

Horizons du Droit

N° 44

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Sandie Lacroix-de Sousa

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de
Clermont-Auvergne.

Les demandes de publications sont à adresser à
l'adresse suivante : sabrina.dupouy@uca.fr

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 44 – mars 2023

Page 5 Intelligence artificielle et responsabilité du fait des personnes dans les pays de l'Afrique noire subsaharienne : les cas du Cameroun, Sénégal, Mali

Hermine Idèle SILIENOU

Page 37 La dialectique de la clause de la nation la plus favorisée en matière d'investissements étrangers : quel impact sur la compétence dans l'arbitrage transnational ?

Georges Philippe ZAKHOUR

Page 53 Vers une compétence arbitrale débridée entre Etats et investisseurs étrangers ?

Georges Philippe ZAKHOUR

Page 72 L'annulation d'une sentence par la CCJA ne fait pas obstacle à sa reconnaissance sur le territoire français (obs. sous CA Paris, 11 janvier 2022)

Pierre-Claver KAMGAING

Page 77 Principe de subsidiarité et droit de l'environnement de l'Union européenne : vers une concentration du contentieux environnemental devant les juridictions des États membres

Clara GRUDLER

Page 94 Les accidents d'aviation civile et les principes d'une culture juste : quelles conséquences juridiques en matière processuelle ?

Soufyane MAHSAS

Page 121 Pour un élargissement de la compétence matérielle du Parquet européen

Michel MINYEM

Page 153 La Cour pénale internationale à l'épreuve du principe de la liberté des personnes en attente de jugement

Louis-Marie SIEWE

Page 188 La rémunération du co-contractant de l'Administration dans les contrats de partenariat public-privé dans les Etats d'Afrique noire francophone

Firmin Mirabo NGOUNMEDJE

Présentation d'une thèse récente :

Page 229 L'assurance de protection juridique, Contribution à l'évolution du modèle assurantiel de l'accès au droit et à la justice (th.Univ.Perpignan, 2022, préparée sous la direction du doyen Yves PICOD)

Guillaume BRUNEL

**Intelligence artificielle et responsabilité du fait des
personnes dans les pays de l'Afrique noire
subsaharienne
Les cas du Cameroun, Sénégal, Mali**

**Dr SILIENOU Herline Idèle - Maître-Assistant CAMES, Chargée de Cours, FSJP-
Université de Dschang**

Résumé

Le développement de l'IA, spécifiquement l'IA forte bouleverse le régime de responsabilité du fait des personnes tel qu'établi par le Code civil camerounais. Ce régime paraît incertain eu égard à la non-reconnaissance de sa personnalité juridique, ainsi que l'inadéquation des régimes existants. Cependant, la mise en place d'un régime autonome de responsabilité, calqué sur celui des parents du fait de leur enfant pourrait être une réponse satisfaisante à la réparation des dommages dont l'IA forte serait à l'origine. Il faudrait pour cela que lui soit au préalable reconnue une personnalité électronique. Un numéro d'immatriculation doit également lui être attribué afin de permettre l'identification du propriétaire qui sera le civilement responsable. La souscription d'une assurance responsabilité civile doit être obligatoire pour que la victime, le plus souvent profane obtienne facilement l'indemnisation.

1. « Il existe aujourd'hui, dans les pays industrialisés, une présence anonyme et diffuse des machines, une présence occulte, tour à tour magnifiée, niée, accusée »¹. Avec une ampleur moindre, cette présence est de plus en plus perceptible dans les pays de l'Afrique noire francophone. De manière empirique, il faut observer que les machines ou appareils divers issus des technologies innovantes font progressivement leur entrée dans les usines en Afrique noire francophone. Le phénomène de l'intelligence artificiel associé à ces technologies n'est non plus inconnu dans cet espace géographique. Le défi est désormais celui de l'encadrement juridique des conséquences de la mise en œuvre ou en service de l'intelligence artificielle.

2. La définition de l'intelligence artificielle² (IA) peine à trouver une acception consensuelle. Elle est d'une appréhension malaisée probablement en raison de la nouveauté de la discipline³ et davantage, de la polysémie propre à la notion⁴. Néanmoins, un consensus trouve faveur aux yeux de la majorité des chercheurs, à laquelle nous adhérons. Elle peut être considérée comme « un dispositif informatique doté d'une capacité d'autonomie »⁵. Elle se définit donc principalement par sa capacité d'apprentissage autonome⁶ telle que le rappelle la norme ISO⁷ 2382-28 :1995⁸. Seulement, l'autonomie fait l'objet d'un

¹ J-G GANASCIA, *L'intelligence artificielle*, Domnis Flammarion, cité par C. TROI, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle*, thèse de doctorat, Université de la Réunion, 2017, p. 1.

² L'expression est employée telle quelle pour la première fois par le mathématicien John McCarthy en 1956 lors d'une conférence tenue à l'Université de Dartmouth aux Etats-Unis autour d'un thème relatif aux « machines pensantes ».

³ G. GUEGAN, *L'élévation des robots à la vie juridique*, Thèse de Doctorat, Université de Toulouse I, 2016, p. 10.

⁴ Sur la question, lire M. M. CHOUDJEM, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle : étude à partir du droit camerounais*, thèse de doctorat, Université de Dschang, 2021, n^{os} 11 et s., pp. 7-9.

⁵ A. BONNET, *La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Réflexion sur l'émergence d'un nouvel agent générateur de dommages*, thèse de master, Université Panthéon Assas – Paris II, 2014-2015, p. 2.

⁶ « Machine learning » et « deep learning ».

⁷ *International Standards Organization*. C'est un organisme international de certification mondialement réputé, créé en 1947 et dont le siège est à Genève en Suisse.

⁸ « Capacité d'une unité fonctionnelle à exécuter des fonctions généralement associées à l'intelligence humaine, telles que le raisonnement et l'apprentissage », cité par S. LARRIERE, « Dis Siri... !? Quelle responsabilité pour l'IA...? », in *La loi des Parties, Droit, Technologie, Contrats et Négociations* !, <http://laloidespardies.fr/responsabilite-ia>.

foisonnement de définitions. En robotique, les définitions diffèrent selon l'approche du sujet. Dans cette logique, l'autonomie énergétique renvoie à l'intervalle d'espace ou de temps pendant lequel le robot peut fonctionner sans nouvel apport d'énergie et ceci, sans une intervention extérieure¹. L'autonomie exécutive fait référence aux automates², et l'autonomie de mobilité signifie la capacité du robot à se déplacer d'un point A à un point B de façon autonome mais selon un plan qui lui est donné³. Dans le cadre de cette étude, il est question d'autonomie décisionnelle, c'est-à-dire de celle qui est étroitement liée à la capacité de prise de décision d'une IA⁴.

L'autonomie peut alors être considérée comme la « *capacité propre d'un système sans équipage, à capter, percevoir, analyser, communiquer, planifier, prendre des décisions et agir afin d'atteindre les buts qui lui ont été assignés par un opérateur humain à l'aide d'une interface homme/machine dédiée* »⁵. Par leurs décisions ou leurs actions, l'IA peut être source de multiples dommages. En l'occurrence, une voiture⁶, un avion ou un drone avec pilotage automatique peut percuter des personnes ou des biens. L'IA peut également être à l'origine de dommages économiques, tel le mini krash boursier du 6 mai 2010 aux États unis. Mais les dégâts matériels ou corporels ne sont pas les seuls qu'elle puisse provoquer. Ainsi, l'IA de Google Photos a déjà eu à labéliser deux personnes de couleur noire en tant que gorilles⁷. Aussi, la collecte des données personnelles est de plus en plus effectuée par le biais des algorithmiques. La protection des

¹ Dictionnaire de français Larousse, « *Autonomie énergétique* », en ligne: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/autonome>, (consulté le 2020-03-19).

² Autonomie qui permet d'exécuter une tâche préétablie (cf. S. ZIEBA, Ph. POLET et F. VANDERHAEGEN, « Using adjustable autonomy and human-machine cooperation to make a human-machine system resilient – Application to a ground robotic system », (2011) 181 *Information Sciences*, p. 379-397.

³ F. MONDADA, *Conception de structures neuronales pour le contrôle de robots mobiles autonomes*, thèse de doctorat, Lausanne, École polytechnique fédérale de Lausanne, 1997, p.10

⁴ S. OLIVIERA, *La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec*, mémoire de master, Université de Montréal, 2016, p. 51.

⁵ H.-M. HUANG, J. ALBUS, E. MESSINA, R. WADE et W. ENGLISH, « Specifying autonomy levels for unmanned systems: interim report », dans *Proceedings of the 2004 SPIE Defense and Security Symposium*.

⁶ Une des voitures autonomes de Google a déjà été à l'origine d'un accident (M. ZAFFAGNI, « La voiture autonome de Google provoque son premier accident », <http://www.futura-sciences.com/tech/actualites/voiture-voiture-autonome-google-provoque-sonpremier-accident-61860/>.

⁷ B. G., « Google photos confond deux Afro-américains avec des... gorilles », article disponible sur <http://www.europe1.fr/technologies/google-photos-confond-deux-afro-americains-avec-des-gorilles-1363518>.

données personnelles exige que l'activité des IA dans ce domaine face l'objet d'un encadrement juridique. La réponse de la Commission nationale de l'informatique et des libertés française a été de sanctionner récemment l'usage d'un dispositif de reconnaissance faciale dans une délibération du 17 octobre 2022¹. Le droit administratif n'en est pas épargné. L'algorithme « *Parcoursup* » a fait l'objet d'un contentieux nourri et particulièrement médiatisé, ayant abouti à la consécration par le Conseil constitutionnel français du droit d'accès aux documents administratifs². Dans ces circonstances, il s'avère impérieux de procéder à la réparation des dommages susceptibles de naître. Il est donc légitime de connaître le régime juridique applicable dans l'hypothèse où un fait juridique émanant d'une IA serait à l'origine d'un dommage.

3. De façon générale, la responsabilité désigne l'obligation de répondre d'un dommage et d'en assumer les conséquences³. Elle peut être morale, disciplinaire, pénale ou civile. Sur le plan civil, elle est le mécanisme juridique par lequel la victime d'un dommage peut obtenir réparation sous la forme de dommages-intérêts⁴. Cette compréhension de la responsabilité civile est reçue du Code civil français en 1804 qui sera introduit dans les colonies françaises, les territoires sous-mandat de la SDN, puis sous tutelle de l'ONU, par le truchement du phénomène colonial. Un arrêté du gouverneur en date du 5 novembre 1830 promulguera au Sénégal le Code civil français qui sera remplacé par le Code des obligations civiles et commerciales⁵. Le Code français sera étendu au Cameroun par des décrets successifs de 1892 à 1924. Au Mali, le régime général des obligations sera adopté⁶ en remplacement des dispositions du Code civil relatif aux obligations. Dans les autres pays de l'Afrique noire francophone, des modifications et abrogations de certaines dispositions du Code civil seront

¹ Ladite commission s'était penchée au préalable sur les pratiques de la société Clearview en matière de droit des données personnelles en la mettant en demeure (CNIL, délib. n° MED-2021-134, 26 nov. 2021 : Dalloz IP/IT 2022, p. 220, obs. C. Lequesne Roth). La délibération du 17 octobre 2022 va au-delà et ordonne des sanctions (C. CRICHTON, « Reconnaissance faciale : sanction de Clearview AI par la CNIL », *Dalloz actualité*, 9 nov. 2022).

² Cons. const., 3 avr. 2020, n° 2020-834 QPC, Union nationale des étudiants de France : *JurisData* n° 2020-005361.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd. mise à jour, Paris, Quadrige, 2018, p. 963.

⁴ C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, 16^{ème} éd., Paris, Lextenso, 2019, p. 143.

⁵ La première partie portant sur les règles générales du droit des obligations, a été adoptée par la loi n° 63-62 du 10 juil. 1963. La deuxième partie relative aux contrats spéciaux a été adoptée par la loi n° 66-70 du 13 juil. 1966. La troisième partie sur la garantie des créanciers a été adoptée par la loi n° 1976-60 du 12 juin 1976. La quatrième partie portant sur les sociétés a été abrogée par les Actes Uniformes OHADA.

⁶ Loi n° 87-31/AN-RM du 29 août 1987.

enregistrées¹ mais toucherons aux obligations. Le choix de la législation en vigueur dans ces trois pays représentatifs en matière d'encadrement juridique des obligations en Afrique noire francophone devient en conséquence compréhensif.

L'examen de ces différents textes prévoient un domaine élargi de la responsabilité civile. L'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil camerounais dispose fort opportunément qu' « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». Des dispositions similaires sont prévues par les droits malien² et sénégalais³. L'on en déduit que la responsabilité peut être du fait des choses ou du fait des personnes. Dans ce dernier cas, le fait générateur peut être le fait personnel ou le fait d'autrui.

4. Toutefois, l'examen du droit de la responsabilité civile de ces pays révèle l'absence d'un régime spécial applicable aux dommages causés par une IA. Prenant pour assise la *summa divisio* entre les personnes et les choses, l'IA peut être considérée comme une chose. En effet, cette catégorie est déterminée par exclusion des entités relevant de la catégorie des personnes. Or, le droit positif énumère de manière exhaustive les entités qui relèvent de la catégorie des personnes, en l'occurrence les personnes physiques et les personnes morales. Mais si l'on prend en considération la distinction opérée entre les IA « *faibles* » actuelles, dotées d'une autonomie limitée, et les IA « *fortes* », non encore réalisées à ce jour à notre connaissance, et dont l'autonomie recherchée serait en tous points comparable à celle de l'homme, l'on peut émettre quelques réserves. L'IA faible cherche à reproduire certains comportements spécifiques et non l'intelligence humaine dans son intégralité. Ces programmes semblent

¹ Sur la question, lire I. L. MIENDJIEM, « Le principe de la réparation intégrale, un principe immunodéficient en droit privé africain francophone au Sud du Sahara », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, t. 20, 2018, n^{os} 1 et 2, pp. 348-349.

² Art. 140 de la loi n° 87-31/AN-RM DU 29 aout 1987 portant régime général des obligations « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre* » ; et art. 149 de la même loi : « *Toute personne est responsable du dommage causé par le fait des choses ou des animaux dont elle a la garde* ».

³ Art. 137 et 142 du nouveau Code des obligations civiles et commerciales sénégalais.

intelligents, mais ils ne le sont pas en réalité¹. Elle effectue toujours et seulement la tâche pour laquelle elle a été programmée. Un exemple connu d'IA faible est ELIZA, un programme de conversation qui tente de passer le test de Turing². Ce logiciel imite le comportement d'un humain face à d'autres lors d'un dialogue.

Or, l'évolution constante de la science et de la technologie, ainsi que l'accroissement de la capacité de l'homme à concevoir des algorithmes de plus en plus sophistiqués permettant de doter les IA des techniques d'auto-apprentissage comme celle du « *machine learning* »³, contribue à les doter d'une autonomie fonctionnelle et décisionnelle toujours plus croissante. Plus le robot est autonome, plus la question de son encadrement juridique se fait pressante, étant donné qu'il va mettre à mal bon nombre de théories juridiques⁴. Eu égard à sa singularité, les conditions d'application du principe général de la responsabilité du fait des choses semblent être mises au défi lorsque le dommage résulte du fait de l'IA forte. Étroitement liée aux sciences cognitives, elle cherche à créer un programme capable d'acquiescer de nouvelles informations et de modifier son propre fonctionnement. Elle apprend en faisant des expériences lui permettant d'évoluer constamment⁵.

Il devient évident que le critère de la garde lui serait difficilement applicable, quand bien même l'on ferait recours à la notion de garde « *intellectuelle* », pouvant permettre que soit engagée la responsabilité de celui qui aurait volontairement ordonné la réalisation des actes potentiellement dommageables. Cette évidence résulte de la caractéristique fondamentale de l'IA forte, en l'occurrence l'autonomie. Elle a en principe, la capacité de produire un comportement intelligent et d'éprouver une conscience de soi, lui permettant de comprendre ce qu'elle fait. Ces insuffisances conduisent à envisager l'application du régime de responsabilité du fait des personnes. Mais, il serait difficilement concevable d'y voir une responsabilité du fait personnel, car une

¹ J. WEIZENBAUM, « ELIZA - A Computer Program for the Study of Natural Language Communication between Man and Machine », (1966) 9 *Communications of the Association for Computing Machinery*, p. 36.

² Proposé par Alan Turing (1950), ce test consiste essentiellement à un jeu d'imitation de la conversation humaine. Un arbitre est confronté à un écran d'ordinateur où, à l'aide d'un clavier, il peut converser avec un ordinateur et un autre humain à l'aveugle. Si l'arbitre n'arrive pas à distinguer lequel de ses interlocuteurs est l'ordinateur, le programme a passé le test de Turing.

³ C'est la technique qui permet à un dispositif d'IA d'apprendre elle-même de son expérience et de son environnement, en tirant par exemple des conclusions générales à partir des informations intégrées dans sa base de données.

⁴ G. GUEGAN, *L'élévation des robots à la vie juridique*, op. cit., p. 21.

⁵ S. OLIVIERA, *La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec*, op. cit., p. 59.

responsabilité fondée sur le discernement et la conscience n'a aucune utilité à s'appliquer à un agent artificiel, bien que capable de *machine learning*. La prise en compte de cette faculté ainsi que sa nature intrinsèque de chose peuvent permettre l'application du régime de responsabilité du fait d'autrui, en y apportant quelques modifications majeures, car l'IA forte reste inventée et programmée par la main de l'homme.

5. La responsabilité du fait d'autrui traduit l'idée selon laquelle l'obligation de répondre ne pèse pas directement sur l'auteur du fait dommageable, mais sur quelqu'un d'autre. Il s'agit d'un système dicté par le souci d'indemnisation des victimes, car il fournit un second responsable qui est généralement plus solvable que l'auteur direct du dommage. Les Codes civils des pays de l'Afrique noire francophone posent des régimes spéciaux en la matière qui ne sont plus limités, dans la mesure où on évolue progressivement vers l'admission d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Ayant des capacités extraordinaires proches de ceux d'une personne physique, l'on pourrait se poser la question de savoir si les dommages causés dans le cadre de l'exploitation d'une IA forte s'inscrivent dans les régimes de responsabilité du fait des personnes tels que prévus par le droit civil des pays de l'Afrique noire francophone ? Au-delà d'un intérêt théorique qui est celui d'instituer un cadre normatif susceptibles de contenir les dommages résultant de l'utilisation de l'IA forte, cette étude permettra sur un plan pratique à notre système juridique d'être prêt à confronter le développement amorcé. Il n'est nullement question d'« être à la mode », mais, c'est davantage une question de protection des citoyens contre les conséquences négatives qui pourront en découler. Les pays de l'Afrique noire francophone doivent en revanche éviter d'être à la traîne car, la plupart des législateurs intègrent déjà la question dans l'ordonnancement juridique. Il en est ainsi du législateur de l'Union européenne¹, des États-Unis et du Royaume-Uni qui ont révélé leur projet de réglementation destiné à préserver les droits des personnes exposées à des IA².

¹ Il a souvent été avant-gardiste en droit du numérique, avec l'adoption du RGPD puis du Digital Services Act (DSA) et du Digital Markets Act (DMA). L'exploit pourrait à nouveau se produire prochainement

avec l'adoption de l'Artificial Intelligence Act (AIA) (PE et Cons. UE, Prop. règl. COM (2021) 206 final, 21 avr. 2021, établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union).

² S. MERABET, chr. in « Droit de l'intelligence artificielle », *JCP G* n° 48, chr., 5 déc. 2022, p. 2234.

6. L'article 1382 du Code civil en vigueur au Cameroun dispose de manière générale que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Les textes sénégalais et malien insistent sur la notion de faute¹. Quel que soit le pays africain francophone, le préalable à cette condition est la reconnaissance de la personnalité juridique. À l'heure actuelle, seules peuvent bénéficier les personnes physiques, les personnes morales sous certaines conditions préalablement définies par la loi, et dans une certaine mesure les familles, successions et collectivités². En conséquence, l'absence de personnalité juridique de l'IA forte fait croire à l'impossibilité de l'application du régime de responsabilité du fait des personnes aux dommages dont elle est à l'origine. Mais, il s'agit d'un obstacle surmontable. En effet, la spécificité qu'elle présente peut justifier une adaptation du droit, de telle sorte que le régime de responsabilité du fait d'autrui puisse lui être applicable. D'une responsabilité incertaine (I), elle pourrait devenir grâce aux aménagements apportés concevable (II).

I- Une responsabilité incertaine

7. La personnalité juridique est l'un des grands concepts qui gouvernent le droit dans son ensemble. Son constant renouvellement a conduit à ce que l'on reconnaisse à côté de la personne physique, la personne morale. Mais, tel n'est pas encore le cas de la personnalité électronique³. Or, il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'on ne peut parler de responsabilité du fait des personnes si l'auteur des dommages n'en est pas une. Quand bien même cette personnalité aurait été attribuée à l'IA forte, aucun régime de responsabilité du fait d'autrui tel qu'établi par les différents Codes civils des pays de l'Afrique noire francophone ne peut permettre la réparation des préjudices de son fait. Cette responsabilité conditionnée à la reconnaissance d'une personnalité juridique (A) viendra donc en principe échouée sur le système mis en place en raison de son inadéquation (B).

A- Une responsabilité conditionnée

¹ Art. 118 du Code sénégalais et 125 du Code malien.

