son côté, fait valoir qu'il n'avait pas exécuté le mandat, ayant été déchargé par la banque. De plus, une clause de l'acte de vente stipulait que l'acquéreur avait payé comptant le prix en dehors de la comptabilité du notaire. La Cour d'appel de Saint-Denis, confirmant la tendance jurisprudentielle, juge cependant que si le notaire n'était certes plus mandaté quant à la purge de l'hypothèque, il restait tenu à l'égard de l'acquéreur d'une double obligation : celle d'assurer la validité et la sécurité de l'acte de vente instrumenté et celle d'informer et de conseiller l'acheteur sur l'incohérence de l'acte, tout en relevant, notamment, la contradiction qui existait entre le fait qu'il n'était plus mandaté pour la purge de l'hypothèque et le risque qu'encourait l'acheteur. Le notaire avait donc commis aux yeux de la cour une faute aggravée. En raison de son obligation principale de veiller à la validité des actes qu'il instrumente, le notaire est inévitablement tenu d'une obligation de conseil renforcée (v. par exemple, Cass.civ.1ère, 29 juin 2016, no 15-15.683, Dalloz actualité, 12 juillet 2016, obs. Kilgus). Il doit, par conséquent, conseiller même si rien ne lui est demandé et même si le contrat est déjà parfait entre les parties. En l'espèce, il est surtout reproché au notaire de ne pas avoir souligné la contradiction entre les termes du mandat donné par la banque créancière et la constatation du paiement intégral hors de sa vue. Et ce défaut d'information avait conduit l'acheteur à légitimement croire que la purge de l'hypothèque avait eu lieu tel qu'annoncé dans l'acte de vente. En d'autres termes, même si le notaire se retrouvait mis à l'écart par une clause et n'avait plus de maîtrise sur l'efficacité de l'acte, il devait toutefois veiller aux droits des parties en les conseillant activement. Impératif dans son principe, le devoir du conseil du notaire est, en tout état de cause, apprécié de manière rigide et avec une sévérité croissante.

Isabelle Boismery

Doctorante en droit privé à l'Université de la Réunion

1.4 CONTRATS SPÉCIAUX

1.4.6 Autres contrats

Cautionnement – Prescription – Déchéance

Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 12 janvier 2018, n° 15/01777

Ayant pour assiette un droit de gage général, le cautionnement n'est pas un acte anodin. Le législateur contemporain l'a donc entouré, dans une optique protectrice, d'un rigoureux formalisme informatif dont la sanction a suscité, ces dernières années, un abondant contentieux que les juridictions s'efforcent de tarir. La multiplication et l'enchevêtrement des textes ne leur facilitent cependant pas la tâche. Un arrêt du 12 janvier 2018 atteste de ces difficultés.

Le 23 septembre 2003, le gérant d'une société se porte caution solidaire, dans la limite de 10 000 euros, de l'ouverture de crédit consentie à celle-ci par un établissement bancaire. Six ans plus tard, le créancier dénonce le contrat principal avant de mettre le débiteur ainsi que son garant en demeure de lui rembourser certaines sommes. À défaut d'obtenir satisfaction auprès de la personne morale, qui conteste sa créance devant un tribunal mixte de commerce, il assigne son représentant devant le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre en exécution du cautionnement. Après que la première juridiction a condamné l'entreprise au paiement de ses dettes, la seconde a cependant fait échec aux demandes formulées à l'encontre du fidéjusseur. Elle relève en effet que l'établissement de crédit a méconnu ab initio les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier qui l'oblige, notamment, à informer annuellement la caution du montant du principal et des accessoires de l'obligation garantie. Elle le déchoit, ce faisant, de l'intégralité de ses intérêts. Or, le montant de ces derniers se compense entièrement avec celui dont il réclame le paiement.

Interjetant appel, le créancier invoque, à titre principal la prescription de la créance de la caution qui ne porterait, au demeurant, que sur les intérêts conventionnels et non légaux. Il soutient, à titre subsidiaire, que la déchéance ne peut valoir que pour les intérêts rémunératoires perçus de novembre 2006 à juin 2013 dans la mesure où les relevés du compte courant professionnel pour lequel l'ouverture de crédit a été consentie font état, jusqu'au 30 novembre 2006, d'un solde positif. Il réclame par ailleurs le paiement de sommes qu'il estime lui rester dues.

Le jugement de première instance est pourtant confirmé au motif que « la déchéance sanctionnant l'inexécution de l'obligation d'information prend effet à la date où l'information aurait dû être donnée pour la première fois et elle n'est pas

subordonnée à la demande de la caution, contrairement à celle prévue par l'article L312-33 du code de la consommation qui sanctionne le non-respect du formalisme prévu par les articles L 312-7 à L 312-14 du code de la consommation et qui dans ce cas, se prescrit par 10 ans ». Or, l'appelante n'est pas en mesure d'apporter la preuve qu'elle s'est acquittée un jour de son obligation d'information et sa dette, qui a pris naissance en 2003, ne s'est pas encore éteinte. S'imputant sur le capital, cette somme compense celle dont la caution est redevable.

L'arrêt litigieux soulève peu de problèmes quant au fait de savoir si la déchéance atteint seulement les intérêts conventionnels. Le créancier optait pour une analyse voulant que le remède de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne s'étende pas aux intérêts moratoires. La décision, n'évoquant que les intérêts rémunératoires abonde, implicitement, en ce sens. Elle est, en conséquence, fidèle à la volonté des magistrats du Quai de l'Horloge (Civ. 1re, 9 déc. 1997, 95-19940 : Bull. civ. I, n° 359 ; D. 1998. IR 27 ; D. Affaires 1998, p. 148, obs. X. D. – Com., 20 mai 1997, n° 95-12482 et n° 95-13513 : Bull. civ. IV, n° 152 ; JCP G 1997, IV, 1433. – 18 mars 2003, n° 00-17761 : Bull. civ. I, n° 84 ; CCC 2003, n° 97, obs. G. Raymond ; D. 2003, p. 1036, note C. Rondey ; LPA 8 déc. 2003, p. 6, obs. G. Paisant ; RDC 2003, p. 95, obs. M. Bruschi ; RTD com. 2003, p. 554, obs. D. Legeais).

Son intérêt tient plutôt à l'étude comparative des divers régimes rattachés à la notion de déchéance. Après avoir jugé que celle-ci n'était pas assimilable à la nullité (Civ. 1re, 2 juill. 1996, no 94-17530 : Bull. civ. I, no 283 ; D. 1997, p. 183 ; LPA 2 avr. 1997, p. 16, note A. Rieubernet), les juridictions se sont en effet évertuées à préciser les modalités de sa mise en œuvre. Or, les règles de procédure qu'elles ont instaurées varient le texte invoqué. Le présent litige donne l'occasion de confronter l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, applicable aux cautionnements consentis par une personne physique à un établissement financier à l'article L. 312-33 du Code de la consommation, spécifique à certaines offres de contrat (crédit immobilier, location-vente, location assortie d'une promesse de vente). L'un impose, notamment, d'informer chaque année la caution du montant des sommes encore dues par le débiteur principal. L'autre vise à assurer le respect d'un formalisme propre à la conclusion des conventions qu'il inclut dans son domaine.