² V. en ce sens R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », *Juridis Périodique* n° 110, avr.-mai-juin 2017, pp. 63-80.

³ V. à titre de droit comparé la résolution législative de l'Union européenne contenant des recommandations à la Commission sur les règles de droit civil sur la robotique et l'intelligence artificielle adoptée le 16 février 2017.

8. Eu égard aux avancées technologiques et surtout robotiques, il devient impérieux de créer des règles de droit destinées à garantir la sécurité des citoyens, tout en favorisant l'innovation. L'un des débats que suscite la création de ces règles est relatif à la personnalité juridique électronique. Malgré de vives critiques¹, le législateur européen en sa résolution du parlement relative aux règles de droit civil sur la robotique adoptée le 16 février 2017², celui de l'Arabie Saoudite³, ainsi qu'une partie de la doctrine⁴ y sont d'ailleurs favorables en ce qui concerne l'IA forte. Certains militent plutôt en faveur d'une quasi-personnalité juridique⁵, d'un statut limitrophe⁶, leur permettant d'agir à titre de mandataires⁷. Pour répondre aux difficultés nées de l'absence de personnalité juridique, la proposition britannique sur la réglementation des IA prévoit qu'une personne, physique ou morale, identifiée ou identifiable, soit systématiquement associée à l'IA. L'idée est de dépasser l'autonomie du système pour s'assurer que les personnes qui y sont exposées puissent accéder à un interlocuteur unique, permettant d'écartier un risque de dilution de la responsabilité⁸.

Telle que définie⁹, l'état des recherches actuelles dans le monde montre que nous sommes encore loin d'avoir développé une telle intelligence. L'IA forte relève pour l'instant dans la majorité de l'Afrique noire francophone de la science-fiction. Mais, la confiance accordée aux chercheurs nous oblige à envisager la question de sa personnalité juridique. Bien que la rigidité de la *summa divisio* ne milite pas en ce sens, la théorie de la fiction offre néanmoins une brèche.

¹ G. LOISEAU, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP*, 2018.

² Cf. point n° 59. Il faut cependant relever que, dans une Résolution plus récente du 12 février 2019, la même instance s'est montrée moins enthousiaste à cette idée et s'est contentée d'inviter la Commission à examiner les règles et les processus actuels afin de vérifier leur adéquation au développement de l'intelligence artificielle

³ P. SIRINELLI et S. PREVOST, « Citoyen robot, levez-vous ! », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 613.

⁴ A. BENSOUSSAN et J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Paris, Larcier, 2015, n° 681 : « osons la personne-robot, pour faire demain des robots, non plus seulement des objets de droit, mais bien des sujets de droit ». ; G. GUEGAN (G.), *L'élévation des robots à la vie juridique*, op. cit., pp. 223 et s

⁵ P. M. ASARO, « Robots and Responsibility from a Legal Perspective », *Proceedings of the IEEE* 4 (14), 2007, pp. 20-24.

⁶ L. B. SOLUM, « Legal Personhood for Artificial Intelligences », (1992) 70, *N.C. L. Rev.* 1231.

⁷ D. C. VLADECK, « Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence », (2014) 89, *Wash. L. Rev.* 117, note 42, p. 122.

⁸ S. MERABET, chr. in « Droit de l'intelligence artificielle », préc., p. 2235.

⁹ Cf. *supra* n° 4.

9. « *Jus ex facto oritur* »¹. Cet adage souligne le rapport que la règle de droit entretient avec les faits. Bien que l'IA forte n'existe pas encore, il est du devoir du juriste d'anticiper et de proposer une solution afin de ne pas être surpris par l'évolution. En l'espèce, la fiction juridique pourrait permettre de remettre en cause la *summa divisio* héritée de l'antique droit romain, qui distingue les personnes des choses. Certains considèrent d'ailleurs la *summa divisio* comme étant la vision égocentrique de l'humain qui exprime sa peur face à ce qu'il ne saurait contrôler². Le législateur n'hésite pas à utiliser la fiction pour atténuer les rigueurs de la personnalité juridique soit en la faisant rétroagir³, soit en la faisant survivre⁴.

10. Il n'existe pas à notre connaissance de définition légale de la personnalité juridique, certainement parce que l'émergence du concept est le fruit d'une évolution progressiste⁵. On peut tout de même la définir comme étant l'aptitude à être titulaire de droits et à être assujetti à des obligations. À l'origine, la notion de personne est concrète et désigne l'individu. Mais, elle va devenir de plus en plus abstraite, se dégager jusqu'à acquérir une autonomie suffisante pour devenir une qualité que l'on peut considérer indépendamment de la personne concrète. L'on en arrive à une manière purement juridique de la compréhension de la notion de personne⁶. Elle est créée par la volonté de l'État et par conséquent, elle est attribuée ou enlevée sans limite par le législateur à toute sorte d'entités⁷. La notion de personnalité juridique acquiert donc une totale autonomie dont le contenu est donné par le droit. Elle est un instrument

¹ Cet adage signifie que « *le droit est né du fait* », lire A.-C. ARRIGHI, « Les fictions de la personnalité juridique en droit des sociétés », *Revue Juridique de l'Ouest*, 2016, p. 19.

² Th. DOH-DJANHOUDY, « Le statut juridique de l'intelligence artificielle en question » communication présentée le 25 avril 2018 à la commission européenne au parlement, au conseil de l'Europe et au conseil économique et social., p. 12.

³ V. la règle « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur* » consacrée par les articles 906 et 725 du Code civil pour les personnes physiques. S'agissant des personnes morales, le législateur permet la reprise des actes passés par les fondateurs au nom et pour le compte de la société pendant sa formation, et donc la substitution rétroactive de la responsabilité de la société à celle des personnes physiques (art. 110 de l'AUDSCGIE).

⁴ Tel le mariage posthume consacré par l'article 67 de l'ordonnance n° 81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil et diverses dispositions relatives à l'état des personnes physiques, et la survie de la société pour les besoins de la liquidation (art. 201, al. 3 de l'AUDSCGIE).

⁵ A. BERTRAND MERROVIC, *La notion de personne (étude visant à clarifier la situation de l'enfant à naître)*, PUAM, 2003, n° 518.

⁶ Ph. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Paris, Cujas, 1999, p. 21.

⁷ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, thèse de doctorat, Université Paris XII, Paris, LGDJ, 1996, p. 60.

permettant de jouer un rôle sur la scène juridique. Comme le disait un auteur, « *les concepts de sujets de droit, de droit subjectif, de personne morale, ne se rencontrent pas directement dans la nature des choses [...] ; ces notions sont l'œuvre propre de l'esprit, constituent donc, en quelque mesure, un artifice humain, et doivent, par suite, être cantonnées au domaine de la technique* »¹. Attribuer la personnalité juridique est donc du ressort du droit et le système est basé sur la théorie de la fiction.

11. La fiction est une fabrication de l'imagination au sens large². Mais, elle est également un procédé juridique. Entant que tel, la fiction juridique est une technique consistant à dénaturer la réalité juridique, voire à la contredire. C'est un « *mensonge de la loi* » consistant à « *faire comme si* », à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit³. Elle n'est pas établie sur la base de la vraisemblable, mais nie la réalité pour forger une « *vérité juridique* »⁴. Elle consiste à intégrer de nouvelles solutions dans le système juridique sans en altérer la cohérence conceptuelle. Les fictions juridiques assurent deux fonctions essentielles : une fonction de politique juridique et une fonction de technique juridique⁵. La première fonction leur permet de servir de soubassement à la réalisation de certaines valeurs essentielles dans un système juridique. De part la seconde fonction, elles constituent des procédés de mise en œuvre et de réalisation des éléments du système juridique⁶. La cohérence du droit qui en découle, rendue nécessaire par l'impossibilité d'obtenir de tels résultats par une simple application du droit à la réalité pourrait justifier la reconnaissance d'une personnalité électronique.

En l'état actuel, le droit reconnaît deux types de personnes, les personnes physiques et les personnes morales. Cette dernière est en général un groupement, contrairement aux personnes physiques. Elle est constituée d'un ensemble de personnes physiques ou morales, et/ou de biens réunis dans le but

¹ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *élaboration technique du droit positif*, Sirey, Paris, 1925, p. 221.

² E. A. MOHO FOPA, « Fiction et effectivité du droit OHADA », in mélanges Fr. ANOUKAHA, *L'effectivité, de l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier du droit*, Paris, l'Harmattan, 2021, p. 69.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. fiction, p. 500.

⁴ A. AKAM AKAM, « Libres propos sur l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi », *Revue Africaine des Saintes Juridiques*, vol. 4, n° 1, 2007, p. 31.

⁵ J.-L. BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de Droit de Mac Gill*, 1988, pp. 336, 365.

⁶ E. A. MOHO FOPA, « Fiction et effectivité du droit OHADA », préc., p. 71.

d'exercer une activité déterminée¹. C'est cette personnalité qui lui permet d'avoir une existence légale. Elle bénéficie des attributs qui appartiennent naturellement à l'humain. Par conséquent, elles ont la capacité d'ester en justice, elles peuvent même être déclarées responsables aussi bien civilement que pénalement. La raison communément avancée est qu'elles sont le résultat d'une activité humaine au bénéfice ou sous le contrôle des humains. Il s'avère donc que l'humain attribue la personnalité juridique à des personnes fictives parce qu'elles sont un miroir de lui-même².

12. Vu sous cet angle, rien ne s'oppose *a priori* à ce que la personnalité juridique soit attribuée à l'IA forte. Cette dernière ainsi que les personnes morales ne sont ni des humains, ni des animaux, mais sont susceptibles de développer une « *personnalité artificielle* » et de disposer d'une relative « *liberté d'action* » grâce à l'autonomie décisionnelle dont elles seront dotées³. En effet, l'IA forte tire sa particularité de sa capacité d'apprentissage, de son adaptation à des situations nouvelles, et de sa capacité à prendre des décisions qui dépassent de loin ses aptitudes initiales. Tout comme un enfant, la machine serait en quelque sorte éduquée, et sa base de données complétée par des informations issues de son vécu. L'IA tend alors à s'autonomiser et à construire sa propre identité. La ressemblance avec l'humain devient bien plus visible, d'autant plus qu'elle simule l'intelligence humaine en tentant chaque fois de manière plus performante de reproduire les processus mentaux mis en œuvre par la pensée humaine⁴. Et si l'on estime que la pensée n'est en fait qu'un ensemble de calculs⁵, et donc, que l'on fait indéniablement preuve à partir du moment où l'on est apte à procéder au raisonnement déductif que décrit le syllogisme aristotélicien⁶, le débat semble être clos. Mais, loin de faire une comparaison d'avec une personne physique, il

¹ E. A. MOHO FOPA, « Les fondements de la responsabilité des personnes morales en droit privé camerounais », *Juridis Périodique* n° 120, oct.-nov.-déc. 2019, p. 141.

² Th. DOH-DJANHOUNDY, « Le statut juridique de l'intelligence artificielle en question », préc.

³ G. GUEGAN, *L'élévation des robots à la vie juridique*, thèse de doctorat, Université de Toulouse, 2016, n° 610, p. 284.

⁴ M. M. CHOUDJEM, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle : étude à partir du droit camerounais*, *op. cit.*, n° 549, p. 269.

⁵ M. TRICLOT, « "Penser c'est calculer" : éléments pour une préhistoire de l'informatique ». Journée d'études

EDIIS, EDIIS, Lyon 1, Feb. 2005 ; J. SEARLE et E. DUYCKAERTS, « Esprits, cerveaux et programmes », in *Genèse de l'intelligence artificielle*, Quaderni, 1987, cité par T. DOH-DJANHOUNDY, « Le statut juridique de l'intelligence artificielle en question », <https://www.researchgate.net/publication/337438902>.

⁶ « *Tous les hommes sont mortels. Or, Socrate est un homme ; donc Socrate est mortel* ».

est question de tenir compte de ses capacités exceptionnelles et par le biais d'une fiction, lui attribuer une personnalité juridique.

Rappelons par ailleurs que le fait qu'une entreprise puisse être qualifiée de personne était considérée comme « *une anomalie philosophique, juridique et politique* » à une certaine époque¹. Mais aujourd'hui, sa personnalité relève de l'évidence à un tel point que la loi et la jurisprudence accordent parfois une existence réelle à certains groupements sans personnalité juridique. Il en est ainsi de la prise en considération des actes accomplis par les sociétés commerciales en formation ou en constitution². La législation foncière camerounaise donne de même la possibilité aux collectivités coutumières de solliciter l'obtention d'un titre foncier sur une dépendance du domaine national qu'elles occupent ou exploitent³. La jurisprudence⁴ quant à elle admet les actions en justice initiées par les collectivités coutumières, les familles et les successions⁵. Bien qu'il s'agisse d'une analyse faite dans le cadre du droit des sociétés commerciales, l'on constate donc avec une doctrine autorisée que « *la théorie de la réalité a définitivement été abandonnée au profit de celle de la fiction* »⁶. Cette analyse peut s'étendre au droit des personnes comme c'est déjà le cas et englober la situation particulière des IA fortes.

Toutefois, l'on ne peut ignorer l'omniprésence de l'humain dans les différentes étapes d'intervention de l'IA forte. Si elle existe, c'est bien parce qu'un humain l'a créé. Sa mise en circulation est également le fait de l'homme. Mais pour exister juridiquement, l'IA forte doit faire l'objet d'une reconnaissance législative. L'existence de la personnalité électronique permettra la mise en place

¹ R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, histoire et théories*, Arthur Rousseau, Paris, 1910, p. 3.

² V. art. 109 et s. de l'AUDSCGIE. Lesdits actes seront valables s'ils sont repris par la société constituée.

³ Art. 9 du décret n° 76/165 du 27 avr. 1976 fixant les conditions d'obtention du titre foncier.

⁴ R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », préc. voir par exemple CS, arrêt n° 171/Civ du 30 oct. 2014, aff. La Collectivité Logbonbo c/ POUENGUE Jean Michel et POUENGUE née DJINOASSI TENE Célestine, inédit ; CA du Littoral, arrêt n° 066/CC du 04 mars 2013, aff. La famille NJANGA Guillaume c/ KAMDEM Félix Dévaloir et autres, *Juridis Périodique* n° 100, oct.-nov.-déc. 2014, pp. 80 et s., obs. R. ASSONTSA ; TPI de Nkongsamba, jugement n° 12/CIV du 15 juil. 2015, aff. NGOLWA MOUTOME Josué c/ la succession feu NGAKO Prosper représentée par TCHAMENI Maurice, cité par R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », préc., pp. 72 et s.

⁵ Sur les groupements sans personnalité juridique, lire E. A. MOHO FOPA, « Les fondements de la responsabilité des personnes morales en droit privé camerounais », préc., pp. 141-142.

⁶ R. ASSONTSA, « Réflexion autour de l'action en justice des entités civiles sans personnalité morale en procédure civile au Cameroun », préc., p. 66.

d'un régime de responsabilité objective¹ concédant à la victime la possibilité d'exiger réparation contre le civilement responsable. Tout comme le prévoit la résolution européenne, il serait nécessaire de prévoir un système d'identification du fond financier auquel est rattaché l'IA et auquel l'on peut recourir en cas de responsabilité, par la création d'un numéro d'immatriculation².

13. Il est important de préciser que la personnalité électronique ne pourra être attribuée qu'à l'IA et non au robot qui sert de réceptacle à cette intelligence. En réalité, la capacité décisionnelle découle directement de la forme d'intelligence conférée au robot par l'IA et ce, peu importe qu'il soit d'apparence humaine, bipède, etc. Contrairement à l'être humain dont le cerveau et le corps forment un tout indivisible, l'activité neuronale peut être détachée du robot. Dans la mesure où le robot peut être changé, la personnalité ne peut être attribuée qu'à l'intelligence qui commande les actes du robot.

La question de la responsabilité étant étroitement liée à la capacité décisionnelle, il serait incompréhensible d'appliquer à l'IA forte le régime de responsabilité du fait des choses sous le seul prétexte qu'elle n'a pas de personnalité juridique. La fiction juridique permet de vaincre cette difficulté. Cependant, l'on ne peut perdre de vue d'une part, la chose qu'est l'IA forte, bien qu'elle soit dotée de *machine learning* ; d'autre part, l'importance de l'homme dans sa naissance, sa vie et sa mort. Une fois cet obstacle surmonté, l'application du régime de responsabilité du fait des personnes sera une évidence. Encore faudrait-il savoir quel régime spécifique dont il est question.

B- Une responsabilité inadéquate

14. Une lecture attentive des différents textes civils camerounais, sénégalais et malien montre que l'on peut être responsable des dommages causés par le fait des personnes dont on doit répondre³. Plusieurs régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui sont prévues, en l'occurrence la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs⁴ ; celle des maîtres et des commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans

¹ Cf. *infra* n° 21.

² Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 précité, paragraphe 59, e).

³ Art. 1384, alinéa 1^{er} du Code civil camerounais, art. 142 du Code sénégalais et art. 140 du Code malien.

⁴ Art. 1384, al. 4 du Code civil camerounais, art. 143 du Code sénégalais et art. 141 du Code malien.

les fonctions auxquelles ils les ont employés¹ ; et la responsabilité des instituteurs² et des artisans³, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. L'examen de la jurisprudence française⁴ à titre de droit comparé montre que l'on s'achemine vers la mise en place d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Toujours est-il que l'étude des différents régimes conduit à admettre leur inadéquation à régir la responsabilité du fait de l'IA forte, contribuant ainsi, à rendre davantage incertaine une telle responsabilité.

15. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité du commettant du fait du préposé suppose d'une part l'existence d'un lien de préposition, d'autre part le fait du préposé. Le lien de préposition peut être caractérisé toutes les fois qu'une personne exerce un pouvoir de direction et de contrôle sur l'activité d'autrui, lequel se retrouve alors placé dans une situation de subordination⁵. Celui-ci existe dès lors que le commettant a « *le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé* »⁶. Il s'agit d'une responsabilité objective dans la mesure où ne peut être retenue la responsabilité personnelle du préposé ayant agi en dehors des instructions du commettant dès lors que ce dernier « *ne conteste pas que l'auteur de l'accident était son préposé au moment des faits* »⁷. L'article 148 du Code sénégalais dispose dans le même sens en prévoyant qu' « *en cas d'abus de fonction, un lien de causalité ou de connexité avec l'exercice des fonctions suffit à rendre le commettant responsable* ».

Trois considérations nous conduisent à exclure de ce régime la réparation des dommages causés par l'IA forte. Tout d'abord, la subordination créée par le

¹ Art. 1384, al. 5 du Code camerounais, art. 146 du Code sénégalais et art. 144 du Code malien.

² Art. 1384, al. 5 du Code camerounais, art. 147 du Code malien. Le Code sénégalais traite dans le même article la responsabilité des artisans et des maîtres qui peuvent être vus comme des instituteurs, puisqu'ils sont responsables du dommage causé par les « *personnes qui leur ont été confiées en vue de leur formation professionnelle pendant le temps où elles « sont sous leur surveillance* » (art. 146).

³ Art. 143 du Code malien, art. 150 du Code sénégalais et art. art. 1384, al. 5 du Code camerounais.

⁴ Cass. ass. plén., 29 mars 1991, *D.*, 1991, p. 324, note C. LARROUMET, somm. p. 324, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN.

⁵ Cass. crim., 7 nov. 1968, n° 68-90.118, inédit.

⁶ Cass. civ., 4 mai 1937, cité par C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 160.

⁷ CS camerounaise, arrêt n° 26/CC du 15 nov. 2001, aff. SGILC c/ TOMEKO René, in Fr ANOUKAHA, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile camerounaise*, LERDA, 2008, pp. 292 et s., note J.-P. TCHOU-BAYO.

lien de préposition fait que le commettant utilise à ses propres fins l'activité du préposé. L'idée d'un profit d'activités est donc sous-jacente et constitue d'après la doctrine l'une des idées directrices du fondement social de la responsabilité des commettants¹. Or, bien que cette idée de profit d'activités puisse se vérifier dans le cadre de l'exploitation industrielle d'une IA forte, tel peut ne pas être le cas pour une personne qui acquière un robot d'assistance doté d'une telle technologie².

Certains critères caractéristiques de la relation commettant-préposé, tels le pouvoir de contrôle, de surveillance et de direction du préposé, son choix, sa rémunération, sa qualité d'expert ont été établis au fil du temps. Si l'on peut hésiter en ce qui concerne les critères du choix³, le critère de surveillance, ou encore le critère de l'expertise, l'IA étant nécessairement spécialisée dans un domaine donné⁴, le critère relatif à la direction peut constituer un obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité du commettant. Elle implique d'ailleurs la faute du préposé. Seulement, la règle d'imputabilité exige que le préposé ait eu au moment de la faute la capacité de discernement, ce qui ne peut être le cas d'une IA. Dans cette circonstance, la responsabilité du commettant ne pourra presque jamais être mise en œuvre.

16. En ce qui concerne la responsabilité du maître du fait de ses domestiques, la question principale est celle de savoir si l'IA peut être considérée comme un domestique. Mais, l'on se rend compte que le Code civil camerounais et gabonais traite de la responsabilité du maître dans le même alinéa que celui du commettant. *A priori*, les mêmes critiques peuvent être apportées. Quoi qu'il en soit, les utilisations de l'IA ne se limitent pas à l'emploi à la maison, elle est utilisée de multiples façons allant de l'assistance au travail industriel. De même, elle ne peut être considérée comme un enfant mineur au sens du Code civil, justifiant l'application de la responsabilité des parents. Cette responsabilité exige comme condition l'exercice de l'autorité parentale, condition ne pouvant exister

¹ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 8^{ème} éd., vol. 1, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2014, n° 1-827, p. 815.

² S. OLIVIERA, *La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec*, *op. cit.*, p. 19.

³ Le choix de l'IA forte se fait à partir de critères objectifs de compétence professionnelle à remplir une tâche spécifique ou une fonction précise. Sur le choix du préposé, v. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 1-848, p. 823.

⁴ Sur la qualité d'expert du préposé, cf. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 1-880, p. 839.

dans la relation qu'entretiennent l'IA et le concepteur, le propriétaire ou l'utilisateur.

17. Bien que l'IA forte ait la capacité d'apprentissage, l'utilisateur ne peut être considéré comme un instituteur d'une part parce que l'IA forte comprend un algorithme qui lui permet d'apprendre à partir des données introduites, puis d'évoluer pour arriver à prendre des décisions de manière orientée et autonome. Ne peut donc s'appliquer la responsabilité des instituteurs du fait de leur élève. Tel est également le cas de la responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis bien évidemment parce que l'utilisateur et surtout pas le propriétaire ne dispensent aucune formation professionnelle à l'IA. Au contraire, il acquière et utilise les services de l'IA pour ses compétences professionnelles.

18. Le recours au principe général de la responsabilité du fait d'autrui pourrait apporter un début de réponse. Ce principe permet en effet de reconnaître la responsabilité au-delà des cas énumérés par le Code civil. L'objectif poursuivi est de mettre en rapport un préjudice à réparer et une personne solvable, afin d'améliorer l'indemnisation des dommages. Il va en résulter la combinaison de deux phénomènes. D'une part la découverte de nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui, d'autre part la reconnaissance d'une responsabilité de plein droit.

L'abandon du caractère limitatif de la liste des cas de responsabilité du fait d'autrui s'est faite en droit français dans l'arrêt Blieck du 29 mars 1991¹. Toute personne ayant le pouvoir permanent² d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui répond des dommages que celui-ci a causés³. Tel peut être le cas du beau-père du fait de son beau-fils⁴, des associations sportives de leurs membres⁵, des associations de majorettes du fait des dommages qu'elles ont causés⁶. La condition relative à l'exercice du pouvoir d'organisation, de contrôle et de direction semble constituer un obstacle à l'application de ce régime. En

¹ Cass. Ass. plén., 29 mars 1991, Blieck, n° 89-15231, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 1 ; *D.*, 1991 .324, note Chr. LARROUMET ; *JCP G*, II, 1991, .21673, concl. DONTTENVILLE ; *RTD civ.*, 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN.

² Cette condition s'estompe lorsque la garde d'autrui s'inscrit dans l'exercice d'activités temporaires.

³ Cass. Ass. plén., 29 mars 1991, préc.

⁴ Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-84.075, *Bull. crim.* n° 140, 2000, p. 416.

⁵ Jurisprudence constante depuis Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1995, *Bull. civ. II*, n° 155 ; *JCP G*, II, .22550, note J. MOULY ; *RTD civ.*, 1995, p. 899, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2^{ème} civ., 22 sept. 2005, *Bull. civ. II*, n° 233 ; *JCP II*, 2006, .10000, note D. BAKOUICHE.

⁶ Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 2002, *Bull. civ. II*, n° 289 ; *RTD civ.*, 2003, p. 304, obs. P. JOURDAIN.

effet, l'autonomie décisionnelle de la machine intelligente fait en sorte qu'il est dans sa nature même « *d'échapper au contrôle de l'Homme, voire de se substituer à lui, en particulier lorsque par apprentissage automatique, la machine développe son propre savoir* »¹.

Mais, il ne s'agit que d'un obstacle apparent, dans la mesure où il est admis que celui qui a causé le dommage sous l'emprise d'un trouble mental « *n'en est pas moins obligé à réparation* »², indépendamment du fait qu'il ne soit possible de retenir de faute³. Son comportement est tout autant incertain que celui de l'IA forte. Pourtant, les victimes peuvent obtenir la réparation des personnes qui auraient dû mieux garder l'auteur du dommage et qui peuvent présenter l'avantage d'être plus solvables. Plus encore, l'utilisateur a toujours la possibilité de procéder à une mise à jour, ou de mettre hors service l'IA forte, lorsqu'il existe des signes annonçant des écarts de comportement. Le manquement au devoir de surveillance⁴ retenu pour admettre la responsabilité de certaines personnes du fait des déments permet déjà de voir le bout du tunnel lorsque le dommage résulte du fait de l'IA forte. Mais, « *bien souvent, la vigilance de l'utilisateur ne permettra pas d'empêcher la survenance du dommage* ». Il serait donc souhaitable d'admettre une responsabilité directe, faisant du civilement responsable un assureur tout risque des dommages ou se trouverait impliqué l'IA forte comme tel est le cas de la responsabilité des parents du fait de leur enfant⁵.

II- Une responsabilité concevable

19. Il est facilement compréhensible que l'IA forte puisse être impliquée dans divers incidents, causes de dommages et donc engager sa responsabilité civile. Elle peut être mise au service de fins vertueuses ou au contraire pernicieuses. L'impossibilité de concevoir sa garde en raison de son autonomie décisionnelle a permis que soit d'emblée écarté la responsabilité du fait des choses. Cela ne veut pas pour autant dire que l'application de la responsabilité du fait d'autrui soit sans ambages. Elle s'entend de manière large comme un mécanisme faisant peser sur une personne les conséquences des agissements

¹ A. BONNET, *La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Réflexion sur l'émergence d'un nouvel agent générateur de dommages*, op. cit., p. 20.

² À titre de droit comparé, voir art. 489-2 du C. civ. Français.

³ A. SERIAUX, *Obligations*, cité par Fr. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 733, p. 789.

⁴ Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 1957, D. 1957, p. 163.

⁵ Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-11.287, D., 2001, jurp. p. 2851, note O. TOURNAFOND ; JCP G II, 2001, 10613, note J. MOULY.

d'une autre. Il faut rechercher qui est le civilement responsable, tâche qui semble *a priori* impossible, car, plusieurs acteurs interviennent de sa conception jusqu'à sa mise en circulation. L'instauration d'un nouveau régime s'avère donc impérieux pour l'encadrement de cette nouvelle réalité (A). Pour faciliter l'indemnisation des victimes, il serait souhaitable d'imposer la souscription d'une assurance responsabilité civile qui servira à la couverture des préjudices résultant du fait de l'IA forte (B).

A- Un régime de responsabilité autonome

20. S'il est possible que la personne morale puisse être responsable de ses faits dommageables malgré son caractère désincarné, l'on peut également concevoir que l'IA forte puisse également être responsable. Les victimes de produits et services dotés d'IA ne doivent pas être moins protégées que les victimes des technologies traditionnelles. Par conséquent, un régime de responsabilité qui épouse mieux ses spécificités doit être mis en place. Pour cela, il serait nécessaire qu'elle soit soumise à un régime de responsabilité objective fondé sur le risque et que soit déterminée un civilement responsable.

21. La faute constitue le critère principal de responsabilité civile dans les pays de l'Afrique noire francophone. Cela se confirme aisément lorsque l'on consulte les dispositions des articles 118 du Code des obligations sénégalais, 125 du Code malien et 1383 du Code civil gabonais. Toutefois, l'évolution de la société, la révolution industrielle, le développement des transports ont imposé une évolution des fondements de la responsabilité civile. À celle de la faute, va s'y ajouter la théorie du risque. On observe également une objectivisation des responsabilités du fait d'autrui. À titre de droit comparé, les parents ne peuvent pas par exemple être exonérés en prouvant qu'ils n'ont pas commis de faute d'éducation ou de surveillance¹. Il n'est plus exigé que le fait dommageable commis par l'enfant soit constitutive d'une faute². Bien que le Sénégal et le Mali conserve toujours la possibilité d'une exonération des parents en apportant la preuve de l'absence de faute³ ou de l'impossibilité d'empêcher le fait

¹ Cass. 2^{ème} civ., 19 févr. 1997, *Bull.* II, 1997, n° 56, p. 32.

² Cass. ass. plén., 9 mai 1994, n° 79-16612 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001, n° 99-11287 ; Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, n° 01-14007, 0013787, 01-14007 et 00-13787, cf. C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 163.

³ Art. 142 du Code malien.

dommageable¹, ils reconnaissent la possibilité d'une responsabilité objective en ce qui concerne la responsabilité du fait des choses et de l'animal².

L'on aurait pu invoquer le principe de précaution comme fondement de la responsabilité. Il résulte de la prise de conscience des risques majeurs, mal connus qui accompagnent les progrès technologiques et l'exploitation des ressources. Il suggère l'existence d'une règle de conduite présentant un caractère obligatoire et dont la violation pourrait être source de responsabilité³. Mais, aussi intéressant qu'il puisse paraître, les Codes civils des pays de l'Afrique noire francophone ne l'ont pas encore intégré. En revanche, le risque est bien connu des différents textes. Tout comme la responsabilité de la personne morale⁴, celle de l'IA forte pourrait être soutenue par ce fondement.

Le risque crée ou le profit qu'on en tire de sa mise en circulation pourrait justifiée une telle responsabilité. Il serait donc impérieux d'identifier celui qui crée ou profite de cette mise en service afin qu'il puisse assumer les conséquences de son activité. En effet, l'on part du postulat selon lequel l'activité de la personne derrière le système intelligent est la cause du fait dommageable de cette dernière, de sorte qu'il est logique pour la victime de rechercher la responsabilité de cette personne. Une partie de la doctrine propose d'adapter le régime en consacrant le « *risque-propriété* ». Ainsi, toute personne qui aura la propriété d'un dispositif d'intelligence artificielle acceptera de ce fait les risques de dommages provoqués par l'activité de l'IA forte⁵. Quoi qu'il en soit, il s'agira alors d'une responsabilité de plein droit du propriétaire, l'existence du dommage et d'un lien causal étant suffisant. La notion d'implication telle que retenue en droit des assurances serait la bienvenue pour déterminer le rôle causal des IA désincarnés. Le législateur de l'Union Européenne opte plutôt pour l'établissement d'une présomption réfragable de lien de causalité entre la faute du défendeur, le manquement établi ou présumé, au devoir de vigilance et le résultat produit par le IA⁶. Mais, pour que puisse jouer cette présomption, le demandeur doit démontrer que le résultat de l'IA⁷, ou est à l'origine du dommage,

¹ Art. 145 du Code sénégalais.

² Art. 139, al. 1^{er} du code sénégalais, art. 151 du code malien.

³ C. RADE, « Le principe de précaution, une nouvelle éthique de la responsabilité ? », *Rev. Juridique de l'Environnement*, n° spécial, 2000, p. 80.

⁴ E. A. MOHO FOPA, « Les fondements de la responsabilité des personnes morales en droit privé camerounais », *préc.*, p. 149.

⁵ M. M. CHOUDJEM, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle : étude à partir du droit camerounais*, *op. cit.*, n° 623, p. 297.

⁶ PE et Cons. UE, Prop. dir. COM (2022) 496 final, 28 sept. 2022, art. 4, § 1

⁷ Ou l'incapacité de celle-ci à produire un résultat.

et il doit pouvoir être considéré comme « *raisonnablement probable* », compte tenu des circonstances de l'espèce, que la faute a influencé le résultat de l'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat¹.

Mais, lorsque l'IA est incarnée, c'est-à-dire qu'elle est dotée d'une structure matérielle constituant en quelque sorte son enveloppe corporelle, l'on peut se demander en cas de dommage si c'est le robot qui sera tenu pour responsable ou l'IA qui commande ses mouvements ? En effet, l'IA est un assemblage de composantes matérielles et immatérielles². Toutefois, il ne s'agit que d'une difficulté apparente dans la mesure où c'est l'IA forte qui commande les gestes et mouvements du robot. Le contact entre la machine et la victime matérialise les faits, facilitant ainsi le rattachement du dommage à l'IA forte. Dès lors, lorsqu'elle sera en mouvement, on présumera de son rôle actif dans la réalisation du dommage. À l'inverse, lorsque la machine sera inerte, son rôle causal ne pourra être démontré qu'à travers l'anormalité de sa position ou de sa forme³.

22. La particularité de l'IA forte réside au fait que plusieurs personnes interviennent dans sa mise en circulation. Aucune difficulté ne semble se poser lorsque le propriétaire et l'utilisateur sont une seule et même personne. Mais, quid de l'hypothèse où le propriétaire et l'utilisateur sont deux personnes distinctes ? Tel peut être le cas d'un enfant aimant qui acquiert la propriété d'une IA forte et la met au service de ses parents âgés. Dans une telle hypothèse, doit-on estimer que la responsabilité incombe aux parents parce que l'IA est à leur service ? Ces derniers peuvent ne pas avoir le pouvoir de direction qui a été conservé par celui qui a effectué l'achat ou par le concepteur. Il s'avère important de désigner un civilement responsable.

23. Lorsqu'une personne décide acquérir une IA forte, il doit assumer les risques que pourront engendrer sa mise en circulation. Il sera le civilement responsable d'autant plus qu'il est la personne qui bénéficie en principe de son activité. Le propriétaire, présumé utilisateur est en effet la personne qui dispose

¹ G. MARTI, « Sources européennes et internationales », in *Droit et intelligence artificielle*, JCP G n° 48, chr., 5 déc. 2022, p. 2233.

² Sur la composition des éléments immatériels, lire M. M. CHOUDJEM, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle : étude à partir du droit camerounais*, op. cit., n° 51, p. 28.

³ M. M. CHOUDJEM, *Le droit à l'épreuve de l'intelligence artificielle : étude à partir du droit camerounais*, op. cit., n° 566, p. 275.

la capacité d'allumer ou d'éteindre l'IA. Il dispose d'un droit de rectification¹ qui lui permet de rectifier, de compléter, d'actualiser, de verrouiller ou de faire effacer des données erronées la concernant, et ce, que ces données soient inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite². Une fois la demande effectuée, le responsable du traitement de ces données collectées devra ensuite justifier qu'il a procédé aux rectifications, à l'actualisation et à toute autre opération prévue. Cette personne est donc d'une certaine façon en mesure de « *prévenir le préjudice* »³. Cette solution semble facile à mettre en œuvre d'autant plus que le propriétaire est facilement identifiable, eu égard à l'immatriculation qui devrait être rendue obligatoire. Cette solution facilitera également l'indemnisation, car, elle évitera à la victime le plus souvent profane d'être confrontée aux spécificités en la matière susceptible d'évincer la réparation. L'assurance obligatoire mise à sa charge constitue un atout et par l'exercice d'un recours subrogatoire, c'est le tiers responsable qui réparera en principe le dommage.

Il en résulte que le propriétaire ne peut invoquer le fait d'un tiers pour être exonéré de sa responsabilité. L'objectif de réparation dans ce domaine implique qu'il procède au paiement et par la suite, exerce une action récursoire contre le tiers responsable. En l'occurrence, il s'agira de l'assureur qui a effectué le paiement. Le propriétaire ne pourra être exonéré que s'il apporte la preuve d'une force majeure. Elle est classiquement définie comme étant un événement extérieur, imprévisible et irrésistible⁴ à l'agent responsable du dommage. Tel sera également le cas du fait de la victime. L'exonération sera partielle lorsque les conditions de la force majeure ne seront pas réunies. Mais ces conditions seront difficilement réunies eu égard à la singularité que présente l'IA forte. Quand bien même l'extériorité et l'irrésistibilité dont la preuve est facile existeront, l'imprévisibilité remettra en cause l'exonération totale du propriétaire. Elle est une qualité intrinsèque à la nature de l'IA forte. À partir du moment où l'utilisateur sait que l'IA forte agit de façon imprévisible, tout fait causé par son utilisation doit être considéré comme prévisible. Il s'agit de l'expression de la relativité de la force majeure. La doctrine affirme qu'à partir du moment où l'évènement se

¹ Pour approfondir, cf. M. VIVANT (resp.), L. RAPP, et autres (dir.), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy éd., Wolters Kluwer France, Lamy droit de l'immatériel, 2011, n° 642.

² V. art. 40 de la loi n°78-17 dites loi « *Informatique et libertés* ».

³ S. RETIF. « Un critère unique de la garde d'une chose : la faculté de prévenir le préjudice qu'elle peut causer ? », *Resp. civ. Et assur.* n° 11, 2004, ch. n° 24.

⁴ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz action, 2004/2005, n° 1806, p. 426.

produit, la démonstration de son caractère prévisible est établie¹. Lorsque le fait dommageable résulte de l'action d'un tiers, il importe de l'identifier afin de faciliter l'exercice de l'action récursoire.

24. L'IA forte peut être comparée à un enfant. Tout comme lui, il apprend au contact de son utilisateur et se développe différemment selon le comportement de ce dernier. La responsabilité dépendra alors de la capacité d'apprentissage de l'IA. Plus celle-ci est capable d'apprendre, moins le fabricant pourrait être tenu pour responsable ; plus le robot a été éduqué, plus l'utilisateur serait reconnu responsable. Il faudrait faire une distinction entre les capacités par défaut et celles acquises. Cette distinction devrait s'appliquer, même avec les mises à jour développeur. Ainsi, ce qui découlerait d'un apprentissage auprès de l'utilisateur serait différencié de tous les développements purement techniques du développeur. On parlerait alors de capacités « *développeur* » et de capacités « *acquises* »².

À titre d'illustration, l'on peut envisager d'une part l'hypothèse de l'IA forte qui, n'étant entaché d'aucun vice, cause un dommage sur la base de ses acquis. L'IA apprend de manière correcte, mais elle apprend de mauvaises choses. Imaginons par exemple une IA intégrée à une voiture autonome qui, sur la base des acquis de tous les véhicules autonomes similaires, apprend que dans telle situation, la réponse la plus adéquate est de réduire sa vitesse. Si la voiture provoque un accident dans ces circonstances, la responsabilité du propriétaire sera retenue. Si l'utilisation a été confiée à une autre personne et qu'elle agit pour le compte du propriétaire, la responsabilité du propriétaire sera toujours maintenue. Cette prise de position a pu être justifiée par la délégation de pouvoir donc bénéficie l'utilisateur. Il s'agirait d'une opération tripartite par laquelle « *une personne titulaire de droits subjectifs voit ses droits mis en œuvre volontairement ou involontairement par une seconde personne, qui dès lors devient titulaire d'un pouvoir. Cette seconde personne, au lieu d'exercer elle-même ce pouvoir, demande à une troisième, en son nom mais pour le compte de la première, d'exercer ce pouvoir en tout ou partie* »³. Bien que le lien de subordination ne soit pas exigé, il est néanmoins nécessaire de caractériser un

¹ S. HOCQUET-BERG, « Recherche force majeure...désespérément », *responsabilité civile et assurances* n° 6, juin 2003.

² K. BORNE, « Faut-il une personnalité juridique propre au robot ? », <http://master-ip-it-leblog.fr/faut-il-une-personnalité-juridique-propre-au-robot/>.

³ F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Paris, Litec, 2000, spéc. n° 284, p. 95.

lien d'autorité entre le délégant et le délégataire¹. En ce qui concerne la forme de l'acte, la délégation semble ne reposer sur aucune exigence particulière².

Cependant, il s'agirait du mandat, le propriétaire ayant agi par l'intermédiaire de l'utilisateur. Il s'agit une fois de plus d'une fiction juridique qui considère le propriétaire comme étant présent et absent en même temps. Quand bien même il n'aurait pas donné son accord, la théorie du mandat apparent viendrait opportunément préserver les intérêts du tiers. Le propriétaire pourra toujours exercer une action récursoire. Lorsque l'utilisateur sera le préposé du propriétaire, les règles applicables seront similaires à celles de la responsabilité du commettant du fait des préposés. Si plusieurs personnes font un usage simultané de l'IA, l'on préconise la responsabilité *in solidum*. Un exemple de cette utilisation simultanée est le cas des moteurs de recherches qui se fondent sur des algorithmes.

La seconde est celle où une IA capable de *machine learning* présente un défaut en son cœur, dans son algorithme d'apprentissage. Il lui a été inculqué de mauvaises bases qu'elle va mobiliser afin d'apprendre des comportements qui vont provoquer un dommage. L'IA pourra être considérée comme entachée d'un défaut. Dans ce cas, sera engagée la responsabilité du concepteur puisqu'il s'agit ici de capacités « *développeur* ». Mais, cette solution ne permet pas de résoudre la difficulté lorsque les capacités ont été altérées par l'IA forte.

25. Il s'agit d'une hypothèse semblable à celle d'un enfant qui serait devenu majeur sur le plan civil, et donc à même de pouvoir prendre ses propres décisions. À l'exception du majeur dont les capacités intellectuelles sont altérées et qui doit être placé sous un régime de protection, le majeur est responsable de son propre fait. Cette considération marque donc la ligne de démarcation entre l'enfant et l'IA forte qui doit constamment être placée sous surveillance.

Il est difficile de concevoir la maîtrise totale de l'intelligence apte à prendre ses propres décisions. Pour matérialiser cet état de fait, prenons l'exemple d'une IA forte insérée dans un robot humanoïde qui ayant constaté l'absence des provisions, sort faire les courses de son utilisateur sans en avoir obtenu l'autorisation. Ce dernier doit-il être responsable si au passage le robot renverse une personne ? *A priori* oui, si l'on admet la responsabilité du civilement responsable, sans qu'il soit utile de prouver la faute de l'IA, l'existence d'un fait

¹ E. GROBOIS, *Responsabilité civile et contrôle de la société*, thèse de doctorat, Université de Caen Basse-Normandie, 2012, n° 169, p. 232.