Selon les magistrats de la rue Juliette-Dodu, la déchéance prévue par la législation consumériste est subordonnée à une demande de la caution. Celle-ci, ayant pour objet de sanctionner une obligation née d'une relation impliquant un établissement de crédit, relève de la catégorie des actes soumis au délai de prescription de l'article L. 110-4 du Code de commerce (Civ. 1re, 30 sept. 1997, 96-04005 : Bull. civ. I, n° 262 ; D. Affaires 1997, p. 1247 ; Banque 1997, p. 92, obs. J.-L. Guillot ; Gaz. Pal. 1998, somm. 17, obs. S. Piedelièvre. – Civ. 1re,

4 mai 1999, no 97-04119 : Bull. civ. I, no 150 ; D. Affaires 1999, p. 934, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 1999, no 150, obs. G. Raymond. – Le délai de prescription est passé de dix à cinq ans à l’occasion de la réforme intervenue à la faveur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008). Il en allait ainsi, jusque récemment, que le remède soit invoqué par voie d’action ou d’exception (Civ. 1re, 3 juill. 2013, n° 12-12350 : LEDB juill. 2013, n° 107, p. 2, obs. J. Lasserre Capdeville). A contrario, celui consacré par le Code monétaire et financier opérerait de plein droit. Cette différence pourrait puiser sa source dans la lettre même des lois : la première fait de la déchéance du droit aux intérêts une simple possibilité tandis que la seconde n’offre au juge, à première vue, aucun pouvoir d’appréciation. La conclusion à laquelle parvient la cour d’appel n’est pourtant pas celle de la Cour de cassation (Civ. 1re, 9 nov. 2004, n° 01-03772 : Bull. civ. I, n° 252 ; JCP G 2005, I, 135, n° 3, obs. P. Simler ; D. 2004, p. 3135. – Com., 20 juin 2006, n° 04-16238 : Bull. civ. IV, n° 148 ; D. 2006, p. 1886 ; RD banc. fin. 2006, comm. 195, obs. A. Cerles). Il sera relevé, à sa décharge, que la jurisprudence de cette dernière n’est pas limpide. D’un côté, il est permis de croire que la solution trouve son fondement dans le principe dispositif. Ainsi, rien ne s’opposerait à l’automaticité du mécanisme mais encore faudrait-il, en cas de litige, faire valoir cette prétention devant le juge, qui ne pourrait statuer *ultra petita* (V. Avena-Robardet, obs. sur Com., 20 juin 2006, D. 2006, p. 1886. – M. Mignot, note sous Com., 6 juin 2018, Gaz. Pal. 2018, n° 25, p. 19). D’un autre côté, la déchéance pourrait être subordonnée à un acte unilatéral de volonté. En tout état de cause, une demande en justice serait nécessaire (M. Mignot, note sous Com., 6 juin 2018, préc., qui évoque l’hypothèse sans pour autant y adhérer). À bien y réfléchir, la décision des juges réunionnais ne s’accorde avec aucune des deux interprétations. En l’occurrence, la perte du droit aux intérêts était au cœur des débats du procès. Les magistrats ne pouvaient donc guère se référer, pour débouter l’appelante de ses requêtes, à la règle voulant que les parties définissent l’objet du litige. Ensuite, en ce qui concerne ce dernier, il sera relevé que l’établissement de crédit faisait valoir la prescription de « la demande de déchéance ». Tel n’aurait pu être le cas s’il avait cru que le mécanisme opérait par le seul effet de la loi puisque ses conséquences se seraient, en toute logique, déjà manifestées. La cour d’appel n’aurait fait que le constater. Dans ces conditions, il y a lieu de penser que l’arrêt commenté encourrait la cassation si un pourvoi était formé. Ce serait oublier pourtant que la Cour de cassation a récemment exclu que la caution assignée en exécution de son obligation de règlement soit contrainte d’exciper la déchéance en respectant le délai de la prescription commerciale. La Chambre commerciale, à tout le moins, considère désormais, que « la prétention [...] fondée sur le défaut d’information annuelle de la caution, laquelle [tend] seulement au rejet de la demande en paiement des intérêts au taux contractuel formée par la banque à son encontre, constitu[e] un moyen de défense au fond, sur lequel la prescription est sans incidence » (Com., 6 juin 2018, no 17-10103 P : Dalloz actualité, 4 juill.

2018, obs. J.-D. Pellier ; JCP E 2018, no 1356). Il reste à savoir si la Première Chambre civile s'alignera sur elle.

Il serait bon d'apporter une réponse à cette interrogation avant que le droit des sûretés ne soit réformé. L'Association Henri Capitant a en effet présenté, en 2017, un avant-projet qui transpose les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier à tous les cautionnements conclus entre un créancier professionnel et une personne physique (Association Henri Capitant, Avant-projet de réforme du droit des sûretés, 2017, art. 2303 (disponible en ligne : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-s>).

Laura Varaine

Docteur en droit privé de l'Université de la Réunion

Chronique de la jurisprudence administrative de la région Océan Indien

Sous la direction de SAFIA CAZET,

Maître de conférences HDR en Droit public à l'Université de La Réunion

10.1. COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Extension d'un cimetière – Autorisation préfectorale - Enquête publique – Jurisprudence *Danthony* – Information des habitants

Tribunal administratif de La Réunion, 29 septembre 2017, *Mme Maillot et autres*, req. n° 1500776, 1500778

Fleur DARGENT, Post-doctorante en droit à l'Université de La Réunion

Dans ses *Antimémoires*, André Malraux expliquait que « *Toute civilisation est hantée, visiblement ou invisiblement, par ce qu'elle pense de la mort* ». Le jugement du tribunal administratif du 29 septembre 2017 témoigne de la crispation que peut entraîner une procédure d'extension d'un cimetière lorsque des habitations se trouvent à sa proximité immédiate.

En l'espèce, par trois délibérations en octobre 2012, le conseil municipal de Saint-Philippe a approuvé le projet d'extension du cimetière communal et a autorisé le maire à solliciter l'autorisation préfectorale requise par l'article L. 2223-1 du code général des collectivités territoriales, laquelle a été obtenue le 5 septembre 2013. L'enquête publique, qui s'est déroulée du 23 septembre au 22 octobre 2013, a donné lieu à un avis favorable du commissaire enquêteur, conduisant le préfet à autoriser la commune, par arrêté du 4 mars 2014, à procéder à l'extension du cimetière. Après que les travaux ont été lancés, le maire a concédé quelques modifications au projet, à la suite d'une réunion de médiation provoquée par l'opposition de riverains. Des riverains ont déposé deux requêtes contre l'arrêté préfectoral du 4 mars 2014 ainsi que contre les décisions du maire relatives au lancement des travaux.

Le tribunal administratif rappelle que l'article L. 2223-1 du CGCT prévoit que la création, l'agrandissement et la translation d'un cimetière sont décidés par le conseil municipal, mais que dans les communes urbaines et à l'intérieur des périmètres d'agglomération, un arrêté du représentant de l'État doit être pris après enquête publique, réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement. Il convient donc de distinguer les cas dans lesquels les communes sont totalement libres et ceux dans lesquels un arrêté du préfet est requis. Il ressort des dispositions de l'article précité que les communes urbaines peuvent

décider librement de la création et de l'agrandissement d'un cimetière à l'extérieur du périmètre de l'agglomération¹, ou lorsque le cimetière est situé dans ce périmètre, mais à plus de 35 mètres des habitations². En revanche, comme c'était le cas en l'espèce, lorsque le cimetière se trouve dans le périmètre d'agglomération ou à moins de 35 mètres des habitations, l'autorisation préfectorale est nécessaire après enquête publique, aux termes de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi Grenelle II³. Ce sont désormais les articles L. 123-1 à L. 123-19 du code de l'environnement qui s'appliquent dans leur rédaction issue de cette loi, et les articles R. 123-1 à R. 123-27 du même code, dans leur rédaction issue de l'article 2 du décret 29 décembre 2011⁴.

Énumérant les modalités de publication et d'affichage de cette enquête publique, le tribunal administratif rappelle que « la méconnaissance de ces dispositions n'est de nature à vicier la procédure et donc à entraîner l'illégalité de la décision prise à l'issue de l'enquête publique que si elle n'a pas permis une bonne information de l'ensemble des personnes intéressées par l'opération ou si elle a été de nature à exercer une influence sur les résultats de l'enquête et, par suite, sur la décision de l'autorité administrative ». On trouve ici une application désormais classique de la célèbre jurisprudence *Danthony*⁵, le considérant proposant une rédaction un peu modifiée pour correspondre à la matière concernée. Si l'arrêt précité évoquait un vice susceptible d'entraîner l'annulation d'une décision seulement lorsqu'il a exercé « une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie », le jugement commenté évoque « les personnes intéressées par l'opération » et « les résultats de l'enquête ». Depuis plusieurs années maintenant, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser l'applicabilité de cette jurisprudence aux différentes étapes de la procédure d'enquête publique⁶. Celle-ci n'est d'ailleurs pas la seule concernée par la généralisation de cette jurisprudence *Danthony* qui a vocation à s'appliquer à une grande partie des procédures administratives préalables, afin de faire échec « aux moyens tatillons qui relèvent bien souvent de la stratégie contentieuse, consistant à

¹ Le périmètre d'agglomération peut être défini comme « les périmètres extérieurs des constructions groupées ou des enclos qu'ils joignent immédiatement » (CE, 23 décembre 1887, Toret).

² L'habitation est juridiquement définie comme « tout bâtiment dans lequel se rencontre le fait de la présence habituelle, quoique non permanente, de l'homme » (Crim., 10 juillet 1863).

³ V. Guide juridique relatif à la législation funéraire à l'attention des collectivités territoriales, juillet 2017, p. 66 et s.

⁴ Décret n°2011-2018 du 29 décembre 2011 portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement.

⁵ CE, 23 décembre 2011, *Danthony*, req. n° 335033.

⁶ CE, 3 juin 2013, *Commune de Noisy-le-Grand*, req. n° 345174.

rechercher la moindre irrégularité de forme pour obtenir une annulation, au détriment d'une appréciation du fond »⁷.

En l'espèce, l'avis d'enquête a été publié au moins quinze jours avant le début de l'enquête dans deux journaux de presse écrite de l'île de La Réunion, ainsi qu'à la mairie de Saint-Philippe et en plusieurs points de la commune, conformément aux dispositions du code de l'environnement. En outre, le projet d'extension du cimetière avait déjà été évoqué lors de plusieurs réunions publiques. Aucun vice n'a affecté l'information des habitants de la commune de Saint-Philippe, le tribunal administratif n'a donc pas eu à faire d'application positive de la jurisprudence Danthony.

Le tribunal administratif rejette également les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté préfectoral du 4 mars 2014 selon lesquelles l'emplacement du site cinéraire n'aurait pas été défini dans le cadre de l'extension du cimetière. Rappelons que l'article L. 2223-40 du CGCT prévoit un monopole communal pour la création de tels sites et que l'article L. 2223-1 du même code impose que dans les communes de plus de 2000 habitants et plus, le cimetière communal comporte au moins un site cinéraire destiné à accueillir les cendres des personnes décédées dont le corps a donné lieu à crémation. Toutefois en l'espèce, le tribunal note qu'une réflexion a déjà été engagée aux fins d'installer un colombarium ou un jardin du souvenir après la réalisation des travaux d'extension. Dès lors que l'arrêté du 4 mars 2014 n'a ni pour objet ni pour effet de permettre à la commune de Saint-Philippe de se soustraire à ses obligations relatives aux sites cinéraires, le fait qu'il ne mentionne pas un tel site est sans incidence sur sa légalité.

Concernant les conclusions dirigées contre les décisions du maire, le tribunal rappelle que le projet d'extension a été approuvé par trois délibérations les 2 février, 7 juin et 30 octobre 2012 avant de faire l'objet d'une autorisation préfectorale le 4 mars 2014. Les requérants soutiennent toutefois que le maire de Saint-Philippe aurait dû solliciter une nouvelle autorisation dès lors que l'économie générale du projet a été modifiée à la suite de modifications consenties en juillet 2015. En effet, le maire a tenu compte de l'opposition des riverains et, à la suite d'une réunion de médiation, il a été décidé que l'emprise de l'extension serait réduite, que le mur de clôture serait rehaussé et que haie végétale serait implantée. Nonobstant ces modifications, le tribunal administratif considère que l'économie générale de l'extension n'a pas été modifiée et que, partant, une nouvelle autorisation préfectorale n'était pas nécessaire. Il écarte donc les moyens tirés de l'incompétence

⁷ L. SANTONI, « Application de la jurisprudence « Danthony » à la révision d'un plan local d'urbanisme », *Constr.-Urb.* 2013, comm. 130 ; CE, 27 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c/MM. Lavat, Baud-Ponsard, Ascheris et Blanchard*, req. n° 382502 ; CE, 23 octobre 2015, *Commune de Maisons-Laffitte et autres*, req. n° 375814, 375836, 375837, 375924, 375993, 381895, 381897.

de l'auteur des décisions prises lors du lancement et de l'exécution des travaux et de l'irrégularité de la procédure.

Le guide édité à destination des collectivités territoriales rappelle que « depuis plusieurs années, le législateur a initié une importante réforme du droit funéraire, afin de le simplifier et l'adapter aux évolutions que connaît la pratique funéraire ». Pour sa part, le contentieux en matière de création, d'extension ou de translation de cimetières ne fait pas l'objet d'innovations particulières et suit l'évolution classique du contentieux administratif relatif aux procédures préalables.

Collectivité, scission de commune, procédure administrative préalable, comité technique paritaire, exigence constitutionnelle de clarté et de loyauté, enquête publique, changement de circonstance de fait, consultation locale.

Tribunal administratif de La Réunion, 7 décembre 2017, req. n^{os} 1700424, 1700611

Josselin RIO, Doctorant en droit public à l'Université de La Réunion

La décentralisation du territoire français n'est pas un phénomène figé. Le nombre et les frontières des collectivités créées sont susceptibles de modifications. Si la décision finale appartient à l'État⁸, les collectivités et leurs ressortissants ont un rôle important à jouer dans la procédure. La décision commentée offre l'exemple d'une scission de commune en deux collectivités. La procédure comporte de nombreuses étapes : une enquête publique doit précéder la tenue d'une commission où sont élus des membres du Conseil municipal. Ce dernier, après consultation d'un comité technique paritaire⁹, donne son avis sur le projet¹⁰.

Le préfet de La Réunion a accepté, par un arrêté du 16 mars 2017, le détachement d'une portion du territoire de la commune de Saint-Louis aboutissant à la création d'une vingt-cinquième commune à La Réunion : « La Rivière ». Cet arrêté a été attaqué au tribunal administratif de La Réunion par des requêtes dont les solutions sont jointes dans la décision que celui-ci a rendue le 7 décembre 2017.