² F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, *op. cit.*, spéc. n° 621 p. 213.

causal étant suffisant¹. Pour éviter cette responsabilité automatique, il est possible techniquement, pour l'utilisateur de la doter d'un système de vérification, d'authentification, de sorte que ce dernier devrait inéluctablement demander l'autorisation d'effectuer la tâche qu'il aurait l'intention de faire², sauf lorsque la vie d'une personne humaine est en danger. Dans ce cas, l'IA peut de façon autonome appeler les secours. Tout acheteur d'une IA forte se voit en principe transférer au moment du versement du prix les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle, lui conférant ainsi une sorte de « *maitrise totale* » de cette dernière. Il peut également transférer ces pouvoirs à une personne de son choix. La contrepartie de ce pouvoir est la responsabilité du titulaire en cas de dommage du fait de l'IA forte. Il s'agira en réalité de la responsabilité de l'utilisateur car c'est lui qui oriente l'IA. Bien qu'il ne puisse la contrôler effectivement, c'est lui qui décide de son emploi et de son adaptabilité à l'environnement dans lequel il en fait usage³.

Seulement, l'on doit faire une distinction entre le pouvoir de gouvernement, de déclenchement et de maîtrise. Le pouvoir de gouvernement est réservé aux concepteurs, sauf pour les IA autodidactes qui induisent un rôle d'instruction par l'utilisateur. Celui de déclenchement est relatif au risque de la mise en marche de l'IA. Le pouvoir de maîtrise quant à lui a une signification proche du concept de garde sur le plan juridique⁴. Lorsqu'une seule personne détient les trois pouvoirs, il est logique qu'elle soit responsable du préjudice causé du fait de l'IA forte, lorsqu'elle a pris une décision autonome. Mais, si plusieurs personnes détiennent ces pouvoirs, dans la mesure où chacune d'elles détient une « *portion de capacité* »⁵, l'on préconise une responsabilité *in solidum*. Toutes ces spécificités sont de nature déconcertante pour la victime le plus souvent profane qui ne cherche qu'à obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi.

¹ V. Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-11.287, préc.

² G. GUEGAN, *L'élévation des robots à la vie juridique*, op. cit., n° 105, p. 48.

³ V. en ce sens N. L. KAAKOUR, *L'intelligence artificielle et la responsabilité civile délictuelle*, mémoire de DEA, Université Libanaise, 2017, p. 126.

⁴ A. BONNET, *La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Réflexion sur l'émergence d'un nouvel agent générateur de dommages*, op. cit., p. 43.

⁵ A. BONNET, *La responsabilité du fait de l'intelligence artificielle, Réflexion sur l'émergence d'un nouvel agent générateur de dommages*, op. cit., p. 43.

26. Pour faciliter la preuve, la proposition de directive de l'Union Européenne du 28 septembre 2022¹ est de permettre à la juridiction nationale d'ordonner la divulgation des éléments de preuve pertinents concernant des IA à haut risque spécifiques soupçonnés d'avoir causé un dommage, lorsque le demandeur s'est vu opposer un refus de divulgation de tels éléments de la part du fournisseur ou de l'utilisateur d'IA². En cas de non-respect, la juridiction nationale est fondée à présumer le non-respect, par celui-ci, du devoir de vigilance imposé par les règles européennes ou nationales³.

Pour faciliter cette noble revendication, il serait souhaitable, tout comme pour les véhicules terrestres à moteur, d'instaurer une assurance obligatoire responsabilité civile à la charge de toutes les personnes qui acquièrent une IA forte.

B- Une assurance responsabilité civile obligatoire

27. La conséquence de la reconnaissance d'une personnalité juridique à l'IA forte est la possibilité qu'elle puisse engager sa responsabilité civile. Il s'agira d'une responsabilité du fait d'autrui, l'intérêt étant de faciliter l'indemnisation. Mais, il ne fait l'objet d'aucun doute que la victime ne peut obtenir réparation que si le civilement responsable est en mesure de supporter le poids de la dette. Fort heureusement, ce poids peut de nos jours être amorti par le mécanisme de l'assurance⁴. Mais, il sera question dans ce cas d'une assurance obligatoire.

28. Sous l'impulsion des évolutions économiques et sociales, le droit de la responsabilité civile se transforme progressivement en un droit qui rompt avec les socles moraux imprégnant le devoir de réparer les dommages. La responsabilité civile serait devenue un simple « *droit des recours subrogatoires* »⁵, lequel ne régirait plus que les rapports entre la sécurité sociale et les

¹ V. PE et Cons. UE, Prop. dir. COM (2022) 496 final, 28 sept. 2022, relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (Directive sur la responsabilité en matière d'IA)).

² PE et Cons. UE, Prop. dir. COM (2022) 496 final, 28 sept. 2022, art. 3, § 1.

³ PE et Cons. UE, Prop. dir. COM (2022) 496 final, 28 sept. 2022, art. 3, § 5 ; lire sur la question G. MARTI, « Sources européennes et internationales », in *Droit de l'intelligence artificielle*, préc., p. 2233.

⁴ I. L. MIENDJIEM, « Le principe de la réparation intégrale, un principe immunodéficient en droit privé africain francophone au Sud du Sahara », préc., p. 356.

⁵ H.-L. WEYERS, *Unfallschäden*, 1971, p. 401 (« *Recht der Regressvoraussetzungen* »).

compagnies d'assurances¹. De plus en plus, la responsabilité intervient en marge d'un tiers-payeur tel l'assureur, redevable des prestations indemnitaires. Ce phénomène constitue en quelque sorte le « *déclin de la responsabilité individuelle* »². Le droit de la responsabilité civile a connu un développement considérable dans le sens de l'extension des cas de responsabilités sans faute. Une partie de la doctrine³ soutient d'ailleurs que les raisons de la condamnation étaient recherchées en analysant la situation juridique de l'auteur du dommage. Toutes ces thèses étaient donc en un sens, subjectives. Elles soutenaient qu'on ne semblait pas s'apercevoir que dans ce conflit, la situation juridique de la victime devrait, elle aussi, être prise en considération. Pour équilibrer la balance de la justice, il fallait mettre autre chose dans le plateau resté vide par l'évanouissement de la faute⁴. Tel fut le cas, non pas grâce aux théories du droit, mais spontanément par la réaction de la pratique des affaires. Il s'agit ni plus ni moins de l'assurance.

29. Le contrat d'assurance est une convention par laquelle l'assureur s'engage à verser à l'assuré une indemnisation, en cas de survenance d'un sinistre, en contrepartie du versement d'une prime. C'est un contrat consensuel, synallagmatique, d'adhésion, et surtout aléatoire dont les risques sont assumés par l'assureur en fonction des probabilités, conformément aux lois de la statistique. L'assurance repose essentiellement sur la technique de la mutualité⁵. Cette dernière implique le groupement de personnes qui, mettant en commun les risques susceptibles de les atteindre, décident de toutes contribuer au règlement des sinistres. Ce règlement est opéré à l'aide des cotisations versées par elles toutes⁶. Pour garantir l'assuré des conséquences pécuniaires encourues lorsqu'il est à l'origine d'un dommage, le produit proposé est l'assurance responsabilité. L'assureur sera donc tenu de réparer le préjudice subi du fait de l'IA forte, lorsque le tiers lésé aura fait une réclamation amiable ou judiciaire⁷.

¹ J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation - Analyse en droits français et allemand*, thèse de doctorat, Universités Panthéon Assas et Cologne, 2011, n° 1, p. 1.

² Titre de la thèse de Mme Geneviève VINEY paru en 1965 chez LGDJ.

³ B. STARCK, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.*, 1958, p. 175 et s.

⁴ En ce sens, v. R. PATRY, « Responsabilité civile et assurances », *RIDC* 2-1997, n° 3, p. 373.

⁵ V.-E. BOKALLI, « L'assurance, une institution méconnue », in mél. P.-G. POUGOUE, *De l'esprit du droit africain*, Wolters Kluwer, Credij, 2014, pp. 151 et s.

⁶ V.-E. BOKALLI, « Le contrat d'assurance de la CIMA », mél. Fr. ANOUKAHA, *L'effectivité du droit, de l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier*, op. cit., p. 144.

⁷ Art. 51 du Code CIMA.

30. En principe, les personnes susceptibles d'engager leur responsabilité sont libres de contracter une assurance responsabilité civile ou d'assumer elles-mêmes le risque de devoir payer les dommages-intérêts. Cependant, cette assurance doit être obligatoire et mise à la charge du civilement responsable de l'IA forte. Cette solution serait assez similaire à la réglementation applicable aux véhicules terrestres à moteur, qui prévoit également l'obligation pour leur propriétaire de souscrire une assurance afin de garantir la couverture des éventuels dommages¹.

Le solidarisme contractuel permettra également de rééquilibrer les rapports fortement marqués par l'inégalité économique des parties au contrat, de fournir au contractants les facilités indispensables pour l'exécution au mieux de leurs obligations². Dans cette logique, l'on ne peut que constater avec une bonne partie de la doctrine³, le rôle capital qu'a joué et continue de jouer l'assurance dans l'évolution de la notion de responsabilité. Il sera plus aisé de condamner l'IA forte à l'origine d'un dommage si l'on sait que l'indemnité sera finalement payée par une compagnie d'assurance qui a encaissé des primes et qui dispose d'un recours contre le tiers responsable. Il convient de rappeler qu'en Afrique francophone noire, il était reproché aux juges de mettre à mal l'équilibre financier des compagnies d'assurances par l'octroi aux victimes de fortes indemnités sur le fondement du principe de la réparation intégrale⁴. Fort heureusement, l'adoption du Code CIMA a neutralisé cette pratique⁵.

Mais, la mise en œuvre de cette assurance obligatoire nécessite l'évolution du secteur dans les pays de l'Afrique noire francophone car, le taux de pénétration sociale de l'assurance reste très faible⁶. Également, le marché de

¹ A. TOUATI, « Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de régime adapté pour gérer les dommages causés par les robots », *Revue Lamy Droit civil* n° 145, 1^{er} févr. 2017, pp. 3-4.

² V.-E. BOKALLI, « Le contrat d'assurance de la CIMA », préc., p. 162.

³ V. par exemple J.-L. BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, éd. Yvon Blais Inc, Cowansville, 1985, p. 7 et 8. Il affirme que les tribunaux n'ont pas hésité à se montrer plus généreux dans l'octroi de dommages-intérêts, au regard de la solvabilité des compagnies d'assurance. Mais aussi, que la connaissance par la victime de la convention d'assurance détenue par l'auteur du préjudice a favorisé la multiplication des demandes en justice, le risque d'insolvabilité étant écarté.

⁴ M. NKOUEJIN YOTNDA, « Un mort qui rapporte des millions : les compagnies d'assurances en péril », *Revue Penant* n°s 788-789, juil.-déc. 1985, pp. 29 et s.

⁵ A.-M. ASSI-ESSO, J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *Droit des assurances*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n°s 1087 et s., pp. 382 et s.

⁶ I. L. MIENDJIEM, « Le principe de la réparation intégrale, un principe immunodéficient en droit privé africain francophone au Sud du Sahara », préc., p. 356.

l'assurance est encore jeune et a connu d'importants problèmes de solvabilité¹. Mais, il n'est nullement question de procéder à un subvertissement du besoin d'indemnisation. En effet, le principe de réparation intégrale qui gouverne la responsabilité civile peut être pour certaines victimes « *un paradis du lucre* »². Tel peut être le cas lorsque la victime plus riche que l'auteur du dommage est indemnisée. Le législateur sénégalais offre tout de même une brèche qui permet de tenir compte des besoins réels de la victime. Il dispose que « *lorsque le montant des dommages-intérêts dépend directement ou indirectement du montant des revenus de la victime, la réparation allouée est appréciée en tenant compte de ses déclarations fiscales relatives aux trois années qui ont précédés celle du dommage* »³.

31. Toutefois, l'assurance responsabilité civile n'est pas considérée du point de vue juridique comme une forme d'assurance pour le compte d'autrui ou au profit d'autrui⁴. Quand bien même elle serait obligatoire, l'assurance responsabilité civile repose nécessairement sur un contrat qui lie l'assureur à l'assuré. Seulement, seul le cadre formel du contrat subsistera. La liberté de contracter ou non, sans laquelle l'on ne peut parler ni de contrat, ni de technique contractuelle disparaîtra. La victime n'est pas partie à ce contrat de sorte qu'elle ne peut que faire valoir contre l'assureur la créance de l'assuré, telle qu'elle résulte du contrat d'assurance. L'assureur pourra donc normalement opposer au tiers lésé les exceptions qu'il pourrait avoir contre l'assuré. Peuvent donc lui être opposées, l'omission, la fausse déclaration, la déclaration tardive si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice⁵.

32. L'obligation de souscrire une assurance responsabilité peut engendrer d'énormes difficultés. La première peut être liée à la personne assujettie au paiement de la prime. *A priori*, l'on dirait que c'est le propriétaire qui est tenu. C'est lui qui souscrit l'assurance et il en va de soi qu'il paye la prime. Mais, cette acception peut paraître injuste à partir du moment où l'IA forte exerce une activité rémunérée, encore qu'en tant que personne, elle doit nécessairement disposer

¹ M. CADOUX, « Le nouvel eldorado de l'assurance », *L'argus de l'assurance*, 2013, www.argusdelassurance.com, consulté le 10 janv. 2019.

² I. L. MIENDJIEM, « Le principe de la réparation intégrale, un principe immunodéficient en droit privé africain francophone au Sud du Sahara », *idem*.

³ Art. 134, al. 2 du Code sénégalais.

⁴ W. KOENIG, *Schweizerisches Verischerungsrecht*, cité par R. PATRY, « Responsabilité civile et assurances », *préc.*, n° 7, p. 377.

⁵ Art. 20, 1° du Code CIMA.

d'un patrimoine. On estime que tout comme les actionnaires ou associés apportent des fonds pour la constitution du capital social, le propriétaire qui souhaite mettre en circulation une IA forte doit mettre à sa disposition un fonds constituant son patrimoine et, c'est sur ce fonds que sera prélevé la prime. L'activité exercée par l'IA pourra permettre de renouveler ce fonds, actif sur lequel sera payé le passif qu'elle va engendrer.

La seconde peut être due au fait que dans bon nombre de cas, l'utilisateur de l'IA forte ne sera pas son propriétaire. Il s'agit d'un constat qui risque de se renforcer avec la désincarnation des IA. L'article 57, alinéa 2 du Code CIMA permet de résoudre cette difficulté. Il dispose que dans le cadre d'une assurance de personnes et lorsqu'il est prévu par le contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur l'indemnité du fait de l'accident, peut être exercé contre la personne tenue à réparation dans la limite du préjudice subi par l'assuré et non réparé par le tiers responsable. L'assureur devra donc veiller à chaque fois que la clause permettant le recours subrogatoire soit insérer dans le contrat d'assurance à partir du moment où la personnalité électronique a été reconnue à l'IA forte. Il serait donc opportun aux compagnies d'assurance de prévoir un régime particulier, afin de tenir compte de la spécificité de l'IA.

À titre de droit comparé, le législateur français tient compte de la nature particulière de l'IA dans l'évaluation des dommages. Au détour d'un décret du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « *DataJust* »¹, il a introduit de façon discrète l'IA dans le droit de la responsabilité civile. L'article 1 du texte envisage plusieurs fonctionnalités pour ce nouvel outil parmi lesquelles « *l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels* » ou encore « *l'information des parties et l'aide à l'évaluation du montant de l'indemnisation à laquelle les victimes peuvent prétendre afin de favoriser un règlement amiable des litiges* ». L'idée est de mettre à profit le mouvement d'*open data* des décisions de justice pour les compiler et en tirer des enseignements sur la pratique judiciaire². Les assureurs pourraient utiliser leur expérience dans l'indemnisation et établir une base sur laquelle ils pourraient évaluer le sinistre. Cette solution permettrait d'éviter les sous-évaluations et par conséquent, les contentieux. On s'inscrirait alors dans

¹ D. n° 2020-356, 27 mars 2020 ; JO 29 mars 2020, texte n° 2, note A. BENSAMOU et T. DOUVILLE ; *JCP G* 2020, act. 582.

² S. MERABET, « Droit et Intelligence Artificielle, Droit de la responsabilité civile », *JCP G* n° 27, 6 Juillet 2020, doct. 840.

une logique de « *justice prédictive* »¹ de nature à réduire de manière considérable la saisine des tribunaux. Cet objectif ne pourra être atteint que si les décisions de justice en Afrique noire francophone sont publiées, ce qui est à l'heure actuelle loin d'être le cas. Il est plus que jamais temps pour la justice de se moderniser en intégrant dans son fonctionnement l'informatisation des données. Le législateur OHADA du droit commercial général incite d'ailleurs en ce sens en prévoyant un livre sur l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier².

33. La souscription d'une assurance responsabilité civile apparaît donc comme indispensable à la mise en service d'une IA forte. Cette obligation doit s'étendre à toutes les personnes intervenant dans le processus de mise en marche d'une IA forte, en l'occurrence le concepteur, le programmeur. Une obligation similaire à celle des professionnels de la réparation, de la vente et du contrôle de l'automobile doit être mise à leur charge. Ainsi, ils doivent être tenus de prendre une assurance pour leur propre responsabilité et celle des personnes travaillant dans leur exploitation³. Tout comme le propriétaire, ils seront astreints à une multitude d'obligations en contrepartie de la couverture du risque. Il doit déclarer les risques et payer la prime. Ils doivent répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances⁴ qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge⁵. En cours de contrat, la déclaration du risque reste toujours possible eu égard aux différentes modifications susceptibles d'intervenir. Il ne suffit pas seulement de porter initialement à l'attention de l'assureur les informations ayant une influence sur l'opinion du risque, mais également de porter à sa connaissance toutes les circonstances de nature à modifier cette opinion⁶.

¹ S. MERABET, « Droit et Intelligence Artificielle, Droit de la responsabilité civile », *idem*.

² Art. 79 et s. de l'AUDCG.

³ Pour les véhicules terrestres à moteur, v. art. 201, al. 1^{er} du Code CIMA.

⁴ Les circonstances peuvent être objectives ou subjectives. Les circonstances objectives sont celles qui tiennent à l'objet du contrat et permettent à l'assureur de mesurer la probabilité et l'intensité du risque, afin de le tarifier en conséquence. Les circonstances subjectives sont celles qui concernent la personne même de l'assuré.

⁵ Art. 12, 2) du Code CIMA.

⁶ Art. 12, 3) du Code CIMA.

34. Le développement de l'IA bouleverse le régime de responsabilité tel qu'établi par les Codes civils des pays de l'Afrique noire francophone. Ainsi, le régime applicable sera fonction du degré d'autonomie conféré à l'IA. Moins l'IA dispose d'une autonomie, plus elle se rapproche du régime des biens. *A contrario*, le régime applicable à l'IA forte se rapproche de celui des personnes, justifiant que l'on puisse envisager de lui attribuer une personnalité juridique et son corollaire, la reconnaissance de sa responsabilité sur le plan civil. Absurdité ou extravagance, cette attribution de la personnalité juridique aura pour conséquence de troubler gravement les catégories juridiques, en donnant vie à une chimère à la fois sujet et objet de droit. La conséquence de la mise en place d'une responsabilité électronique serait entre autres l'existence d'un régime de responsabilité objective facilitant l'indemnisation de la victime du dommage. Cependant, aucun régime de responsabilité du fait d'autrui, y compris le principe général ne semble adéquat eu égard à la spécificité que présente l'IA forte. Ceci traduit les limites que présentent les règles actuelles à prévenir et réparer les préjudices suscités par l'IA forte. Il serait donc judicieux de mettre sur pied un régime de responsabilité qui lui soit propre.

Une adaptation de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants pourrait permettre d'atteindre cet objectif. Ainsi, le propriétaire sera de plein droit responsable du fait de l'IA forte, avec la possibilité d'exercer une action récursoire contre le tiers responsable. Ce tiers pourra être le concepteur lorsque le dommage résulte d'une altération des capacités « *développeur* » de l'IA. Cependant, nul n'est besoin d'octroyer la personnalité juridique à l'IA forte pour pouvoir appliquer cette solution. Elle pourrait donner lieu à une déresponsabilisation des utilisateurs et des concepteurs, qui seraient moins regardant quant à la dangerosité ou non de la machine. En fin de compte, la problématique principale concernant l'IA réside en son acceptation par l'homme. « *Les choses changent. Mais si vite [...] Est-ce que les habitudes des hommes pourront suivre ?* »¹.

¹ Citation d'Isaac ASIMOV.

**LA DIALECTIQUE DE LA CLAUSE DE LA NATION
LA PLUS FAVORIÉE EN MATIÈRE
D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS : QUEL
IMPACT SUR LA COMPÉTENCE DANS
L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL ?**

Georges Philippe Zakhour – Professeur adjoint –

Université Prince Sultan, Faculté de droit – Avocat à la Cour

En reprenant l'éventail de diverses techniques destinées à la protection des investisseurs étrangers, l'on se rend compte que la clause de la nation la plus favorisée en occupe la partie principale¹. D'ailleurs cette clause, vieille de plusieurs siècles², est une disposition conventionnelle selon laquelle un ou plusieurs États se consentent à accorder le traitement de la nation la plus favorisée à un ou plusieurs États bénéficiaires³. Avec beaucoup de progrès au fil

¹ V. OCDE, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, § 2.2.