L'important délai, qui sépare l'arrêté attaqué d'une consultation des électeurs de 2009 et d'une enquête publique de 2013, n'est pas expliqué ou débattu dans la présente décision. La procédure encadrant la modification du territoire d'une commune ne semble pas prévoir de délai maximum dans lequel réaliser une telle opération. En revanche, cet important écart temporel va être à l'origine d'un vice de forme de même que l'absence de consultation d'un comité technique paritaire.

⁸ Article L.2112-5 du CGCT.

⁹ Article 33 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

¹⁰ Article L.2112-2 à -4 du CGCT.

Un vice de forme dans la procédure de scission d'une Commune peut-il entacher la légalité de l'arrêté préfectoral ?

Le juge administratif répond par l'affirmative en rappelant dans son considérant 3 la portée de la jurisprudence *Danthonny* du Conseil d'État¹¹ : « *un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a privé les intéressés d'une garantie ou qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise* ». Les procédures facultatives ou obligatoires, peu importent leurs portées consultatives, ont les mêmes potentialités quant à la légalité de l'acte qu'elles contribuent à créer. L'arrêté en cause est déclaré illégal au regard du non-respect d'une procédure administrative préalable obligatoire : la consultation d'un comité technique paritaire n'a pas été effectuée. Ce vice de procédure priverait les travailleurs de la Commune d'une garantie de participation « *à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* »¹². Cependant, le juge évoque au préalable l'existence d'un vice de procédure administrative quant à l'expression de la population de la commune au travers de la consultation puis de l'enquête publique. La dégradation de la situation financière de la commune de Saint Louis, postérieure à ces expressions, fonderait une atteinte à l'exigence constitutionnelle de clarté de l'expression des populations. Mais, le juge n'en tire pas toutes les conclusions et préfère imputer l'illégalité de l'acte à l'absence de consultation préalable d'un comité technique paritaire.

La théorie de l'économie de moyen n'explique pas pourquoi le juge a opéré une digression sur la clarté de l'expression de la population sur la scission. A-t-il fait preuve de pédagogie dans l'optique d'éclairer les décisions politiques à venir ? C'est une possibilité qui tend à disparaître au regard des développements qui vont suivre. Ces derniers soulignent que le juge aurait pu sauver le projet de scission communale d'un retour à la case départ par une simple modulation des effets de sa décision dans le temps. L'absence d'une garantie de participation du personnel communal à la scission apparaît alors comme un vice de forme suffisant, mais réparable (I).

Le juge n'a pas souhaité opérer cette réparation en raison de la présence d'un deuxième vice de procédure. La « *modification substantielle des circonstances de fait affectant l'économie générale du projet* »¹³ aurait porté atteinte à la clarté de la consultation de la population communale. Le juge fait ici référence à une conception

¹¹ Deux arrêts du Conseil d'État (l'un d'assemblée, l'autre de section) du 23 décembre 2011, *Danthonny et autres*.

¹² Tribunal administratif de La Réunion, n^{os} 1700424, 1700611, cons. 7.

¹³ *Ibid.*, cons. 5.

particulière de la clarté : le projet aurait été modifié par le changement de circonstance de fait. Cependant, la décision de scission est toujours la même et a toujours les mêmes conséquences institutionnelles. La procédure n'impose pas l'identité de contexte entre la consultation et la décision administrative si bien qu'aucun délai maximum n'est prévu entre ces deux étapes comme énoncé précédemment. Cette évolution du contexte a uniquement porté atteinte à la garantie de clarté d'expression de la population concernée sans la priver purement et simplement d'une telle garantie. Le second vice de procédure était donc irréparable, incurable, mais insuffisant pour entacher d'illégalité l'arrêté (II).

Le juge refuse alors sa souplesse au premier vice pour servir la sanction nécessaire du deuxième.

I.- L'absence d'une garantie de participation du personnel communal à la scission : un vice de forme dirimant et réparable

Le préambule de la Constitution de 1946 obtient valeur constitutionnelle en intégrant le « bloc de constitutionnalité créé par la célèbre décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel¹⁴. Bien avant son voisin du palais royal, le Conseil d'État faisait application du préambule de la Constitution de 1946 dans le contrôle des actes administratifs¹⁵. Le juge administratif réunionnais est par ailleurs habitué à interpréter la Constitution notamment en ce qui concerne le droit des collectivités¹⁶. L'utilisation de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 va permettre au juge administratif de constater que l'absence de consultation du comité technique paritaire entache d'illégalité l'arrêté préfectoral.

L'absence de participation du personnel communal à la procédure de scission prive ces derniers d'une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony*. L'absence de cette garantie si elle constitue un obstacle incontournable à la légalité de l'arrêté est cependant critiquable au regard de l'ensemble de la procédure. Cette garantie aurait pu être constatée dans d'autres étapes de la procédure. Le juge qualifie cette absence de garantie au terme d'un raisonnement trop formaliste (A). De plus, le juge aurait pu permettre cette participation par une modulation des effets de sa décision dans le temps (B).

A.- Une application trop formaliste de la jurisprudence Danthony

Le juge administratif a développé depuis longtemps un raisonnement d'équilibre entre les principes de légalité des actes administratifs et de réalisme. Le

¹⁴ Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹⁵ CE, ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* (sous la IV^{ème} République) et CE, sect., 12 février 1960, *Société Eky* (sous la V^{ème} République).

¹⁶ CE, sect., 28 février 1997, *Commune du Port*.

principe de légalité ne doit pas conduire à censurer en permanence n'importe quelle irrégularité d'une procédure¹⁷. Ces dernières tendant à se complexifier et à associer de plus en plus d'acteurs il est alors pertinent pour le juge administratif de ne censurer que les irrégularités susceptibles d'avoir une conséquence sur la décision.

Les arrêts *Danthony et autres* fixent ce principe pour compléter l'œuvre partielle du législateur qui n'avait figé cet équilibre qu'en ce qui concerne les procédures obligatoires.

En l'espèce, l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984¹⁸ prévoyait, selon le juge, la consultation d'un comité technique paritaire et constituait donc une procédure administrative préalable obligatoire.

L'irrégularité d'une procédure, après conciliation des principes de légalité et de réalisme, ne peut entacher d'illégalité l'acte administratif qui en découle qu'à deux conditions rappelées par le juge dans son considérant de principe précité (considérant 3 de la décision commentée). L'irrégularité doit alors priver les intéressés d'une garantie ou avoir une influence sur le sens de la décision.

Dans l'arrêt *Danthony*, la non-consultation d'un comité technique paritaire dans la procédure de regroupement d'établissements publics avait privé les représentants du personnel d'une garantie de participation à la détermination collective des conditions de travail que consacre l'alinéa 8 du préambule de 1946. La seule différence avec la décision commentée étant la finalité de la procédure, le juge administratif n'a eu aucun mal à appliquer cet arrêt de principe (considérant 7). Cependant, les différentes étapes de la présente procédure de scission sont susceptibles de questionner la pertinence de cette perte de garantie.

Aucune mention du comité technique paritaire n'est faite dans les articles du CGCT en ce qui concerne la modification des limites d'une commune. Mais, reprenant l'énoncé des alinéas 1 à 4 et 6 de l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984, le juge administratif considère que la décision de scission de la commune va influencer le devenir et les conditions de travail du personnel de la Commune. À ce titre, la consultation d'un comité technique paritaire devait permettre aux représentants du personnel de participer à la décision.

L'absence de recours à cette consultation est jugée suffisante pour priver les employés de la commune d'une participation à la détermination collective des conditions de travail.

¹⁷ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21^e éd., 2017, pp.887-888.

¹⁸ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

L'excès de formalisme du juge découle du fait qu'en aucun cas l'alinéa 8 du préambule de 1946 n'oblige la participation de ces travailleurs de manière autonome et distincte d'autres modes de participations. Aussi, le juge aurait pu rééquilibrer l'exigence de légalité avec le réalisme de la procédure de scission telle qu'elle est prévue d'une part et telle qu'elle a été réalisée en l'espèce d'autre part.

La procédure de scission prend en considération la multitude des domaines concernés par la décision en ce qu'elle impose une enquête publique. Les travailleurs ont alors pu participer et faire remonter leurs appréhensions sur les conditions de travail en lien avec la scission. De plus, une commission élue parmi les membres du conseil municipal donne un avis indépendant de celui du conseil municipal. Les représentants du personnel tout comme n'importe quel employé de la commune aurait pu faire remonter leurs considérations à cette commission. Les directions du personnel étaient également capables de faire remonter au Conseil municipal les principales inquiétudes ou revendications du personnel. Enfin, au-delà de la chaîne hiérarchique classique au sein de la commune, rien n'empêchait les travailleurs comme leurs représentants d'informer directement le conseil municipal avant son avis définitif. Il existe ainsi une multitude de canaux de communication dans lesquels les travailleurs tout comme leurs représentants étaient invités à participer à la décision de scission.

Au-delà de la procédure obligatoire encadrée par les articles L.2112-2 à -4, la Commune a également choisi de demander l'avis de la population par une procédure de consultation.

Les travailleurs et les représentants du personnel avaient alors la possibilité de s'exprimer favorablement ou non sur le devenir du projet. Dans le même sens, les employés de la commune ont également pu prendre en considération le projet de scission au cours des débats et de l'élection communale qui eurent lieu en 2014.

De telles voies de communication étaient certes plus restreintes étant donné le caractère binaire de la réponse (favorable ou non au projet), mais venaient s'ajouter à la procédure obligatoire et renforçaient la participation des employés communaux à la prise de décision et nécessairement en aval à la détermination de leurs conditions de travail.

Le juge refuse de considérer la potentielle expression des travailleurs au travers d'expression d'un corps plus vaste. Le juge semble alors plus formaliste que la jurisprudence et plutôt que de rechercher la substance de la participation des travailleurs se borne à constater son inexistence telle que prévue par une procédure bien spécifique : le comité technique paritaire.

Le vice de procédure administrative préalable est donc suffisant pour le juge qui n'a pas souhaité le réparer par une interprétation plus souple et réaliste ou par une modulation des effets de sa décision dans le temps.

B.- L'absence regrettable d'une modulation des effets de l'illégalité dans le temps

Le juge refuse d'interpréter la garantie de participation des travailleurs au travers d'autres procédures, mais il refuse également de la permettre *a posteriori* afin de régulariser l'ensemble de la procédure. Cela aurait tout à fait été possible en modulant les effets de sa décision dans le temps. On aurait pu s'attendre à voir le juge administratif suspendre l'effet de l'annulation donnant ainsi le temps à la commune de consulter le comité technique paritaire préalablement à une nouvelle délibération. Le juge aurait ainsi pu entièrement réparer la garantie dont étaient privés, selon lui, les travailleurs et représentants du personnel dans la participation à l'élaboration des conditions de travail.

Cela était d'autant plus attendu qu'une telle utilisation de la jurisprudence *AC!*¹⁹ avait été faite dans l'arrêt d'assemblée *Danthy et autres* du 23 décembre 2011.

De plus, dans le domaine des scissions de commune, le tribunal administratif de Rennes a également modulé les effets de sa décision dans le temps pour justement permettre à une commune de consulter préalablement un comité technique paritaire²⁰. La jurisprudence mériterait-elle d'être unifiée ? La commune de Saint-Louis n'a-t-elle pas bénéficié de toute la sympathie et bienveillance du juge administratif ?

Toute l'importance et l'ambiguïté de la décision se révèlent à la lueur de ces questions.

Si l'on observe le considérant 8 de l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État précité, le juge module les effets dans le temps de sa décision parce que les conséquences de l'annulation sont « *manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets* ». Pour l'apprécier, le Conseil avait pris en compte les observations des parties, l'ensemble des moyens, les intérêts privés et publics en présence, les atteintes éventuelles au principe de légalité et de droit à un recours effectif. À côté de la continuité du service public de l'enseignement supérieur et des nombreux actes

¹⁹ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*.

²⁰ Voir en ce sens les décisions du Tribunal administratif de Rennes, 15 mai 2017, *Assoc. SOS Mariage Forcé* req. n° 1601739 et 22 février 2018, *Assoc. SOS Mariage Forcé*, req. n° 1705256, mises en lumière par un mémoire universitaire du Master 2 de droit public à l'Université de La Réunion de Q. GOASDUFF, *L'insertion des scissions communales dans l'organisation territoriale française*, 2018, pp. 61-62.

individuels et contractuels dépendant de l'arrêté de scission, le Conseil avait souligné « *qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli* »²¹.

La différence avec le jugement du tribunal administratif de Rennes et avec l'arrêt d'assemblée précité réside précisément dans l'existence d'un autre moyen soulevé accueilli et utilisé par le juge. Certes il n'était pas suffisant pour emporter l'illégalité de l'acte, mais il constituait un vice de procédure que le report des effets dans le temps de l'annulation ne pouvait pas contribuer à purger : il s'agit de l'atteinte à l'exigence de clarté dans la consultation des populations sur la scission de commune.

Le juge administratif était dans l'impossibilité de rétablir la clarté, la libre expression du consentement d'une population à une décision dont le contexte avait changé.

Il a ainsi fait le choix de renvoyer la commune devant l'obligation de recommencer la procédure de scission afin de ne pas léser la légitimité de celle-ci. Dans le cas contraire, il aurait contribué à la régularisation d'une décision de scission qui aurait souffert d'un consentement biaisé de la population.

II.- La perte d'un libre consentement de la population communal à la scission : un vice de forme insuffisant et incurable

La consultation des électeurs par la commune de Saint Louis intervenue en 2009 est permise par l'article 72-1 al. 3 de la Constitution²² et organisée par la loi du 13 août 2004²³.

Il s'agit d'une simple possibilité pour la collectivité. Cependant, comme énoncé précédemment, l'irrégularité d'une procédure administrative préalable, même facultative, est susceptible d'entacher d'illégalité l'arrêté préfectoral attaqué. Le juge ne précise pas ce point puisqu'il adjoint à l'analyse de la consultation l'enquête publique réalisée en 2013, celle-ci étant obligatoire (article L. 2112-2 du CGCT). La décision analyse les deux procédures simultanément étant données leurs capacités égales à entraîner la perte d'une garantie des intéressés à la décision. L'article L. 134-2 du Code des relations entre le public et l'administration de même que l'article L. 2112-2 du CGCT n'exigent pas un résultat sur le fond de l'enquête publique. Les avis émis et les résultats d'une telle enquête n'engagent pas les auteurs de la décision. En revanche, le juge semble transposer les exigences de la consultation populaire à l'enquête publique (A) pour pallier aux vices résultant de

²¹ CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*.

²² Voir pour plus de précisions le fascicule Dalloz de M. VERPEAUX sur la consultation locale : Chapitre 3 (folio n° 12230), Droits des habitants : référendums locaux et consultations locales, août 2017.

²³ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Voir notamment les articles L.1112-15 et suivants du CGCT.

l'absence de délai maximum encadrant la procédure de scission d'une commune (B).