² V. B. Nolde, La Clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels, RCADI, t. 39, 1932, pp. 25 et s. ; V. également C. Rossillion, La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, JDI, 1955, n°1, pp. 76-106 ; D. Vignes, La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine: problèmes posés par la Communauté économique européenne, RCADI, t. 130, n° II, 1970, pp. 207-349 ; OCDE, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, n° 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris ; C. Crépet Daigremont, Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international *in* Ch. Leben, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162 ; CDI, Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du Groupe de Travail, A/CN.4/L.719, Publication des Nations Unies, Genève, 2007, ; Y. Radi, The application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse", EJIL, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774 ; S. Suvedi, International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, Portland, 2008, pp. 68 et s. ; C. Crépet Daigremont, La clause de la nation la plus favorisée, Thèse, Paris II, 2009 (sous la direction de Charles Leben) ; CNUCED, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, Genève, 2010.

³ C.-G. Mekpo, La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes, Bulletin de droit économique, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9 ; A. De Nanteuil, Droit international de l'investissement, 2^{ème} édition, Pedone, Paris, 2017, pp. 319-332 ; V. également, J. Cazala, Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement national, *in* Leben Ch. (dir.), Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Pedone, Paris, 2015 ; C. Crépet Daigremont, La clause de la nation la plus favorisée, Pedone, Paris, 2015 ; W. Ben Hamida, Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ?, JDI, n°4, 2007, pp. 1127-1162 ; J. Cazala, Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral, Cahier de l'arbitrage, Gazette du Palais, 2007, pp. 3880-3882 ; H. Labidi, Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ?, *in* F. Horchani (dir.), Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pedone, Paris, 2006, pp. 31-44 ; CDI, Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, Document A/CN.4/213, Annuaire de la Commission du droit international, 1969, vol. 2, pp. 163-193 ; CDI, Deuxième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, Document A/CN.4/228, Annuaire de la Commission du droit international, 1970, vol. 2, pp. 213-260 ; CDI, Quatrième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, Document A/CN.4/266, Annuaire de la Commission du droit international, 1973, vol. 2, pp. 95-115 ; CDI, Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée et commentaires, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session, Document A/33/10,

des ans, elle voit son champ d'application se répandre et régir ainsi la matière des investissements étrangers en se trouvant incluse dans la majorité des traités bilatéraux d'investissement.

Il va falloir remarquer, par ailleurs, que cette clause permet le déploiement, au profit des investisseurs, d'un traitement plus favorable que l'État hôte aurait accordé aux ressortissants d'un État tiers. Ainsi la mise en œuvre de ses effets assurerait le traitement le plus avantageux aux opérateurs étrangers que l'État hôte réserve aux ressortissants d'États tiers¹. En ce sens que ce procédé aurait pour mission d'unifier les relations juridiques nouées entre les différents investisseurs et cela afin d'écartier toute discrimination entre lesdits investisseurs installés dans un le même pays d'accueil.

Cette clause, du reste, ne constitue pas une norme directe, en ce qu'elle n'engendre pas, du fait de sa seule présence, le droit à un avantage particulier et privilégié. Elle ne le procure qu'indirectement, c'est-à-dire dans la mesure où un traitement plus favorisé a été octroyé à d'autres investisseurs qu'à celui qui invoque sa mise en œuvre.

Reconnue par certains comme étant l'instrument protecteur le plus efficace pour les investisseurs étrangers², les développements suivants auront pour objet de déterminer, dans quelle mesure cette clause, incluse dans une convention bilatérale d'investissements, devrait permettre à l'opérateur étranger,

pp.19-83 ; CDI, Rapport du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, Document A/CN.4/L.828, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa Soixante-cinquième session, pp. 114-118 ; CDI, Rapport final du groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, Document A/CN.4/L.852, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-septième session, pp. 158-207 ; V. aussi l'article 4 du Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission du droit international à sa trentième session, en 1978, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *in* CDI, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée*, Doc. A/CN.4/SER.A, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. 2, p. 11.

¹ A. Piot, *La clause de la nation la plus favorisée*, *Revue critique de droit international privé*, vol. 45, n° 1, 1956, pp. 1-20, spéc. p. 1.

² V. dans ce sens, H. Labidi, *Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ?*, *in* F. Horchani, *Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 31 et s. L'auteur décrit la clause de la nation la plus favorisée comme étant la « *clé de voûte des traités de commerce et prend actuellement ses marques dans le domaine de l'investissement [...]* ».

bénéficiaire de cette convention de base, de se prévaloir des dispositions procédurales plus avantageuses insérées dans un autre traité de protection et de promotion des investissements conclu par l'État hôte avec un État tiers.

L'application de la norme de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends demeure, jusqu'à présent, très controversée¹. Dans ce contexte, il semble qu'il faille se rappeler que, depuis la fameuse sentence rendue à l'occasion du litige opposant la société AAPL au Sri Lanka², l'investisseur étranger

¹ V. dans ce sens, CIRDI, affaire *Beijing Urban Construction Group c. Yémen*, ARB/14/30, décision sur la compétence du 31 mai 2017, § 113 : « *The Tribunal agrees with the Respondent's general proposition that the use of an MFN provision to extend the scope of the Respondent's consent to the dispute resolution clause is controversial* » ; CIRDI, affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, ARB/03/19, décision du Comité ad hoc du 5 mai 2017, § 252 : « *The Committee is aware that, contrary to what a recital of the above suggests and as recognized by the tribunals in the above-mentioned cases as well as by other tribunals dealing with the same question, ICSID jurisprudence is far from unanimous on the question whether MFN clauses can be invoked by investors to benefit from more favorable dispute settlement provisions in third-State treaties [...]* » ; V. également, S. Schill, *Maffezini v. Plama : Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement*, in M. Kinnear, G.-R. Fisher, et al. *Building International Investment Law : The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, pp. 251-266, spéc. p. 251 et 264 : « *There are few other issues in the still young history of investment treaty arbitration that have proven to be as controversial as the application of most-favored-nation ("MFN") clauses to matters of dispute settlement. In the practice of investment treaty arbitration (the arena), the issue has generated fundamentally conflicting approaches [...] Arbitral jurisprudence on whether MFN clauses can apply to matters of dispute settlement has led to one of the most fascinating and controversial debates in international investment law during the last fifteen years. While some see the decision in Maffezini v. Spain as having "opened the floodgates" for a host of unwanted cases, others welcome the development as taking non-discrimination in substantive treatment and enforcement of investor rights seriously, thus enhancing States' compliance with investment treaty obligations. Yet, while States are increasingly reacting to the jurisprudence on MFN treatment and dispute settlement in new treaties, a resolution of the debate on the interpretation of MFN clause in old treaties is nowhere in sight. Instead, as the tribunal in ST-AD v. Bulgaria aptly stated, when contemplating arbitral precedent on the issue at stake: "far from constituting a jurisprudence constante, they reflect a complete lack of consistency, which results from a fundamental difference of views between the various arbitrators". Thus, potentially new arguments will be brought and tested on either side of the schism. Yet, that arguments will ever be able to persuade the respective other to convert, is likely an idle hope. Still, this hope drives many of those spilling ink on the issue at stake. Whether they are writing for the tower, trying to influence the thinking of future generations of international investment lawyers, or for the arena, signaling their position on the issue to current or potentially future parties, they are engaged in the struggle for the appropriate contours of international investment law* ».

² CIRDI, affaire *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka*, ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, telle que traduite in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, pp. 323-242.

est capable de présenter, de façon unilatérale une procédure d'arbitrage contre l'État hôte du seul fait qu'une clause juridictionnelle est prévue dans le traité liant l'État dont il est ressortissant, à l'État hôte. En effet, la grande majorité des conventions internationales de promotion et de protection des investissements envisage des dispositions ayant trait au règlement des différends. Or, la rédaction de ces clauses d'arbitrage peut remarquablement varier d'un traité à l'autre. Dans ce cas, y a-t-il lieu de restreindre l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux questions substantielles¹ ou, à l'inverse, faut-il qu'elle déploie ses effets pour atteindre les droits procéduraux ? En d'autres termes, l'opérateur étranger peut-il faire appel à l'application de la norme de la nation la plus favorisée contenue dans le traité de base afin de garantir, non seulement ses droits substantifs, mais également ceux relatifs à la procédure ? Si tel était le cas, un opérateur ressortissant d'un État avec lequel l'État hôte a conclu une convention bilatérale d'investissement qui contient une telle clause pourrait-il se prévaloir d'un mécanisme de règlement plus propice prévu dans une autre convention bilatérale conclue par l'État hôte avec un État tiers² ?

Face à ces interrogations, cet article a pour objet de montrer que la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée semble être réservée aux questions de fond sans admettre son extension au traitement procédural.

La portée de la clause de la nation la plus favorisée, limitée aux questions d'ordre substantiel, se fonde en premier lieu, sur les restrictions dérivant du principe *ejusdem generis* selon lesquelles, les normes conventionnelles les plus favorables doivent porter sur la même matière dont la clause fait l'objet afin d'éviter l'extension illégitime des effets de cette norme entraînant sans doute le risque du *forum shopping* (I) et, en second lieu, sur le refus de fonder le consentement à l'arbitrage sur cette clause (II).

¹ L'extension des effets de la clause de la nation la plus favorisée aux droits substantiels étrangers n'a posé - sauf quelques exceptions - aucun problème. V. par exemple, C. Crépet Daigremont, La clause de la nation la plus favorisée, Pedone, Paris, 2015, pp. 346-353.

² E. Gaillard, Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, *New York Law Journal*, 2005, p. 3 ; V. également, W. Ben Hamida, Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : Que dit l'histoire ?, *JDI*, 2007, pp. 1127-1162.

I. L'interprétation défavorable du principe *ejusdem generis* et le risque du forum shopping

Les réfutations de l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux questions processuelles et plus spécifiquement à celle du règlement des différends se basent sur l'argument selon lequel cette clause ne peut permettre à l'investisseur étranger qui s'en prévaut de bénéficier des règles procédurales plus avantageuses que prévoient d'autres traités conclus par l'État hôte avec des États tiers. En effet, l'expansion du champ d'application de la norme de la nation la plus favorisée aux questions relatives à la procédure présente le désavantage de l'éclatement des contentieux transnationaux, ce qui aboutirait nécessairement à une extension illégitime de la clause de la nation la plus favorisée.

Pour pallier cette situation, maintes solutions ont été évoquées, parmi lesquelles celle préconisée par la Commission du droit international¹ qui voit dans l'application du principe *ejusdem generis*² un remède au problème de l'extension illégitime de la norme de la nation la plus favorisée.

En effet, par la mise en œuvre du principe *ejusdem generis*, « une clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère »³. Ce principe permettra ainsi aux juridictions confrontées à l'application de la norme de la nation la plus favorisée d'en limiter la mise en œuvre au seul domaine de relations envisagé par les États parties au traité. Cette règle pourra donc être regardée comme exigeant une identité de genre des traités en cause, le traité de base contenant la norme de la nation la plus favorisée et le traité tiers prévoyant un traitement plus avantageux.

¹ La Commission du droit international, créée en 1947 par l'Assemblée générale des Nations Unies a pour but d'intensifier le développement et la codification du droit international.

² Célèbre aussi sous la notion de l'identité de genre, ce principe est un principe général et essentiel dans l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

³ V. OCDE, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, Paris, 2004, § 3.2.

D'ailleurs, le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée fait référence à une telle condition. L'article 9 de ce projet dispose qu'

« 1) en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause.

2) L'État bénéficiaire acquiert les droits prévus au paragraphe 1 uniquement en ce qui concerne des personnes ou des choses qui sont spécifiées dans la clause ou qui sont implicitement visées par la matière objet de la clause » ;

puis ajoute aux termes de l'article 10 qu'

« 1) en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'État concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause.

2) L'État bénéficiaire n'acquiert des droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses :

a) Appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un État tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'État concédant ; et

b) Se trouvent avec l'État bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a se trouvent avec cet État tiers »¹.

Mais qu'en est-il alors des droits plus avantageux d'un traité lesquels ne se rapportent pas à la matière dont la clause fait l'objet comme l'exige le principe

¹ Texte adopté par la Commission à sa trentième session, en 1978, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient en outre des commentaires sur le projet d'articles, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1978, vol. 2, deuxième partie.

ejusdem generis? La norme de la nation la plus favorisée pourrait-elle être comprise comme élargissant le champ de compétence arbitrale pour englober des types de différends non prévus dans ceux que le traité lui-même vise ?

Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Telenor Mobile Communications AS contre République de Hongrie*¹, statuant sous les auspices du CIRDI adopte une approche très restrictive à l'égard de l'extension des effets de la norme de la nation la plus favorisée au mécanisme de règlement des différends en considérant que : « *Those who advocate a wide interpretation of the MFN clause have almost always examined the issue from the perspective of the investor. But what has to be applied is not some abstract principle of investment protection in favour of a putative investor who is not a party to the TBI and who at the time of its conclusion is not even known, but the intention of the States who are the contracting parties. The importance to investors of independent international arbitration cannot be denied, but in the view of this Tribunal its task is to interpret the TBI and for that purpose to apply ordinary canons of interpretation, not to displace, by reference to general policy considerations concerning investor protection, the dispute resolution mechanism specifically negotiated by the parties* »².

En somme, quatre fondements juridiques appuient largement l'admission d'une interprétation aussi rigoureuse du principe *ejusdem generis* par le tribunal arbitral. Le premier, dérive du sens exact de la terminologie « traitement » qui ne pourrait s'interpréter comme englobant un traitement relatif à la procédure et donc s'étendre pour faire prévaloir le mécanisme le plus favorable de règlement des différends³. Le second découle d'un besoin d'éviter de donner naissance au

¹ CIRDI, affaire *Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie*, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006.

² *Ibid.*, § 95.

³ *Ibid.*, § 92 : « *In the first place, Article 31 of the 1969 Vienna Convention on Treaties requires a treaty to be interpreted "in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purposes." In the absence of language or context to suggest the contrary, the ordinary meaning of "investments shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State" is that the investor's substantive rights in respect of the investments are to be treated no less favourably than under a TBI between the host State and a third State, and there is no warrant for construing the above phrase as importing procedural fights as well. It is one thing to stipulate that the investor is to have the benefit of MFN investment treatment but quite another*

phénomène insalubre du chalandage de traités ou de *treaty shopping*¹. Le troisième réside dans le souci d'engendrer une déstabilisation juridique du fait qu'une clause de règlement des différends restrictive pourrait voir ses effets élargis par la seule mise en œuvre de la norme de la nation la plus favorisée². Enfin, le quatrième repose sur le respect de la volonté des parties exprimée dans le traité de base. En effet, les parties ont spécifiquement négocié une clause étroite de règlement des différends pour qu'elle se trouve appliquée, et non bafouée par la mise en œuvre de la norme de la nation la plus favorisée dès qu'une clause juridictionnelle plus avantageuse aurait été insérée dans un traité tiers³.

D'ailleurs, la pratique arbitrale discerne communément entre l'extension légitime de la norme de la nation la plus favorisée dont le but ultime est d'aplanir autant que possible les différences de traitement et l'extension illégitime n'ayant comme objectif principal que de favoriser le *forum shopping* considéré comme un abus dans l'usage de l'option de compétence. Afin d'éviter les conséquences

to use an MFN clause in a TBI to bypass a limitation in the very same TBI when the parties have not chosen language in the MFN clause showing an intention to do this, as has been done in some BITs » ; pour une analyse plus approfondie sur cette question, V. not., J. Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law, OUP, Oxford, 2016.

¹ CIRDI, affaire *Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie*, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, § 93 : « [...] the effect of the wide interpretation of the MFN clause is to expose the host State to treaty-shopping by the investor among an indeterminate number of treaties to find a dispute resolution clause wide enough to cover a dispute that would fall outside the dispute resolution clause in the base treaty, and even then there would be questions as to whether the investor could select those elements of the wider dispute resolution that were apt for its purpose and discard those that were not ».

² *Ibid.*, § 94 : « Thirdly, the wide interpretation also generates both uncertainty and instability in that at one moment the limitation in the basic TBI is operative and at the next moment it is overridden by a wider dispute resolution clause in a new TBI entered into by the host State ».

³ *Ibid.*, §95 : « [...] It must be obvious that such a State, when reaching agreement on the latter form of dispute resolution clause, intends that the jurisdiction of the arbitral tribunal is to be limited to the specified categories and is not to be inferentially extended by an MFN clause, Where, as in the present case, both parties to a TBI which restricts the reference to arbitration to specified categories have entered into other BITs which refer all disputes to arbitration or where they have concluded other BITs some of which refer all disputes to arbitration while others limit such a reference to specified categories of dispute, then it can fairly be assumed that in the TBI in question the two parties share a common intention to limit the jurisdiction of the arbitral tribunal to the categories so specified, In these circumstances, to invoke the MFN clause to embrace the method of dispute resolution is to subvert the intention of the parties to the basic treaty, who have made it clear that this is not what they wish ».

néfastes d'un tel phénomène, d'importantes limites ont été dressées par les arbitres. Pour cela, afin de respecter la volonté des États parties au traité de base, la mise en œuvre des règles et des considérations d'ordre public que les parties au traité avaient envisagées et jugées comme fondamentales lors de la ratification dudit traité ne peut se voir écartée par l'application de la norme de la nation la plus favorisée.

Ce raisonnement fut d'ailleurs consolidé par la sentence relative à l'affaire *Salini contre Jordanie*, dans laquelle le tribunal se montre méfiant à l'égard de l'usage de la norme de la nation la plus favorisée qui tend à faciliter le *forum shopping*¹. En l'espèce, il s'agissait de savoir si l'entreprise italienne Salini était en mesure d'invoquer la mise en œuvre de la norme de la nation la plus favorisée que consacre le TBI jordano-italien² afin de bénéficier d'une procédure plus avantageuse incluse dans le TBI jordano-américain prévoyant le recours à l'arbitrage CIRDI³, et cela, malgré l'existence d'une clause contractuelle attributive de compétence en faveur des juridictions nationales jordaniennes dans le contrat d'État. Le tribunal, après avoir souligné l'absence d'une commune volonté des parties en vue d'élargir les effets de la clause de la nation la plus favorisée aux questions processuelles surtout en présence d'une mention expresse des parties d'exclure des litiges contractuels de la compétence CIRDI, déclina sa compétence en signalant que : « *The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the Maffezini case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of "treaty shopping" »*⁴.

Il semble ainsi convenable d'admettre, eu égard à un tel raisonnement, que l'opérateur étranger, bénéficiaire des dispositions d'une clause de la nation la

¹ CIRDI, affaire *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004, § 114-115.

² Article 3 du TBI Jordanie-Italie, signé le 21 juillet 1996 et entré en vigueur le 17 janvier 2000.

³ Article XI du TBI États-Unis-Jordanie, signé le 2 juillet 1997 et entré en vigueur le 12 juin 2003.

⁴ CIRDI, affaire *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004, § 115.

plus favorisée, se trouve face à deux limites. La première, dérive de l'objet même de cette clause qui ne peut attirer que les questions relevant de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère. La seconde découle sans doute des droits conférés par l'État hôte aux pays tiers.

De surcroît, à côté des impositions du principe *ejusdem generis*, un autre argument tiré de la condition du consentement exprès à l'arbitrage, a fondé en jurisprudence le rejet de l'application de la clause de la nation la plus favorisée en matière procédurale.

II. L'interprétation restrictive de la condition du consentement exigée par la Convention CIRDI

Le principe du consentement à l'arbitrage jouit d'une telle spécificité en matière d'investissements étrangers qu'il pourrait paralyser toute extension de la clause de la nation la plus favorisée aux problèmes procéduraux. Cela étant, une interrogation se forme à ce niveau : est-ce qu'un consentement stipulé de façon restrictive pourrait voir son champ élargi par l'application de la norme de la nation la plus favorisée ?¹

¹ La question a fait l'objet d'abondantes études. V. par exemple, C.-G. Mekpo, La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes, *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9., spéc. p. 7 : « Grâce à la prolifération des TBI dont la plupart incorporent les clauses « indirectes », la clause NPF contribue à renforcer le recours systématique contre l'État institué par l'arbitrage unilatéral. Comme un nain juché sur des épaules d'un géant, l'extension de la clause NPF aux règles de procédure permet à l'arbitrage transnational unilatéral d'exercer un effet additionnel sur l'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux. Dès lors, les tempéraments apportés par certains tribunaux quant à l'affirmation du principe d'extension automatique de la clause NPF sont plutôt bienvenus » ; N. Rubins, MFN Clauses, Procedural Rights and a Return to the Treaty Text, in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 213-229 ; P. Acconci, Most-Favoured-Nation Treatment, in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, OUP, Oxford, 2008, pp. 363-406 ; S. Fietta, Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties : A Turning Point ?, *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 136-151 ; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, CUP, Cambridge, 2009, p. 345 : « [...] The proper formulation of the question is whether there is an intrinsic distinction between substantive obligations of investment protection, on the one hand, and

La question s'est d'ailleurs posée dans l'affaire *Plama contre Bulgarie*¹. Le tribunal arbitral, en se basant sur l'aspect consensuel de l'arbitrage ainsi que sur l'autonomie qui caractérise les clauses de règlement des différends, s'abstient d'élargir le champ de compétence arbitral par le biais de la clause de la nation la plus favorisée. En l'espèce, le traité bilatéral d'investissement entre la République de Chypre et la République de Bulgarie prévoyait expressément que seuls les litiges relatifs à l'appréciation des dommages-intérêts sont susceptibles d'être soumis à l'arbitrage alors que les traités conclus par la République de Bulgarie avec des États tiers prévoyaient un champ de compétence plus élargi. Le tribunal considère que, pour que la norme de la nation la plus favorisée s'applique au règlement des différends, il fallait que cette norme prévoie une intention suffisamment claire en ce sens : « *The present Tribunal agrees with that observation, albeit that the principle with multiple exceptions as stated by the tribunal in the Maffezini case should instead be a different principle with one, single exception: an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them* »². Le tribunal s'est ainsi abstenu de mettre en œuvre la clause de la nation la plus favorisée en matière de règlement des différends et a souligné que les parties au TBI devaient être supposées avoir exclu le procédé d'arbitrage qui forme un accord spécifique : « *When concluding a multilateral or bilateral investment treaty with specific dispute resolution provisions, states cannot be expected to leave those provisions to future (partial) replacement by different dispute resolution provisions through the operation of an MFN provision, unless the States have explicitly agreed thereto (as in the case of BITs based on the UK Model BIT). This matter can also be viewed as forming part of the nowadays generally accepted principle of the separability (autonomy) of the arbitration clause. Dispute*

investment treaty provisions on the jurisdiction of tribunals, on the other, which make the application of the MFN clause to the latter impermissible ».