A.- Une enquête publique soumise à l'exigence de clarté de la consultation

L'exigence constitutionnelle de clarté de l'expression d'une population s'est développée au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux référendaire, puis elle a gagné les procédures de consultations²⁴.

Le juge administratif étend cette exigence à l'enquête publique. Il convient alors d'identifier au sein de la jurisprudence constitutionnelle les enjeux et prescriptions d'une telle exigence de clarté pour en apprécier la réalisation au sein de la jurisprudence administrative.

Dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel parle d'une double exigence de clarté et de loyauté qui impose à celui qui pose la question « *d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications* »²⁵. En l'espèce, le juge constitutionnel avait déclaré contraire à la Constitution une partie de la question portant à confusion en ce qu'elle ne permettait pas une expression sincère de la volonté des électeurs²⁶.

La décision 2000-428 DC vient préciser que la clarté s'applique également au contexte dans lequel est posée la question : celle-ci doit être posée sans incertitude quant à son résultat par la population tant sur le fond que sur la portée consultative ou obligatoire de la consultation²⁷.

L'exigence de clarté et de loyauté de la consultation prend une importance particulière selon le Professeur Roux en ce qu'elle serait le moyen pour les juridictions constitutionnelles de garantir la liberté de choix des citoyens

²⁴ Cons. const. 2 juin 1987, n° 87-226 DC, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de Nouvelle-Calédonie*, cons. 7 ; Cons. const. 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, *Consultation de la population de Mayotte*, cons. 15, Cons. const. 7 déc. 2000, n° 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 44 et Cons. const., 24 mars 2005, n° 2005-31.

²⁵ Cons. const. 2 juin 1987, n° 87-226 DC, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de Nouvelle-Calédonie*, consid. 7. Voir également B. GENEVOIS « [Note sous décision n° 87-226 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, n° III-1987, p. 603.

²⁶ P. AVRIL, J. GICQUEL, « [Note sous décision n° 87-226 DC] », *Pouvoirs*, novembre 1987, n° 43, p. 213.

Voir dans le même sens M.-L., PAVIA, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés », *Revue administrative*, 1988, n° s.n., p. 437.

²⁷ M. VERPEAUX, « [Note sous décision n° 2000-428 DC] », *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, n° 24, *Les Petites Affiches*, 2000, n° s.n., pp. 16-19. Voir également M. VERPEAUX, F. SAUVAGEOT, « [Note sous décision n° 2000-435 DC] », *Les Petites Affiches*, 2001, pp. 18-30.

directement induite par le principe de souveraineté populaire²⁸. Dans la même logique, cette exigence impose à l'administration « *de mettre tous les moyens à sa disposition pour faire en sorte que les électeurs puissent en prendre utilement connaissance avant le scrutin* ». Un de ces moyens étant notamment l'information au préalable des électeurs ainsi que la mise à disposition de documents permettant d'expliquer le projet de consultation²⁹.

En protégeant le libre consentement du vote, de l'expression consultative, l'exigence de clarté permet « de garantir l'authenticité du choix exprimé par les votants, et notamment d'éviter que la volonté exprimée par les citoyens ne soit faussée, détournée, instrumentalisée »³⁰. Cette exigence permet donc de fonder la légitimité du résultat qui découle de la libre expression.

L'exigence de clarté et de loyauté de la consultation constitue donc un faisceau d'indices permettant au juge d'analyser au cas par cas le respect de la liberté de consentement des personnes interrogées.

En appliquant cette exigence à une consultation communale et à une enquête publique ayant le même objet, le juge administratif se fait le gardien de la démocratie locale et de la libre expression des citoyens dans l'évolution institutionnelle de leur collectivité. Le juge administratif en protégeant la libre expression des ressortissants va garantir la légitimité des décisions soumises à l'appréciation des électeurs.

Si l'expression de loyauté n'est pas reprise, elle semble incluse dans une analyse très spécifique de la clarté de l'expression populaire. Le contrôle du tribunal administratif intervenant postérieurement à l'expression des personnes interrogées, il n'a pas pour objet la pertinence et la précision de la question. De plus, en ce qui concerne la clarté du contexte, il ne s'agit pas, ou du moins pas uniquement, de celui précédent la consultation.

Le juge va utiliser le faisceau d'indices qu'offre l'exigence de clarté pour appréhender l'évolution du contexte entre le moment où la question a été posée et celle où elle va être utilisée. Cette interprétation particulière est notamment due au fait que l'enquête publique ou la consultation étant consultatives ne produisent pas par elles-mêmes de conséquences normatives. C'est leur utilisation à l'appui d'une

²⁸ A. ROUX, « [Note sous décision n° 2000-435 DC] », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2000, n° XVI-2000, p. 709. Le professeur cite notamment la thèse de M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, thèse dactyl., Aix-en-Provence, 1999, pp.168 et suiv., pp. 188-194.

²⁹ La citation est tirée de l'analyse des tables analytiques du Conseil constitutionnel (disponibles en ligne) en ce qui concerne la décision n° 2005-31 REF, 24 mars 2005, cons. 11.

³⁰ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, P. TAILLON, M. LUCIANI, « La clarté de l'expression référendaire », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, in *Migrations internationales et justice constitutionnelle. Référendums et justice constitutionnelle*, n° 32-2016, 2017. pp. 631.

décision administrative future qui nécessite de la part du juge ce contrôle particulier de l'évolution contextuelle.

Au terme de ce raisonnement, le juge peut constater la « *modification substantielle des circonstances de fait affectant l'économie générale du projet* » issue du contexte économique et financier de la collectivité. Autrement dit, l'avis d'une population doit être lié au contexte dans lequel celui-ci a été délivré. L'utilisation de cet avis dans un contexte différent n'est pas fidèle, loyal à la volonté des auteurs de cet avis. Le juge administratif utilise implicitement la notion de loyauté de la consultation au travers de la modification contextuelle entre deux moments : l'émission d'un avis et son utilisation préalable à l'acte administratif.

L'avis favorable de la consultation de 2009 et l'enquête publique de 2013 sont intervenus alors que la commune bénéficiait d'une situation financière viable. De plus, la conclusion du commissaire enquêteur assurait à la commune, issue de la scission, un budget en excédent.

L'arrêté préfectoral clôturant la procédure de scission intervient en 2017. Dans cet écart temporel, le juge administratif souligne que les conditions financières ce sont « *notablement aggravées* » (considérant 4). Il déduit cette dégradation de la mise sous tutelle économique de la Commune de Saint-Louis en 2015 et 2016 conduisant le préfet à arrêter lui-même le budget primitif. Dès lors le juge considère que les avis de 2009 et 2013 sont intervenus dans le cadre d'un contexte financier favorable. La disparition de ce contexte ne permet plus d'utiliser loyalement cette expression, celle-ci a perdu sa clarté étant donnée l'impossible prévision par les personnes interrogées de la dégradation de la situation financière.

Le juge en déduit qu'à défaut d'une nouvelle enquête publique, c'est-à-dire d'un renouvellement en toute connaissance de cause (financières et budgétaires) de l'avis de la population invitée à s'exprimer, la procédure est viciée en ce qu'elle porte atteinte aux garanties dont dispose cette population d'une expression claire, d'un libre consentement. Les populations doivent renouveler leur volonté d'établir une nouvelle commune même en mauvaise santé financière.

Cette exigence pose ainsi une nouvelle condition voire une nouvelle limite encadrant la procédure de scission. Au-delà de l'ensemble des procédures préalables, la scission ne peut intervenir qu'au cours d'un seul et même contexte économique, budgétaire.

B.- Une procédure de scission encadrée par le contexte économique de la consultation

Le juge administratif se pose en gardien non seulement de la démocratie locale en protégeant le libre consentement des personnes interrogées dans la procédure de scission, mais également en gardien de la décentralisation.

L'exigence de clarté constitutionnelle impose en l'espèce aux personnes consultées de lier leur consentement à un contexte économique. L'évolution d'une bonne santé financière vers un contexte économique encore plus favorable ne devrait pas entraîner de renouvellement du consentement. De même, il apparaît difficilement envisageable qu'une future décision vienne imposer le renouvellement du consentement suite à un bouleversement inverse. Si les personnes intéressées sont consultées en toute clarté lors d'un contexte économique défaillant, l'amélioration de ce contexte ne plaidera qu'en faveur du projet. Seule la dégradation des conditions financières en ce qu'elles sont susceptibles de questionner la viabilité du projet justifie un renouvellement du consentement, offrant ainsi aux personnes intéressées les possibilités de changer d'avis, de s'exprimer différemment.

La panoplie du faisceau d'indices offerte par l'exigence constitutionnelle de clarté permettra de censurer des consultations et enquêtes publiques au regard de la précision de la question posée, du résultat et des conséquences annoncés, du contexte dans lequel intervient la question, etc.

Si le juge ne mobilise en l'espèce la clarté que par rapport au bouleversement des conditions budgétaires, il convient de ne pas oublier toutes les potentialités offertes par cette exigence constitutionnelle. Ainsi, une procédure de scission dans laquelle les autorités politiques dissimuleraient une mauvaise santé budgétaire tomberait également sous le coup d'autres critères liés à l'exigence de clarté. En invoquant cette exigence constitutionnelle, en ne se contentant pas uniquement « d'une modification substantielle des circonstances de fait », le juge administratif précise les critères de transparence et d'honnêteté politique dont devront faire preuve l'ensemble des futures collectivités qui souhaiteraient recourir à l'avenir à une telle procédure de scission. Derrière la protection d'un libre consentement en fonction du contexte économique, le juge devient également le gardien d'une décentralisation « saine ». L'exigence de clarté de l'expression vient donc empêcher la prolifération non consentie de communes en mauvaise santé financière.

Une question demeure en suspens, si l'arrêté préfectoral était intervenu plus tard, attendant un retour à la normale de la situation budgétaire de la commune le juge aurait-il exigé une réactualisation du consentement ? La résorption possible,

imminente du déficit de la commune³¹ aurait-elle pu justifier une modulation des effets de la décision dans le temps, faute de changement de circonstance et donc d'atteinte à la clarté de l'expression ? Autrement dit, l'évolution des circonstances de fait est-elle conçue uniquement en comparaison du moment de consultation et du moment de l'arrêté préfectoral, ou prend-elle en considération l'ensemble des évolutions entre ces deux moments également ?

Enfin, est-il possible de critiquer la légitimité du juge à un tel contrôle ?

La situation budgétaire d'une commune ne dépend-elle pas d'une action politique ? Autrement dit, une politique de rigueur n'est-elle pas susceptible de supprimer ou de résorber une situation budgétaire déficitaire ? La situation budgétaire de la commune divisée ne présume pas obligatoirement de la rigueur politique susceptible d'être pratiquée par la nouvelle commune.

En réalité, la nouvelle commune sera confrontée à l'impact budgétaire des différents transferts permettant son bon fonctionnement : transfert de personnels, de compétences, de locaux, des équipements, des dettes et créances, etc. La création d'une nouvelle commune n'établit pas réellement une situation politique et institutionnelle nouvelle. Elle est la descendante, notamment budgétaire et économique, de la commune qui l'a engendrée.

Le rattachement des évolutions contextuelles à l'exigence de clarté permet au juge administratif de pallier un défaut important de la procédure de scission : sa durée. Les nombreuses étapes de la procédure peuvent conduire à une procédure extrêmement longue comme en témoigne le présent contentieux. Les textes ne prévoyant pas de durée maximale dans laquelle devrait se dérouler l'ensemble des procédures, ces dernières peuvent perdre tout leur sens avec l'écoulement du temps. Le contexte économique est une des façons que le juge a trouvées pour enserrer la procédure dans un délai cohérent, permettant le cas échéant d'exiger de recommencer la procédure faute de célérité ou de rigueur de la part des autorités à l'origine de la scission.

³¹ Cette résorption est notamment mise en lumière par le mémoire précité de Q. GOASDUFF, *L'insertion des scissions communales dans l'organisation territoriale française*, 2018, p. 63.

10.2. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Citoyenneté de l'Union européenne – Libre circulation des personnes – Directive 2004/38/CE – Durée de séjour – Droit au séjour – Revenu de solidarité active – Obligation pour les autorités administratives de tirer toutes les conséquences légales d'une décision administrative aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin

T.A. La Réunion, 23 février 2017, *M. B. c/Département de La Réunion*, req. n° 1600959
Agnès Vidot, Doctorante en droit public de l'Université de La Réunion

Dans un contexte de tension croissante entre le principe fondamental de libre circulation des citoyens de l'Union européenne et l'objectif de préservation de l'équilibre financier du système d'assistance sociale des États membres³², le jugement du Tribunal administratif de La Réunion du 23 février 2017 rappelle – s'il en était besoin – que l'exclusion des citoyens de l'Union du bénéfice des prestations d'assistance sociale n'échappe pas au contrôle du juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union.

En l'espèce, M. B., ressortissant britannique, dispose d'un titre de séjour qui lui a été délivré par le préfet de La Réunion le 25 juillet 2014 et a été renouvelé depuis lors. Le 29 mai 2015, M. B. introduit une demande auprès du département de La Réunion afin de bénéficier du revenu de solidarité active (RSA). Par décision du 24 février 2016, la présidente du conseil départemental de La Réunion refuse de lui octroyer cette prestation sociale à compter de sa demande du 29 mai 2015, au motif qu'il ne satisfait pas aux conditions d'attribution du RSA pour les ressortissants des États membres de l'Union. Suite à un recours administratif préalable formé par M. B. le 28 avril 2016, la présidente du conseil départemental confirme implicitement sa décision du 24 février 2016. Le 26 août 2016, M. B. saisit le Tribunal administratif de La Réunion et lui demande, d'une part, d'annuler la décision implicite de rejet de la présidente du conseil départemental et, d'autre part, d'enjoindre au département de procéder à une ouverture du droit au RSA à compter du 29 mai 2015.

Sur la recevabilité de la requête. À titre liminaire, le juge administratif relève que la décision du 27 juillet 2016 accordant l'ouverture du droit au RSA à M. B. de manière dérogatoire et limitée dans le temps – puisque la date de prise d'effet de cette ouverture du droit au RSA est fixée au 1^{er} mai 2016 et non au 29 mai 2015 – ne saurait justifier le prononcé d'un non-lieu à statuer, pleine satisfaction n'ayant pas été donnée à l'intéressé. La requête de M. B. déclarée recevable, le juge l'analyse au fond.

³² Si la promotion de la libre circulation des personnes justifie l'octroi de prestations sociales aux citoyens de l'Union séjournant dans des États membres autres que ceux dont ils sont originaires, la prise en compte de l'objectif de préservation de l'équilibre financier du système d'assistance sociale des États membres d'accueil milite *a contrario* en faveur d'une limitation de l'accès de ces citoyens à la protection sociale.