¹ V. not., N. Gallus, *Plama v. Bulgaria and the Scope of the Investment Treaty MFN Clauses*, *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005.

² CIRDI, affaire *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005, § 223.

resolution provisions constitute an agreement on their own, usually with interrelated provisions »¹.

Le tribunal arbitral à l'occasion de l'affaire *Vladimir et Michael Berschader contre Russie* a adopté une approche ressemblante en estimant que la norme de la nation la plus favorisée ne peut jouer comme clause arbitrale par référence sauf si une mention expresse en ce sens a été prévue : « *The tribunal in the Gas Natural case suggested that as a matter of principle MFN provisions in BITs should be understood to be applicable to dispute settlement provisions unless it appears clearly that the parties intended otherwise. For the reasons developed above, it should be evident that this Tribunal cannot accept that standpoint. Instead, the present Tribunal will apply the principle that an MFN provision in a BIT will only incorporate by reference an arbitration clause from another BIT where the terms of the original BIT clearly and unambiguously so provide or where it can otherwise be clearly inferred that this was the intention of the contracting parties* »².

Dans un même mouvement, le tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Wintershall contre Argentine*, refuse d'admettre que la norme de la nation la plus favorisée incluse dans une convention bilatérale d'investissement élargisse *ipso facto* le champ de compétence arbitrale en relevant que le consentement ne se présupait pas, mais devrait être prouvé : « *Besides, it is a general principle of international law that international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent. The principle is often described as a corollary to the sovereignty and independence of the State. A presumed consent is not regarded as sufficient, because any restriction upon the independence of a State (not agreed to) cannot be presumed by courts* »³.

¹ *Ibid.*, § 212.

² SCC, affaire *Vladimir et Michael Berschader c. Russie*, arbitrage de l'Institut de la Chambre de commerce de Stockholm, aff. n° 080/2004, sentence et opinion dissidente du 21 avril 2006, § 181.

³ CIRDI, affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, ARB/04/14, sentence du 8 décembre 2008, § 160, 3^{ème} alinéa.

Christopher Thomas, arbitre dans l'affaire *Hochtief AG contre Argentine*, souligne quant à lui dans une opinion dissidente, que le principe de la compétence-compétence ne peut s'interpréter comme autorisant le tribunal à appliquer la clause de la nation la plus favorisée afin de fonder sa compétence et que celle-ci devrait premièrement être établie pour que la clause de la nation la plus favorisée puisse être mise en œuvre. Il souligne en l'occurrence que : « *Before examining the Treaty, I wish to note an important issue on which we are all agreed. At paragraph 22, the Decision correctly notes that the "Tribunal's jurisdiction depends upon the existence of an agreement between the two parties to the dispute-Hochtief and the Republic of Argentina." It is only if such agreement exists that the Tribunal is then vested with jurisdiction to apply the Treaty* »¹ et ajoute que : « *There is no doubt that, as observed in paragraph 11 of the Decision, when considering an objection to its competence, a tribunal plainly has the power to interpret the treaty as a whole in order to determine whether it is properly seised with jurisdiction. However, I do not believe that the Kompetenz-Kompetenz power can be used to create the Tribunal's jurisdiction. In my respectful view the approach taken seems to elide the question of competence and the application of the provisions of the Treaty* »².

Plus récemment encore, Laurence Boisson de Chazournes, arbitre dissident dans l'affaire *Garanti Koza contre Turkménistan*, relève que la clause de la nation la plus favorisée « *cannot bypass the requirement of consent to ICSID arbitration* »³, et que « *if the requirement of consent to ICSID arbitration, as stipulated in Article 8 of the U.K.- Turkmenistan TBI, as well as in the ICSID Convention itself, could easily be put aside because of the interplay of MFN clauses, there would be a threat to the entire system of investor-state arbitration* »⁴.

¹ Opinion dissidente de J.— C. Thomas, § 14 au regard de la décision CIRDI, affaire *Hochtief AG c. Argentine*, ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011.

² *Ibid.*, § 30.

³ CIRDI, affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, ARB/11/20, opinion dissidente du 3 juillet 2013, § 62.

⁴ *Ibid.*

En somme, le « chalandage des traités » impose un meilleur encadrement dans la mise en œuvre de la norme de la nation la plus favorisée sans lequel résulteraient plusieurs conséquences néfastes mettant en cause les droits étatiques en faveur d'une protection « illégitime » du droit des investisseurs.

VERS UNE COMPÉTENCE DÉBRIDÉE DE L'ARBITRAGE ENTRE ÉTATS ET INVESTISSEURS ÉTRANGERS ?

Georges Philippe Zakhour – Professeur adjoint – Université Prince Sultan, Faculté de
droit – Avocat à la Cour

Le champ de compétence arbitrale en matière d'investissements étrangers est déterminé par la formulation des dispositions conventionnelles ayant trait au règlement des différends¹. C'est d'ailleurs en fonction principalement des termes attentivement formulés qu'il serait loisible d'annoncer si le conflit serait soumis à l'arbitrage sur le fondement du traité. Ainsi, la capacité du tribunal arbitral de statuer est déterminée compte tenu de la rédaction de la clause de règlement des différends insérée dans un traité. Dès lors, une formulation limitative de la clause d'arbitrage unilatéral sera en mesure de conduire certains tribunaux arbitraux à se déclarer incompétents.

Afin d'obvier à ces limitations et pour élargir autant qu'il faut le champ de compétence arbitrale, les opérateurs économiques prétendront subsidiairement à la mise en œuvre du traitement de la nation la plus favorisée². En effet, on le

¹ La compétence du tribunal étant délimitée par l'instrument sur lequel elle repose, la clause de règlement des différends conventionnelle effectue un rôle essentiel afin de régler cette question. De la sorte, certains traités envisagent des clauses de règlement des différends restrictive. C'est le cas des instruments conventionnels qui spécifient, dans leur clause d'arbitrage unilatéral, que : « *The tribunal shall decide the dispute based on the provisions of this Agreement and principles of public international law applicable to the subject matter. The tribunal shall reach its decisions by a majority of votes and shall determine its own procedural rules* » (V. par exemple, l'Article X, alinéa 5 du TBI Royaume-Uni-Colombie, signé le 17 mars 2010 et entré en vigueur le 10 octobre 2014. Cette catégorie de clauses de règlement des différends couvre, le plus souvent, tous les litiges résultants d'une violation des dispositions conventionnelles. V. également l'article 26 du Traité sur la Charte de l'Énergie qui reconnaît le droit aux opérateurs étrangers d'initier un arbitrage pour les « *différends qui opposent une partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III* » ; l'ALENA qui dispose dans ses articles 1116 et 1117 que l'investisseur « *pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant de la section A* »). D'autres contiennent, par contre, une offre de compétence plus large, notamment en ce qu'elles couvrent aussi des litiges résultant d'une violation des stipulations contractuelles ou relatifs à un investissement. Dans ce type de clauses, la notion de différend est définie avec précision. À titre d'exemple, l'article 8 du TBI Belgique-Burundi prévoit que : « *Pour l'application du présent article, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant : a) l'interprétation ou l'application d'un accord particulier d'investissement entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante ; b) l'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'État hôte régissant les investisseurs étrangers ; c) l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement* ».

² Sur la clause de la nation la plus favorisée, V. A. De Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 2^{ème} édition, Pedone, Paris, 2017, pp. 319-332 ; V. également, J. Cazala, *Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement*

sait, la clause de la nation la plus favorisée a largement contribué au développement du droit international des investissements et à la protection des droits des opérateurs étrangers. Néanmoins, nonobstant le retentissement de cette clause sur le plan substantiel, *i.e.* vis-à-vis des normes de protection des intérêts de l'investisseur étranger, est-ce que celle-ci pourrait élargir son champ d'application pour embrasser les matières procédurales ? En d'autres termes, afin d'échapper à l'emprise exclusive des juridictions étatiques ou aux restrictions procédurales qu'impose le traité de base, l'opérateur étranger, serait-il en mesure d'alléguer un processus de règlement des différends plus avantageux conçu dans un traité distinct signé avec un État tiers dans l'hypothèse où l'État hôte a conclu un traité avec l'État dont il est ressortissant et dans lequel est prévue une clause de la nation la plus favorisée ? Les arbitres pourront-ils adopter une interprétation souple de la condition du consentement en acceptant de donner une portée procédurale large à la clause de la nation la plus favorisée ? Autrement dit, est-ce que l'engagement pris par l'État hôte de traiter les

national, *in* Leben Ch. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015 ; C. Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Pedone, Paris, 2015 ; C.-G. Mekpo, *La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes*, *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9 ; CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, Genève, 2010 ; C. Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Thèse, Paris II, 2009 (sous la direction de Charles Leben) ; S. Suvedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, pp. 68 et s. ; J. Cazala, *Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral*, *Cahier de l'arbitrage*, *Gazette du Palais*, 2007, pp. 3880-3882 ; Y. Radi, *The application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"*, *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774 ; CDI, *Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du Groupe de Travail*, A/CN.4/L.719, Publication des Nations Unies, Genève, 2007 ; W. Ben Hamida, *Clause de la nation la plus favorisée et mécanisme de règlement des différends : que dit l'histoire ?*, *JDI*, n°4, 2007, pp. 1127-1162 ; H. Labidi, *Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements ?*, *in* F. Horchani (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pedone, Paris, 2006, pp. 31-44 ; C. Crépet Daigremont, *Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international* *in* Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162 ; B. Nolde, *La Clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels*, *RCADI*, t. 39, 1932, pp. 25 et s. ; OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, n° 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris ; D. Vignes, *La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine: problèmes posés par la Communauté économique européenne*, *RCADI*, t. 130, n° II, 1970, pp. 207-349 ; C. Rossillion, *La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, *JDI*, 1955, n°1, pp. 76-106.

investisseurs de l'État contractant aussi bien que les investisseurs ressortissants d'États tiers étend-il ses effets à la clause de règlement des différends ?

Les développements qui suivent auront pour objet d'établir que la tendance actuelle semble s'orienter davantage vers l'extension de l'application de la clause de la nation la plus favorisée pour mettre en œuvre les avantages procéduraux. En effet, malgré les conséquences du *treaty shopping* dont les désavantages ont été révélés par la jurisprudence *Salini*¹, une offre d'arbitrage plus avantageuse pourrait faire partie du traitement plus favorable visé par la norme de la nation la plus favorisée contenue dans le traité de base. Deux arguments fondamentaux militent en faveur d'une extension des effets de la clause de la nation la plus favorisée aux matières procédurales : le premier découle de l'objectif de la clause et de l'esprit même de la discipline relative aux investissements étrangers (I) ; le second tient au fait que la condition découlant du principe *ejusdem generis* semble particulièrement facile à satisfaire (II).

I. Le rôle exalté de la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre du règlement des différends

Il sied de mentionner ici qu'une partie de la doctrine affirme avec force le rôle transcendant et élargi de la clause de la nation la plus favorisée en matière d'investissements étrangers. Cette fonction protectrice de l'investissement transnational que comporte ladite norme a été relevée par le Professeur Gaillard qui considère qu'« *une telle clause a pour effet de faire bénéficier les investisseurs relevant du traité qui la contient des dispositions plus favorables des autres traités conclus par le même État* » et « *contribue fortement à aligner le régime de protection offerte par chaque État aux investisseurs opérant sur son territoire* »². Cependant, même si ces observations s'avèrent pertinentes quant

¹ CIRDI, affaire *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Jordanie*, ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004.

² V. E. Gaillard, *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, Revue de l'arbitrage, n° 3, vol. 10, Litec, Paris, 2003, pp. 853-878, spéc. p. 861.

au rôle que fournit une telle clause, elles ne spécifient tout de même pas dans quelle mesure l'investisseur étranger peut bénéficier d'un traitement procédural qu'offre un traité tiers.

En dépit de la position défavorable que l'on rencontre dans certaines décisions¹, d'autres décisions ont en revanche frayé la voie vers l'extension du champ d'application de la norme de la nation la plus favorisée aux questions procédurales².

Portée tout d'abord devant les juridictions internationales, l'affaire *Ambatielos* a amené la Commission d'arbitrage à considérer que la norme de traitement de la nation la plus favorisée applicable au commerce et à la navigation pourrait remplir un rôle en matière procédurale. En l'espèce, il s'agissait d'une méconnaissance par les tribunaux britanniques d'un traitement procédural plus avantageux dont pourrait bénéficier le ressortissant grec par le biais de la clause de la nation la plus favorisée. En effet, la Grèce a considéré que son ressortissant avait droit à un traitement procédural équitable, tel que prévu dans plusieurs conventions internationales conclues par le Royaume-Uni avec des États tiers. Même si le domaine d'application de la norme de la nation la plus favorisée ne faisait pas mention expresse des questions procédurales, mais comprenait de façon vague « *toutes les matières relatives au commerce et à la navigation* », la Commission d'arbitrage a toutefois estimé qu'« [...] *Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative au commerce et à la navigation* », mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des commerçants. *La protection des droits des commerçants trouve naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation. On ne peut donc pas dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application*

¹ V. par exemple, CIRDI, affaire *Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie*, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006 ;

² V. not., CIRDI, affaire *Telenor Mobile Communications AS c. République de Hongrie*, ARB/04/15, sentence du 13 septembre 2006, § 92-95 ; CIRDI, affaire *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, ARB/05/1, sentence du 22 août 2012, § 160-178 ; CIRDI, affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, ARB/11/20, décision sur la compétence et opinion dissidente du 3 juillet 2013.

de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation » »¹.

Cette solution a trouvé un écho dans la jurisprudence CIRDI. La possibilité pour une clause de la nation la plus favorisée de jouer en matière procédurale fut l'œuvre de la sentence relative à l'affaire *Maffezini contre Espagne*². Il s'agissait en l'espèce d'un conflit né entre l'investisseur argentin Maffezini et l'État espagnol lors d'un investissement installé sur le territoire de ce dernier. Ayant subi un traitement malsain à l'occasion de son investissement dans une usine chimique installée sur le territoire espagnol, l'investisseur introduit une procédure devant le CIRDI sur le fondement du TBI Espagne-Argentine, lequel prévoyait une obligation de saisine préalable des tribunaux nationaux de l'État espagnol ainsi que le respect d'un long délai de dix-huit mois avant toute saisine des juridictions arbitrales. N'ayant pas saisi les juridictions étatiques, l'investisseur argentin a méconnu de respecter les exigences qu'imposait le TBI de base. Afin de protéger les droits de l'opérateur économique, le tribunal CIRDI a réussi à retenir sa compétence en se fondant principalement sur la clause de la nation la plus favorisée. En vertu de cette clause, l'investisseur soutenait qu'il devrait bénéficier des traitements procéduraux plus favorables que l'État espagnol accordait aux ressortissants d'États tiers. Or, une convention bilatérale d'investissement conclue entre l'Espagne et le Chili prévoyait, en ce qui concerne les conditions préalables au recours à l'arbitrage, le respect d'un délai de seulement six mois. Le ressortissant argentin estimait que ce traité offrait un traitement plus avantageux dont il était en droit de s'en prévaloir. Le tribunal arbitral retient sa compétence et apporte une solution satisfaisante quant à l'extension du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée aux matières procédurales : « *Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to*

¹ Commission d'arbitrage, *Ambatelios*, sentence du 6 mars 1956. Recueil des sentences arbitrales, Publications des Nations Unies, vol. 12, 1963, p. 107 ; V. également G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4 : Points of Substantive Law, Part II*, British Yearbook of International Law, vol. 32, 1955, pp. 20 et s.

² CIRDI, affaire, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce. Consular jurisdiction in the past, like other forms of extraterritorial jurisdiction, were considered essential for the protection of rights of traders and, hence, were regarded not merely as procedural devices but as arrangements designed to better protect the rights of such persons abroad. It follows that such arrangements, even if not strictly a part of the material aspect of the trade and investment policy pursued by treaties of commerce and navigation, were essential for the adequate protection of the rights they sought to guarantee »¹.

La solution avancée par le tribunal dans cette affaire vise sans doute à protéger les droits des investisseurs étrangers qui pourront, dès lors, échapper à l'emprise des juridictions nationales en se prévalant d'une clause juridictionnelle rédigée en termes moins restrictifs. En effet, compte tenu des grands intérêts économiques en jeu, les tribunaux étatiques ne garantiront que rarement les droits des opérateurs étrangers². Il s'avère ainsi nécessaire de délocaliser le litige pour le placer sous la compétence des organismes arbitraux, notamment ceux du CIRDI. L'inclusion de la norme de la nation la plus favorisée dans une convention internationale confèrera ainsi à l'investisseur étranger, bénéficiaire d'une telle clause, l'avantage de se prévaloir, parmi les différentes clauses de règlement des différends contenues dans les divers traités conclus par l'État hôte

¹ *Ibid.*, § 54.

² Les solutions offertes par les mécanismes internes ont cependant révélé leur inadaptation en matière d'investissement. En effet, ce mode de règlement s'avère être déstabilisateur, en raison de la position inégalitaire de chacune des parties au litige, l'une étant une entité souveraine qui dispose de prérogatives de puissance publique, alors que l'autre est un opérateur étranger au statut tributaire de la seule volonté de l'État hôte, d'où les hésitations des investisseurs face à un tel mode de règlement des différends, souvent considéré comme abusif, inéquitable, voire même arbitraire. De surcroît, un large scepticisme se manifestait vis-à-vis des juges nationaux². Ce scepticisme est évident du simple fait que les juridictions internes sont enclines à appliquer exclusivement leur propre droit, sans se référer aux normes du droit international. Par ailleurs, les litiges relatifs aux investissements sont souvent complexes et requièrent une connaissance toute particulière que les juges nationaux ne possèdent pas nécessairement. V. dans ce sens, C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention - A Commentary*, 2^{ème} édition, CUP, Cambridge, 2009, pp. 5-6.

avec des États tiers, de celle qui lui serait la plus avantageuse¹. Dans ce contexte, l'application de la clause de la nation la plus favorisée incluse dans une convention internationale d'investissement aboutira à garantir et à préserver les droits procéduraux des opérateurs économiques étrangers.

Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Siemens AG contre République d'Argentine* aboutit aux mêmes conclusions². Afin de contourner la condition de régler le différend auprès des juridictions argentines dans le délai de dix-huit mois imposé par le TBI Allemagne-Argentine, l'investisseur allemand, menant une activité sur le territoire argentin, s'adresse au CIRDI en fondant ses réclamations sur la clause de la nation la plus favorisée incluse dans le traité de base³ pour invoquer l'application des normes plus favorables prévues par la clause de règlement des différends incluse dans le TBI Argentine-Chili⁴. Le tribunal arbitral, tout en s'inspirant des interprétations formulées dans la sentence relative à l'affaire *Maffezini* précitée⁵, est encore allé plus loin lorsqu'il s'est déclaré compétent sur le fondement de la clause de règlement des différends contenue dans le TBI Argentine-Chili. En tout cas, la clause de la nation la plus favorisée en question n'était pas rédigée en des termes aussi généraux que celle dont l'investisseur s'est prévalu dans l'affaire *Maffezini*.

On peut se rallier dans ce contexte aux arguments que préconise le tribunal arbitral dans sa sentence relative à l'affaire *Siemens AG contre République d'Argentine*. Après avoir examiné en détail les positions adoptées par les jurisprudences précédentes, le tribunal arbitral a rappelé le rôle sublimé et élargi de la clause de la nation la plus favorisée en matière d'investissements transnationaux. Le tribunal considère ainsi que l'accès à un mécanisme de règlement des différends plus favorable « *is part of the protection offered under*

¹ V. not., W. Ben Hamida, L'arbitrage transnational unilatéral, Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse, Paris II, 2003 (sous la direction de Philippe Fouchard), p. 147.

² CIRDI, affaire *Siemens AG c. République d'Argentine*, ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004.

³ TBI Allemagne-Argentine, signé le 9 avril 1991 et entré en vigueur le 8 novembre 1993.

⁴ TBI Argentine-Chili, signé le 2 août 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

⁵ CIRDI, affaire, *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through an MFN clause »¹.