Cette analyse révèle que le jugement rendu par le Tribunal administratif repose essentiellement sur la prise en compte de deux critères : la durée et la régularité du séjour de M. B. au moment où il a introduit sa demande de RSA auprès du département.

Sur la durée du séjour du ressortissant d'un État membre de l'Union au moment de l'introduction de sa demande de RSA. Ce critère de la durée du séjour pourrait passer totalement inaperçu, tant le juge y fait référence de manière expéditive. Pourtant, la prise en compte de ce premier critère est essentielle.

La directive 2004/38/CE du 29 avril 2004³³ prévoit trois types de droits de séjour pour les citoyens de l'Union : le droit de séjour inférieur à trois mois, le droit de séjour supérieur à trois mois et le droit de séjour permanent.

Pour les séjours allant jusqu'à trois mois, l'article 6, paragraphe 1, de la directive autorise les citoyens de l'Union à séjourner sur le territoire d'un autre État membre, sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité et l'article 14, paragraphe 1, de cette même directive maintient ce droit tant que le citoyen de l'Union et les membres de sa famille ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil³⁴. Or, dans un arrêt *Garcia-Nieto* du 25 février 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a admis que, dans un tel cas, l'État membre d'accueil peut se prévaloir de la dérogation de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE pour refuser d'accorder au citoyen de l'Union la prestation d'assistance sociale qu'il réclame³⁵. La Cour respecte ainsi la lettre de cette disposition qui prévoit expressément que l'État membre d'accueil n'a pas l'obligation d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale, pendant les trois premiers mois de leur séjour, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés et celles qui gardent ce statut.

S'il ressort à la fois des textes et de la jurisprudence de la Cour de justice que les États membres d'accueil n'ont pas l'obligation d'octroyer des prestations d'assistance sociale dans ces circonstances, il n'en demeure pas moins qu'ils en conservent la faculté. S'agissant du RSA (qui relève *a priori* de la notion de « prestation d'assistance sociale » au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la

³³ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

³⁴ En ce sens, voir notamment CJUE, 21 décembre 2011, *Tomasz Ziolkowski e.a. et Marlon Szeja contre Land Berlin*, aff. jointes C-424/10 et C-425/10, point 39 ; CJUE, 11 novembre 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano contre Jobcenter Leipzig*, aff. C-333/13, point 70.

³⁵ CJUE, 25 février 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen contre Jovanna García-Nieto e.a.*, aff. C-299/14, points 43 et 44.

directive 2004/38/CE³⁶), force est de constater que ce dernier choix n'est pas celui pour lequel a opté la France. En effet, l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles prévoit que pour bénéficier du RSA, le ressortissant d'un État membre de l'Union doit, notamment, avoir résidé en France durant les trois mois qui précèdent l'introduction de sa demande.

En l'espèce, la vérification de cette condition tenant à la durée du séjour de M. B. sur le territoire français ne pose aucune difficulté, cette durée étant supérieure à trois mois. Cette première condition remplie, le juge administratif s'intéresse à la régularité du séjour de M. B. au moment de sa demande.

Sur la régularité du séjour du ressortissant d'un État membre de l'Union au moment de l'introduction de sa demande de RSA. Pour avoir droit au RSA, l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles exige également que le ressortissant d'un État membre de l'Union remplisse « *les conditions exigées pour bénéficier d'un droit de séjour* ». Cet article doit être lu à la lumière de l'article L. 121-1, sous 2°, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lequel prévoit que tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner en France pour une période supérieure à trois mois s'il dispose, pour lui et sa famille, de ressources suffisantes et d'une assurance maladie³⁷.

En l'espèce, le département soutient que M. B. ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'un droit au séjour de plus de trois mois et ne peut, en conséquence, bénéficier du RSA. Autrement dit, le département se prévaut d'une éventuelle illégalité de la décision du préfet pour justifier son refus d'octroyer à M. B. la prestation qu'il réclame.

Cette argumentation ne saurait prospérer au regard de la jurisprudence du Conseil d'État. Dans un arrêt du 19 mai 1973, le Conseil d'État a jugé que l'autorité administrative qui refuse d'appliquer une décision prétendument illégale dont elle est l'auteur est tenue de donner son plein effet à cette décision dans la mesure où elle n'a été ni rapportée ni annulée et n'a pas non plus été déclarée illégale par une

³⁶ Le RSA qui « a pour objet d'assurer à ses bénéficiaires des moyens convenables d'existence, de lutter contre la pauvreté et de favoriser l'insertion sociale et professionnelle » (article L. 262-1 du code de l'action sociale et des familles) semble bien relever de la notion de « prestation d'assistance sociale » au sens de la directive 2004/38/CE, notion qui désigne « l'ensemble des régimes d'aides institués par des autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, auxquels a recours un individu qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à ses besoins élémentaires ainsi qu'à ceux de sa famille et qui risque, de ce fait, de devenir, pendant son séjour, une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil susceptible d'avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État » (en ce sens, voir notamment CJUE, 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln contre Nazifa Alimanovic e.a.*, aff. C-67/14, point 44).

³⁷ Cet article reprend les conditions figurant à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE.

décision juridictionnelle³⁸. Dans un arrêt plus récent du 29 novembre 2002, la Haute juridiction administrative reconnaît qu'« *il incombe à l'ensemble des autorités administratives de tirer, le cas échéant, toutes les conséquences légales [d'un] acte aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* »³⁹. Cet arrêt de 2002 est important dans la mesure où il étend l'obligation à l'ensemble des autorités administratives, et non à la seule autorité qui a compétence pour retirer ou abroger la décision initiale⁴⁰. Cette solution a été reprise dans un arrêt *Lacroix* du 16 décembre 2005⁴¹, arrêt auquel le Tribunal administratif de La Réunion fait expressément référence dans son jugement du 23 février 2017.

En application de cette jurisprudence du Conseil d'État, le département – comme, au demeurant, l'ensemble des autorités administratives – a l'obligation de tirer les conséquences légales de la décision du préfet de délivrer un titre de séjour à M. B., quand bien même cette décision serait illégale et en tout état de cause, aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin.

M. B. étant ainsi réputé remplir la seconde condition énoncée à l'article L. 262-6 du code de l'action sociale et des familles, le juge administratif fait droit à ses demandes.

En définitive, ce jugement est la preuve que le contrôle par le juge national – en l'occurrence, administratif – des limitations de l'accès des citoyens de l'Union à la protection sociale est essentiel en ce qu'il participe pleinement à la promotion du principe fondamental de libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne.

Moyen d'ordre public – délibération autorisant le maire à ester en justice – contestation
Tribunal administratif de La Réunion, 29 septembre 2017, *M. B.*, req. n° 1700178
Tassadit YASSA, doctorant en droit public, Université de La Réunion

Il est des décisions, des arrêts, qui surprennent, non pas par leur originalité, mais par leur extrême banalité.

Les faits n'ont rien d'étonnant sous nos latitudes. Suite à un changement de mandature, un agent, qui avait été intégré dans la fonction publique territoriale par

³⁸ CE, Sect., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, req. n° 78734, 78735, 78736, 78740, 78743.

³⁹ CE, Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, req. n° 223027.

⁴⁰ P. CASSIA, « Référé-provision : la notion d'obligation non sérieusement contestable », *Droit administratif* n° 5, mai 2006, comm. 84.

⁴¹ CE, Sect., 16 décembre 2005, *Lacroix*, req. n° 274545.