Cette solution fut reprise par la sentence *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine*, à travers laquelle le tribunal ne manqua pas de réitérer avec force la jurisprudence *Maffezini* : « *The Tribunal finds strong support for its conclusions in previous ICSID cases. In particular, Maffezini v. Spain applied the Argentina-Spain BIT, the very treaty at issue in the present case, to find that the most favored-nation-clause allowed the Claimant, a national of Argentina, to take advantage of Spain's BIT with Chile to avoid the necessity of having recourse to the local courts in Spain before bringing an ICSID action* »².

Plus récemment, la décision dans l'affaire *Hochtief AG contre Argentine* a confirmé les motivations des jurisprudences antérieures, mais avec quelques nuances. Face à l'obligation de soumettre le litige aux juridictions internes avant tout recours à l'arbitrage, prévue dans le traité bilatéral d'investissement en cause, le tribunal la juge incompatible avec l'objet même du traité. Ainsi, en ayant recours à la norme de la nation la plus favorisée, le tribunal s'est interrogé alors sur la possibilité de recourir, avant le délai de dix-huit mois, aux juridictions arbitrales. En considérant que l'exigence de respecter le recours préalable aux tribunaux argentins nationaux pendant une période de dix-huit mois pour la résolution du litige n'est qu'une modalité de l'exercice du droit à l'arbitrage international, le tribunal accepte de mettre en œuvre la norme de la nation la plus favorisée et de déroger à ce délai³.

Un raisonnement similaire fut adopté par le tribunal arbitral dans l'affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.*

¹ *Ibid.*, § 102.

² CIRDI, affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, ARB/03/19, décision sur la compétence du 3 août 2006, § 62.

³ CIRDI, affaire *Hochtief AG c. Argentine*, ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, § 28-100.

contre Argentine. En effet, les arbitres admettent la possibilité de l'extension des effets de la clause de la nation la plus favorisée aux matières procédurales en estimant que la norme procédurale plus favorable incluse dans le traité tiers dont se prévaut le demandeur ne modifie que les conditions d'exercice du droit au recours à l'arbitrage : « *To conclude, the Tribunal finds that Claimants may equally rely on the Article IV (2) MFN clause of the Treaty to make use of the dispute resolution provisions contained in Article 13 of the Australia-Argentina BIT. The broad "all matters" language of the Article IV (2) MFN clause is unambiguously inclusive. Moreover, applying the dispute settlement provisions contained in Article 13 of the Australia-Argentina BIT would not change the scope, the forum or the rules applicable to this arbitration* »¹.

En ce qui concerne la condition du consentement sur laquelle se sont basées quelques arbitres² pour bloquer les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière procédurale, le tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Garanti Koza LLP contre Turkménistan*³ retient sa compétence sur le fondement de la norme de la nation la plus favorisée nonobstant le fait que l'offre d'arbitrage du traité de base n'autorisait la saisine des tribunaux CIRDI qu'avec l'accord exprès de l'État hôte : « *The protection of the U.K.-Turkmenistan BIT includes the access to international arbitration to which the sovereign parties consented in Article 8 (1), and also the right to treatment no less favorable than that accorded to nationals of third countries provided by Article 3. Nothing in the text of the treaty requires an investor to commence an arbitration before claiming its rights under the MFN clause, or subordinates the MFN clause to the investor-state arbitration provision. To the contrary, the BIT provides that the MFN clause "shall apply" to the investor-state arbitration article. The majority of the Tribunal therefore concludes that nothing in the BIT prevents an investor from simultaneously invoking the right to international arbitration provided by the BIT and invoking the MFN clause to obtain the benefit of a more favorable arbitration*

¹ CIRDI, affaire *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, ARB/09/1, décision sur la compétence du 21 décembre 2012, § 186.

² V. par exemple CIRDI, affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, ARB/11/20, opinion dissidente du 3 juillet 2013, § 62 ; *contra* : E. De Brabandere, Importer le consentement à l'arbitrage du CIRDI? Une évaluation critique de l'affaire *Garanti Koza c. Turkménistan*, *Investment Treaty News*, n° 2, vol. 5, 2014, pp. 5-7.

³ CIRDI, affaire *Garanti Koza LLP c. Turkménistan*, ARB/11/20, décision sur la compétence et opinion dissidente du 3 juillet 2013.

process provided by another treaty to nationals or companies of a third country. All of the words of a treaty are to be interpreted together, in good faith and in the context of the object and purpose of the treaty. The object and purpose of the U.K.-Turkmenistan BIT, as expressed in its preamble, is “to create favourable conditions for greater investment.” Assuring a prospective investor that neither he nor his investment will be subjected to treatment less favorable than the treatment accorded to investors from third countries and their investments, insofar as the process available to resolve any disputes with the host country that may arise under the BIT is concerned, certainly seems to create a favorable condition for investment by the investor so protected. The RosInvestCo v. Russia tribunal explained that “the submission to arbitration forms a highly relevant part of the corresponding protection for the investor by granting him, in case of interference with his ‘use’ and ‘enjoyment,’ procedural options of obvious and great significance.” As the Hochtief v. Argentina tribunal observed, “the right to enforcement is an essential component of [the] property rights.” The majority of this Tribunal is therefore satisfied that the ordinary meaning of the words of Article 3 (3) of the U.K.-Turkmenistan BIT, read in light of the object and purpose of the BIT, requires that the MFN clause be applied to Article 8, the investor-state arbitration provision. We turn next to what consequences follow from so applying those terms, or, as the Respondent phrases it, “how Article 8 and Article 3 work together” »¹.

Plus récemment encore, cette même perception a été approuvée par le Comité *ad hoc* dans sa sentence relative à l'affaire *Impregilo S.p.A. contre Argentine*². Dans son raisonnement, le Comité estime que la clause NPF incluse dans un traité est en mesure de s'élargir afin de couvrir les questions relatives à la procédure, sauf stipulation contraire dans le traité. Et le Comité de poursuivre, qu'en l'absence d'une telle stipulation dans le traité, le tribunal possède la faculté de se prononcer librement sur l'application ou non de la clause de la nation la plus favorisée pour la détermination de sa compétence. De surplus, le Comité s'est abstenu d'annuler le jugement rendu par le tribunal qui permet au demandeur de se prévaloir de la clause NPF incluse dans le traité en cause afin d'éviter

¹ *Ibid.*, § 62-64.

² CIRDI, affaire *Impregilo S.p. A c. République d'Argentine*, ARB/07/17, décision du Comité *ad hoc* du 24 janvier 2014.

l'obligation d'introduire la procédure auprès des tribunaux étatiques dans un délai de dix-huit mois avant de recourir à l'arbitrage¹.

Les raisonnements avancés par cette jurisprudence semblent être soutenable et n'aboutissent en aucun point à une extension illégitime des effets de la norme de la nation la plus favorisée. En l'absence de définition légale exacte du mot « traitement », il serait préférable de se référer au sens usuel des termes. Or, le « traitement », dans le contexte du droit des investissements, peut être défini comme incluant l'ensemble des droits, prérogatives, obligations et charges reconnus ou imposés par l'État aux investissements installés sur son territoire. Ainsi, rien ne paraît conduire à penser que les droits procéduraux sont exclus du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée². Opérer une distinction entre les questions relatives au fond et celles relatives à la forme dans la définition même du terme « traitement » ne semble pas en effet justifié. Dès lors que l'ensemble des droits et des obligations de l'opérateur étranger font partie du terme « traitement », la question de savoir si l'État accorde un « traitement » à l'opérateur étranger lorsqu'il lui reconnaît le droit de saisir les juridictions dénationalisées reçoit une réponse affirmative. Tout comme le droit de saisir les juridictions nationales de l'État hôte qui constitue un élément du traitement des étrangers, le droit de saisir une juridiction internationale dénationalisée édifie de même un élément du traitement que l'État hôte confère aux investisseurs étrangers. Ainsi, il ne paraît pas douteux que la norme de la nation la plus favorisée incluse dans le traité en cause et invoquée par l'opérateur économique afin de se prévaloir d'une clause de règlement des différends plus souple contenue dans un traité tiers puisse lui permettre d'échapper à la compétence même exclusive des juridictions de l'État hôte. Cette norme permettrait aussi à la compagnie étrangère de se protéger contre les effets de la clause d'option irrévocable selon laquelle un opérateur étranger, ayant choisi de soumettre le différend auprès des juridictions nationales de l'État hôte, aura fait

¹ *Ibid.*, § 135-141.

² V. par exemple, CIRDI, affaire *Siemens AG c. République d'Argentine*, ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004, § 85 : « *The first two clauses of Article 3 refer simply to a "not less favorable treatment"- "trato no menos favorable" in the Spanish version. "Treatment" in its ordinary meaning refers to behavior in respect of an entity or a person. The term "treatment" is neither qualified nor described except by the expression "not less favorable" ».*

un choix définitif et ne pourra plus s'adresser aux instances arbitrales internationales¹.

Cependant, malgré le processus qu'on vient d'exposer, l'on constate, comme le fait remarquer expressément la sentence relative à l'affaire *Hochtief*, que les décisions précitées ne concernent que les conditions de l'exercice du droit à l'arbitrage, sans pour autant parvenir à « créer » une nouvelle compétence arbitrale². Qu'en est-il alors lorsque le traité de base ne prévoit pas de recours à l'arbitrage CIRDI ? La clause de la nation la plus favorisée pourrait-elle fonder une compétence arbitrale initialement imprévue ?

Pour répondre à ces interrogations, il va falloir distinguer entre l'emploi de la clause de la nation la plus favorisée à l'égard de la question de compétence d'un côté, et celle de recevabilité de l'autre³. En vue de l'affirmation de ladite

¹ Le principe de l'épuisement des voies de recours internes, comme son appellation l'indique, ne cherche qu'à suspendre la compétence des arbitres jusqu'à ce que les instances nationales se prononcent définitivement sur la même affaire. Placée dans le cadre de l'arbitrage transnational, cette disposition a pour but de différer le droit de l'investisseur étranger de saisir les instances délocalisées en attendant le prononcé d'un jugement définitif par les juridictions étatiques en ce qui concerne le même litige. V. dans ce sens, CIRDI, affaire *The Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, ARB(AF)/98/3, sentence finale du 26 juin 2003, telle que traduite in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, pp. 775-792 spéc. pp. 783-784.

² CIRDI, affaire *Hochtief AG c. Argentine*, ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, § 28-100.

³ J. Cazala, *Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral*, *La Gazette du Palais*, n° 349, 2007 : « *S'il existe une ouverture concernant l'affirmation de la recevabilité de la requête par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, la question est beaucoup plus controversée en ce qui concerne l'établissement de la compétence du tribunal sur ce seul fondement* ». La distinction entre ces deux notions est très difficile à discerner et n'est pas si aisée en droit international (V. par exemple, F.-G. Santacroce, *Navigating the Troubled Waters Between Jurisdiction and Admissibility : An Analysis of Which Law Should Govern Characterization of Preliminary Issues in International Arbitration*, *Arbitration International*, vol. 33, n° 4, 2017, pp. 539-570 ; I. Laird, *A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v. Jordan and Methanex v. USA*, in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 201 et s.) Certains tribunaux ont même souligné que cette distinction est vaine. Par exemple, le tribunal arbitral dans l'affaire *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine* estime que : « *Developing such categories may have theoretical appeal but adds nothing to the*

interpretation of the provisions on dispute resolution of BITs [...]. This feature of ICSID practice renders both the distinction wrong in theory and useless in practice»(CIRDI, affaire Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine, ARB/07/26, décision sur la compétence du 19 décembre 2012, § 113 et 117). Cependant, cette critique demeure dénuée de fondement juridique sérieux. Comme le fait remarquer Jan Paulsson, la distinction entre condition de compétence et condition de recevabilité est essentielle et est susceptible d'avoir une incidence sur la procédure suivie par la juridiction saisie : « to understand whether a challenge pertains to jurisdiction or admissibility, one should imagine that it succeeds : If the reason for such an outcome would be that the claim could not be brought to the particular forum seized, the issue is ordinarily one of jurisdiction and subject to further recourse. If the reason would be that the claim should not be heard at all (or at least not yet), the issue is ordinarily one of admissibility and the tribunal's decision is final » (J. Paulsson, Jurisdiction and Admissibility, in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M.-J. Mustill, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution-Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 601-617, spéc. p. 617). Par conséquent, la partie défenderesse étatique qui souhaite non seulement le rejet des allégations de l'investisseur, mais aussi d'éviter tout débat sur le fond optera pour la qualification d'exception de compétence. L'investisseur en revanche préférera que la qualification d'exception de recevabilité soit retenue et que l'exception soit jointe au fond. Pour une étude plus poussée, V. CIRDI, affaire Supervision y Control S.A. c. Costa Rica, ARB/12/4, sentence du 18 janvier 2017, § 268-274 : « The Tribunal finds it necessary to clarify on a preliminary basis the relationship and the differences between the notions of jurisdiction and admissibility. While a lack of jurisdiction or a lack of admissibility may lead to the tribunal refusing to hear the case, each refusal is of a different nature and carries different consequences. Indeed, several consequences arise from this distinction, such as the fact that a court may review whether an arbitral tribunal had jurisdiction over the dispute, but not review the admissibility of a claim. An objection to jurisdiction refers to the ability of a tribunal to hear a case, while an objection to admissibility refers to the claim itself, assuming that the tribunal has jurisdiction. When a tribunal finds that a claim is inadmissible, the tribunal must dismiss said claim without going to its merits (even if the tribunal has jurisdiction). Several consequences arise from the distinction between jurisdiction and admissibility: a) There is greater procedural flexibility if the tribunal has jurisdiction. b) There are possible waivers of objections to admissibility. c) The tribunal is able to consider questions of jurisdiction proprio motus. d) Questions of admissibility are more likely to be addressed with the merits. e) Issues of admissibility generally cannot be reviewed. f) A finding of inadmissibility does not become res judicata. Whereas jurisdiction refers to the authority or the ability of the Tribunal to hear and decide upon a case, admissibility refers to the characteristics of the claims submitted to arbitration. The characteristics of jurisdiction are the following: (i) it affects the dispute submitted to arbitration as a whole; (ii) as a general rule, the relevant date for its analysis is the commencement of arbitration and the events posterior to it are not taken into account; (iii) its conditions or requirements cannot be renounced by the parties; and (iv) jurisdiction must be formally analyzed by the Tribunal. On the other hand, admissibility's characteristics are the following: (i) it affects the claims themselves and not the entire dispute itself submitted to arbitration; (ii) the relevant time period for its analysis starts from the beginning of the arbitration proceedings until the rendering of the award; and (iii) in general, conditions and requirements can be renounced by the parties. Because of this distinction, questions of jurisdiction must be analyzed before answering questions referring to admissibility, as the issues of jurisdiction refer to the Tribunal's power to hear this dispute overall, and not to specific claims » ; M. Waibel, Investment Arbitration :

distinction, le tribunal arbitral dans l'affaire *Hochtief* estime que « *it cannot be assumed that Argentina and German intended that the MFN clause should create wholly new rights where none otherwise existed under the Argentina-Germany BIT. The MFN clause stipulates a standard of treatment and defines it according to the treatment of third parties. The reference is to a standard of treatment accorded to third parties, not to the extent of the legal rights of third parties. Non-statutory concessions to third party investors could, in principle, form the basis of a complaint that the MFN obligation has not been secured. In contrast (to take an example comparable to the ILC example concerning commercial treaties and extradition), rights of visa-free entry for the purposes of study, given to nationals of a third State, could not form the basis of such a complaint under the BIT. The MFN clause is not a renvoi to a range of totally distinct sources and systems of rights and duties: it is a principle applicable to the exercise of rights and duties that are actually secured by the BIT in which the MFN clause is found* »¹.

En revanche, le Professeur Schreuer admet la possibilité de la mise en œuvre de la clause NPF au niveau de la compétence : « *The argument that the MFN clause is inapplicable in cases where the basic treaty limits or refrains from granting consent, since the parties' intention in that respect is clear, is not convincing. An MFN clause is not a rule of interpretation that comes into play only where the wording of the basic treaty leaves room for doubt. It is intended to endow its beneficiary with rights that are additional to the rights contained in the basic treaty. The meaning of an MFN clause is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty even if these rights clearly go beyond the basic treaty* »².

Le Professeur Brigitte Stern, arbitre dissident dans l'affaire *Impregilo S. p. A. contre Argentine*, même si elle considère que la clause ne pourrait modifier les

Jurisdiction and Admissibility, University of Cambridge, Paper n° 9/2014, février 2014, pp. 67-70.

¹ CIRDI, affaire *Hochtief AG c. Argentine*, ARB/07/31, décision sur la compétence du 24 octobre 2011, § 81.

² C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention - A Commentary*, 2^{ème} édition, CUP, Cambridge, 2009, p. 248.

conditions d'exercice des droits, adopte un raisonnement analogue en reconnaissant à la norme de la nation la plus favorisée la possibilité de donner accès à de nouveaux droits : « *in many instances the MFN clause has indeed not been applied to all matters regulated by the treaty-and rightly so. This is because, in my view, there are two basically different types of provisions in BITs that need to be distinguished in this broad category of "all matters", as will now be discussed. There are rights and there are fundamental conditions for access to the rights. In other words, there are rules conferring substantive and jurisdictional rights to the foreign investors for their investments, and there are rules dealing with the access of the foreign investor to the substantive and jurisdictional rights granted by the basic treaty. I contend that an MFN clause can only concern the rights that an investor can enjoy, it cannot modify the fundamental conditions for the enjoyment of such rights, in other words, the insuperable conditions of access to the rights granted in the TBI* »¹.

En somme, il est admis de confirmer que le mécanisme de règlement des différends prévu dans un traité tiers peut être invoqué par la mise en œuvre de la norme de la nation la plus favorisée incluse dans le traité de base. Du reste, si la clause de règlement des différends incluse dans un traité tiers permet l'accès direct à l'arbitrage international ou à un type d'arbitrage plus favorable que le traité de base n'envisage pas, l'application de la norme de la nation la plus favorisée pourrait fonder la compétence d'une instance arbitrale initialement incompétente. Ainsi, en l'absence de clause de règlement des différends en faveur d'une instance délocalisée dans le traité de base, les investisseurs étrangers pourront, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, bénéficier d'une offre de compétence plus avantageuse stipulée par l'État hôte dans un traité tiers. La clause de la nation la plus favorisée semble jouir ainsi d'une valeur stabilisatrice et protectrice des investissements transnationaux, car elle n'étend pas son champ d'application aux droits substantiels uniquement, mais produit de surcroît un effet spectaculaire en matière procédurale.

¹ CIRDI, affaire *Impregilo S.p.A. c. Argentine*, ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011, opinion dissidente de B. Stern, § 47.

Après avoir décrit les aspects du rôle exalté de la clause de la nation la plus favorisée résultant de sa nature même, l'on verra qu'une interprétation favorable du principe *ejusdem generis*, vient à son tour renforcer davantage ce rôle.

II. L'interprétation favorable du principe *ejusdem generis*

Il est vrai que l'étendue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée est limitée par les restrictions qu'impose le principe *ejusdem generis*¹. En ce qui concerne la condition de l'identité de genre, on rappelle qu'en vertu de ce principe, la norme de la nation la plus favorisée ne peut élargir son domaine d'application que pour prévoir un traitement concernant le même objet que celui auquel elle renvoie. Ainsi, une clause de la nation la plus favorisée ne peut naturellement attirer la totalité des protections que l'État d'accueil octroie aux tiers, mais uniquement celles qu'il accorde aux tiers se trouvant dans une situation similaire à ceux qui bénéficient des dispositions d'une convention bilatérale d'investissement. La clause de la nation la plus favorisée n'est donc pas en mesure d'étendre ses effets qu'aux protections accordées à d'autres investisseurs, en vertu d'une autre convention bilatérale d'investissement. En termes plus concis, l'investisseur étranger ne saurait se prévaloir par exemple des protections accordées par l'État hôte aux travailleurs bénéficiant assurément d'un certain traitement qui ne dérive pas des conventions bilatérales d'investissement.

Or, les clauses de la nation la plus favorisée et les clauses de règlement des différends les plus avantageuses ne sont pas issues de différents types de conventions internationales. Elles appartiennent toutes au même groupe de conventions : celles relatives à la promotion et la protection des investissements étrangers. Ainsi, le principe *ejusdem generis* ne semble pas faire obstacle à l'application de clauses procédurales plus favorables comme le fait remarquer le tribunal dans l'affaire *Daimler Financial Services AG contre Argentine* : « *Before scrutinizing the specific texts of the MFN clauses in accordance with the Vienna*

¹ OCDE, Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements, n° 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, pp. 1-26, spéc. p. 10.

Convention, it is useful to consider the implications of the ejusdem generis rule as a preliminary matter, since both of the disputing parties have raised it in their submissions. [...] In the present matter, both the Basic Treaty and the invoked Comparator BIT provide not only substantive protections for investments but also investor-State dispute resolution mechanisms for disputes arising out of qualifying investments. There is, in this sense, not only an identity between the subject matter of the two invoked dispute resolution clauses but also between the subject matter of the whole of both treaties. In this respect the two invoked treaties fall within the mainstream of modern international investment agreements, almost all of which include some sort of provision concerning the administration of justice in relation to the private rights of investors arising under the agreements. [...] As applied to the German-Argentine BIT, then, the outer limits set by the ejusdem generis rule are broad enough to encompass international dispute resolution within the meaning of the Treaty's MFN clauses »¹.

De même, cette condition paraît particulièrement facile à satisfaire en ce qui concerne le réseau très dense de traités bilatéraux d'investissement. Si ces derniers ont tous un objet identique ayant trait aux investissements étrangers, il va falloir solliciter le traitement le plus favorable dans ce réseau fort abondant.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'identité d'objet qu'impose la définition retenue par l'OCDE², les arbitres statuant dans l'affaire *Maffezini* ont affirmé que le

¹ CIRDI, affaire *Daimler Financial Services AG c. Argentine*, ARB/05/1, sentence du 22 août 2012, § 211-216. Le tribunal rejette cependant la mise en œuvre de la clause de la nation la plus favorisée au motif que le traitement que prévoit le traité tiers est moins favorable que le traitement qu'accorde le traité de base.

² V. OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, § 2.1 : « On considère généralement qu'accorder le traitement NPF dans des accords sur l'investissement signifie qu'un investisseur d'une partie à un accord ou son investissement seront traités par l'autre partie « dans des conditions non moins favorables », à l'égard d'un objet donné, qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays. La plupart des accords internationaux sur l'investissement comportent une clause relative au traitement NPF. Même si le texte, le contexte et même l'objet et le but d'une clause NPF donnée doivent être pris en compte lors de l'interprétation de cette clause, celle-ci constitue l'instrument de « multilatéralisation » par excellence des avantages accordés à des investisseurs étrangers et à leurs investissements. Bien que la règle du traitement NPF ait été associée par certains au principe de l'égalité des États, on estime actuellement qu'une obligation NPF n'existe que si elle est créée par une clause contenue dans un traité. En l'absence

principe *ejusdem generis*, ne s'opposait pas à l'extension de la portée de la clause de la nation la plus favorisée à un traitement procédural plus favorable. En l'espèce, l'État espagnol soulignait qu'en vertu du principe *ejusdem generis* « *the reference in the most favored nation clause of the Argentine-Spain BIT to "matters" can only be understood to refer to substantive matters or material aspects of the treatment granted to investors and not to procedural or jurisdictional questions* »¹. Toutefois, le Tribunal considéra que « [...] *that if a third-party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle* »².

En somme, les arbitres étant ceux qui établissent la similarité et le caractère plus favorable du traitement requis ont souvent adopté, en vertu du principe compétence-compétence, une interprétation extensive de leur compétence. En effet, le droit de recourir à une juridiction dénationalisée relève du traitement dont tout investisseur peut se prévaloir. Ni les restrictions qu'impose le principe *ejusdem generis*, ni la formulation nébuleuse des clauses de la nation la plus favorisée ne semblent empêcher un tel recours. Du reste, les opérateurs économiques bénéficiant d'un droit de recourir à l'arbitrage unilatéral ou d'une clause d'arbitrage plus favorable sont sans doute mieux placés par rapport à ceux qui n'en jouissent pas. Compte tenu de ses horizons illimités et de son effet prodigieux, la clause de la nation la plus favorisée joue un rôle considérable dans l'extension du champ de compétence des tribunaux arbitraux dans le monde des investissements étrangers. L'on peut donc confirmer que cette clause, considérée comme l'une des techniques les plus essentielles du droit des traités apparaît comme la véritable clé de voûte du droit des investissements étrangers.

d'obligation instaurée par un traité (ou, sur ce point, d'une obligation NPF découlant du droit interne), les pays ont la possibilité de pratiquer une discrimination entre les nations étrangères dans leurs affaires économiques ».

¹ CIRDI, affaire *Maffezini c. Espagne*, ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, § 41.

² *Ibid.*, § 56.

L'annulation d'une sentence par la CCJA ne fait pas obstacle à sa reconnaissance sur le territoire français

**Pierre-Claver KAMGAING - Docteur en droit, Université Côte d'Azur et Université de
Dschang - ATER à l'Université de Lorraine - Membre de l'Institut François Géný**

Enseignant associé à l'Institut Catholique de Bafoussam

Cour d'appel de Paris, CCI, 11 janvier 2022, n° 20/17923

La reconnaissance en France d'une sentence rendue dans l'espace OHADA, est examinée selon le droit français. De ce fait, l'annulation de ladite sentence par une décision étrangère, notamment celle de la CCJA, est sans effet sur sa reconnaissance.

L'arrêt rapporté révèle à la fois la subtilité et la complexité de l'arbitrage commercial international. En l'espèce, à la suite d'un appel d'offres international, la République du Bénin a conclu avec la société SGS un contrat de marché, régi par le droit béninois, ayant pour objet la mise en place d'un programme de certification de valeurs de douane. À un moment donné de la relation contractuelle, la République du Bénin a cessé de régler les factures dont elle était tenue en vertu de la convention. C'est ainsi que la société SGS a introduit une demande d'arbitrage auprès de la CCI sur le fondement de la clause compromissoire prévue dans le contrat. Le siège du tribunal arbitral a été fixé à Ouagadougou (Burkina Faso). Parallèlement à la procédure d'arbitrage, la République du Bénin a saisi le TPI de Cotonou¹ qui, le 13 février 2017, a annulé le contrat litigieux. Cette décision a été confirmée en appel par un arrêt du 12 mars 2020. Entretemps, le tribunal arbitral a rendu une sentence partielle par laquelle il s'est déclaré compétent pour connaître du litige ainsi qu'une sentence finale aux termes de laquelle elle condamnait la République du Bénin au paiement de diverses sommes. Ces sentences ont été respectivement annulées par un arrêt de la CCJA² et un arrêt de la cour d'appel de Ouagadougou.

Or, la sentence finale a été revêtue de l'exéquatur par une ordonnance du TGI de Paris. Le 10 décembre 2020, la République du Bénin a interjeté appel devant la cour d'appel de Paris contre ladite ordonnance. Elle demande au juge de reconnaître l'autorité de la chose jugée, sur le territoire français, des décisions ayant annulé la sentence partielle du tribunal arbitral³ et celles ayant reconnu la compétence de la juridiction étatique béninoise⁴. Ainsi, en soutien à sa demande, elle invoque l'incompétence du tribunal arbitral et la contrariété de la sentence finale à l'ordre public international. De son côté, la société SGS demande à la cour

¹ Le TPI a statué en matière administrative.

² CCJA, 3^e ch., 27 février 2020, n° 068/2020 ; *LEDAF*.2000.4, note R. AKONO ADAM.

³ Il s'agit des arrêts de la CCJA et de la cour d'appel de Ouagadougou.

⁴ Il s'agit du jugement du TPI de Cotonou et de l'arrêt de la cour d'appel de Cotonou.

de déclarer sans effet dans l'ordre juridique français la décision ayant prononcé l'annulation des sentences. **Dès lors, la cour d'appel de Paris devait répondre à la question de savoir si l'annulation d'une sentence arbitrale par une décision étrangère fait obstacle à sa reconnaissance sur le territoire français.**

À cette question, la cour d'appel répond par la négative. Elle rappelle tout d'abord qu'une sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées. Cela signifie que **« la reconnaissance en France d'une sentence rendue à l'étranger est examinée au regard des règles applicables en France, et l'annulation de ladite sentence par les juridictions du siège n'emporte aucune conséquence sur sa reconnaissance »**. La cour d'appel de Paris en déduit dès lors que les décisions rendues par les juridictions de Ouagadougou et de Cotonou ne sont pas de nature, à elles seules, à faire obstacle à l'examen par le juge du contrôle de la demande d'exéquatur d'une sentence.

Certes, cette solution s'éloigne de la position de la CCJA en matière d'autorité de la chose jugée¹, mais elle paraît logique. **En effet, en vertu du principe de l'autonomie de l'arbitrage international², il appartient au juge du lieu d'exécution de la sentence d'apprécier, en référence à l'ordre public international de son propre pays, si celle-ci mérite d'être revêtue de l'exéquatur.** On comprend alors que la cour d'appel de Paris se soit référée aux dispositions du code de procédure civile français (article 1520) pour apprécier les griefs formulés par la République du Bénin contre la sentence arbitrale. Il convient d'analyser brièvement ces griefs afin de dégager l'intérêt de l'arrêt.

Le premier grief a porté sur l'incompétence du tribunal arbitral. Selon la République du Bénin, le TPI ayant retenu en premier sa compétence et ayant annulé le contrat existant entre les deux parties, le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent ; ce d'autant que le contrat en cause est un contrat administratif. Sur ce point, la cour d'appel de Paris constate tout d'abord l'existence d'une clause compromissoire prévue par l'article 18 du contrat conclu

¹ La Haute juridiction de l'OHADA considère l'autorité de la chose jugée comme un principe fondamental participant de l'ordre public international (CCJA, ass. plén., 31 janvier 2011, n° 03/2011). En ramenant cette solution à l'affaire qui nous occupe, on peut déduire qu'une fois le TPI de Cotonou ayant annulé le contrat, le tribunal arbitral ne pouvait plus statuer sur la même cause sans violer l'autorité de la chose jugée.

² E. GAILLARD, « Souveraineté et autonomie : réflexions sur les représentations de l'arbitrage international », *Journal de droit international*, Clunet, 2007, p. 1163 et s.

entre la République du Bénin et la société SGS. Elle en déduit ensuite, du fait que litige entre les parties est né de l'inexécution dudit contrat, « que le tribunal arbitral s'est à bon droit déclaré compétent pour statuer sur le litige au regard de la commune intention des parties ». Cette interprétation mérite d'être accueillie car, à n'en pas douter et en application du principe compétence-compétence¹, il appartient à l'arbitre de se prononcer en priorité sur sa compétence. Dès lors, la décision du TPI était inopposable à la procédure d'arbitrage.

Il convient de noter que la cour d'appel de Paris ne s'est pas prononcée sur l'(in)arbitrabilité du contrat administratif, alors que c'est sur ce motif que la CCJA s'est fondée pour annuler la sentence partielle rendue par le tribunal arbitral. Il est cependant établi que le litige né de l'exécution d'un contrat administratif peut être soumis à une procédure d'arbitrage si l'État y a préalablement consenti. En effet, comme le relève un auteur, l'arbitrage « résulte du consentement des deux parties : le consentement de l'État s'exprime volontairement dans l'instrument législatif ou conventionnel, celui de l'investisseur ultérieurement par l'acte d'introduction d'instance »². En l'espèce, il y a lieu d'estimer que, la République du Bénin ayant consenti à un arbitrage international sous l'égide de la CCI, elle n'était plus admise à soulever l'incompétence du tribunal arbitral.

Le second grief invoqué par le requérant est tiré de la contrariété de la sentence à l'ordre public international pour non-respect de l'autorité de la chose jugée des décisions béninoises et burkinabés. À ce propos et d'une part, la cour d'appel de Paris rappelle que la sentence internationale n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique. Ainsi, sa reconnaissance ou son exécution en France ne dépend pas d'une décision étrangère, mais de la seule application du droit français. Elle ajoute d'autre part que, si l'ordre public international français est susceptible d'être heurté par l'inconciliabilité entre une sentence arbitrale et une décision émanant d'une juridiction étrangère qui entraînent des conséquences juridiques s'excluant mutuellement, « encore faut-il que ces décisions soient pareillement exécutoires sur le territoire français ». En d'autres termes, les décisions béninoises et burkinabés « n'étant pas revêtues de l'exéquatur en France, elles ne peuvent en aucun cas faire obstacle pour ce motif à l'exéquatur

¹ CCJA, 1^{re} ch., 22 octobre 2020, n° 312/2020 ; CCJA, 3^e ch., 27 février 2020, n° 064/20 ; CCJA, 3^e ch., 28 mai 2020, n° 200/2020.

² W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris-II), 2003, p. 18. Dans le même sens, v. O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Paris, PUF, 2010, p. 190.

de la sentence finale étant rappelé que la seule méconnaissance de l'autorité de chose jugée d'une décision de justice étrangère est inopérante ».

Cette interprétation ne peut que retenir l'attention du processualiste, car elle semble indiquer que les décisions étrangères n'ont autorité de la chose jugée en France que si elles sont revêtues de l'exéquatur. De ce point de vue, elle s'écarterait alors de la jurisprudence de la Cour de cassation française qui invite les juges du fond, lorsqu'est invoquée devant eux l'autorité de la chose jugée d'une décision étrangère, à vérifier simplement « sa régularité internationale »¹. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'abondent les dispositions de l'*Accord de coopération en matière de justice entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Dahomey*² du 27 février 1975³. Quoi qu'il en soit, l'arrêt autorise à penser que le moyen tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions béninoises et burkinabés, aurait pu prospérer si la République du Bénin avait sollicité au préalable une décision d'exéquatur.

En somme, l'on retiendra que l'examen de la demande d'exéquatur d'une sentence arbitrale se fait uniquement en référence au droit interne du juge du lieu de l'exécution. Les décisions rendues par les juridictions étrangères, relativement au même litige, ne s'imposent pas au juge de l'exéquatur.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 21 septembre 2016, n° 14-29.340.

² Le Dahomey est l'ancien nom de la République du Bénin.

³ V. les articles 44 et s.

Principe de subsidiarité et droit de l'environnement de l'Union européenne : vers une concentration du contentieux environnemental devant les juridictions des États membres

Clara GRUDLER - Doctorante contractuelle – Chargée d'enseignement
Ecole de Droit de la Sorbonne - Institut de recherche en droit international et
européen de la Sorbonne (IREDIÉS EA 4536)

Abstract

Au sein de l'Union européenne, les dernières décisions marquantes en matière de contentieux environnemental sont rendues par les juridictions nationales des États membres, et non par la Cour de justice de l'Union européenne. Cela s'explique par le fait qu'en vertu du principe de subsidiarité, les États membres disposent d'une compétence résiduelle en droit de l'environnement. Les États bénéficient ainsi d'une large marge de manœuvre afin d'édicter leurs propres standards nationaux de protection de l'environnement et des droits humains, et de conclure des engagements internationaux dans ce domaine. Les particuliers et associations de protection de l'environnement mobilisent largement ces normes de droit national et international, et non les règles de droit de l'Union, au soutien de leurs actions dirigées à l'encontre d'États ou d'entreprises.

Le rapport du GIEC publié le 9 août 2021¹ indique que les prochaines décennies verront les changements climatiques s'accroître dans toutes les régions du monde. Dans l'hypothèse d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C, les vagues de chaleur se multiplieraient, tandis que les saisons chaudes seraient plus longues et les saisons froides plus courtes². Si la hausse des températures devait atteindre 2 °C, les chaleurs extrêmes atteindraient plus fréquemment des seuils de tolérance critiques pour l'agriculture et la santé publique³. À l'instar de l'Accord de Paris, des textes de droit nationaux tels que la Charte de l'environnement, et du droit dérivé de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement, les particuliers et les associations de défense de l'environnement ont vocation à s'emparer de ce nouveau rapport dans le cadre de procès environnementaux et climatiques. Au sein de l'Union européenne, de telles actions en justice sont de plus en plus fréquemment intentées à l'encontre des États membres et des sociétés exerçant des activités préjudiciables à l'environnement. Ces derniers mois ont vu se succéder les arrêts et jugements marquants en ce domaine. Ainsi, une décision du juge néerlandais a ordonné à une entreprise de réduire ses émissions de gaz à effet de serre⁴, une décision du juge allemand a estimé qu'une loi nationale relative à la protection du climat n'instaure pas d'exigences suffisantes pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre à partir de l'année 2031⁵, et une décision du juge français a reconnu la responsabilité de l'État quant au préjudice écologique causé par le non-respect des objectifs fixés à l'échelle nationale pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre⁶.

Il est notable que ces décisions retentissantes émanent des juridictions nationales des États membres⁷, et non de la Cour de justice de l'Union européenne. Pourtant, le droit de l'environnement est une matière vastement

1 GIEC, Communiqué de presse, 9 août 2021, 2017/17/PR.

2 *Ibid.*, p. 2.

3 *Ibid.*

4 Tribunal de district de La Haye, 26 mai 2021, Milieudefensie e.a. c/ Royal Dutch Shell.

5 Bundesverfassungsgericht, 24 mars 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20.

6 TA Paris, 3 févr. 2021, Oxfam France, Notre Affaire à tous, Fondation pour la Nature de l'Homme, Greenpeace France c/ État français, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976 ; V. C. Baldon, L'Affaire du siècle : une action juridique inédite pour contraindre l'État à lutter efficacement contre le changement climatique, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 5, mai 2019, dossier 20.

7 Sur l'émergence d'une « obligation climatique », V. C. Huglo, La question climatique : cinq mariages et un enterrement, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 8-9, août 2021, repère 8.

harmonisée en droit de l'Union européenne. Les institutions de l'Union bénéficient effectivement d'une compétence d'attribution afin d'édicter des mesures environnementales dans le cadre, notamment, de la politique commerciale, mais aussi dans le cadre de la politique agricole commune ou de la politique des transports¹. L'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) précise effectivement que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». Cependant, l'Union européenne n'a qu'une compétence accessoire concernant les mesures environnementales visant spécifiquement le marché intérieur². Cela s'explique par le fait que l'Union européenne ne bénéficie que d'une compétence partagée dans le domaine de l'environnement, en vertu de l'article 4, §2, e) du TFUE. Par conséquent, les institutions de l'Union ne peuvent intervenir dans le champ du droit de l'environnement que de manière subsidiaire, uniquement si « *les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* »³. L'application du principe de subsidiarité implique que, pour les mesures spécifiquement environnementales comme pour les mesures environnementales visant le marché intérieur, les États membres sont libres d'édicter leurs propres standards de protection environnementale, soit lorsque l'Union n'a pas légiféré, soit lorsque les États membres souhaitent adopter des mesures allant au-delà des normes de l'Union. Cette marge de manœuvre s'est traduite, par exemple, par l'adoption de la Charte de l'environnement et de la toute nouvelle loi Climat et résilience⁴ en France, et par la Klimaschutzgesetz en Allemagne. Les États membres ont également pris des engagements internationaux, découlant notamment de l'adoption et de la ratification de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015.

1 P. Thieffry, Droit européen de l'environnement, Synthèse, JurisClasseur Europe Traité, 31 décembre 2020, n° 5.

2 Article 114, §3, FUE : « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques ».

3 Article 5, §3, UE.

4 La Loi Climat et résilience a été promulguée, 24 août 2021, gouvernement.fr.

Cette pluralité de normes intégrées à l'ordre juridique des États membres implique que les personnes physiques et morales peuvent mobiliser les règles découlant tant du droit international, du droit de l'Union européenne que du droit interne, afin de contraindre l'État et potentiellement les entreprises à respecter les engagements environnementaux contractés. En effet, face à des engagements nationaux ou internationaux, il est logique que les requérants invoquent ces normes non devant la Cour de justice de l'Union européenne, mais devant les juridictions nationales, dans la mesure où il ne s'agit pas de faire respecter des normes issues du droit de l'Union. Les juridictions nationales sont ainsi appelées à préciser la responsabilité des États et des entreprises quant au respect des engagements environnementaux adoptés. De la décision Urgenda consacrant pour la première fois une obligation pour un État de se conformer aux objectifs internationaux de réduction des gaz à effet de serre¹, à l'Affaire du siècle dans laquelle le tribunal administratif de Paris constate l'existence d'un préjudice écologique lié à la carence partielle de l'État français à respecter ses objectifs environnementaux², les juridictions nationales éclipsent momentanément la Cour de justice de l'Union dans son rôle de sanctionnateur des manquements d'État. Nous apprécierons la manière dont la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres confère à ces derniers un rôle de premier plan, quant à la sanction des engagements environnementaux pris par les États.

Nous expliquerons en quoi la délimitation malaisée des compétences respectives de l'Union européenne et des États membres en droit de l'environnement entraîne une application élargie du principe de subsidiarité (1). Ce principe est à l'origine d'une multiplicité des normes de protection environnementale intégrées aux ordres juridiques nationaux. La mobilisation de celles-ci par les personnes physiques et morales mène à un nombre croissant de procès environnementaux et climatiques introduits devant les juridictions nationales (2).

1 Rechtbank Den Haag, 24 juin 2015, Fondation Urgenda c/ État des Pays-Bas, C/09/456689/ HA ZA 13-1396 ; confirm. par La Haye, division du droit civil, 9 oct. 2018, État des Pays-Bas c/ Fondation Urgenda, n° 200.178.245/01.
2 TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976, *précit.*

1. Une délimitation malaisée des compétences : une compétence d'attribution en droit de l'environnement marquée par l'application du principe de subsidiarité

En droit de l'environnement, la frontière entre la compétence de l'Union européenne et la compétence des États membres s'avère malaisée à établir avec précision. Le principe consiste en la compétence d'attribution de l'Union européenne pour les mesures purement environnementales (1.1.), et en la compétence accessoire de l'Union pour les mesures environnementales prises pour les besoins du marché intérieur (1.2.). Cependant, alors que le droit dérivé abonde dans le domaine du droit de l'environnement, l'action de l'Union au titre de sa politique environnementale demeure sensiblement limitée par le principe de subsidiarité.

1.1. L'affirmation d'une compétence d'attribution de l'Union européenne pour les mesures purement environnementales

L'Union européenne ne disposait, originellement, d'aucune compétence spécifique en droit de l'environnement. En effet, la logique d'intégration économique présidant à la construction de l'Union était étrangère aux considérations environnementales¹. Il s'agissait d'assurer l'effectivité des quatre libertés de circulation au sein du marché intérieur, et non de réguler des domaines ne relevant pas de la vie économique *stricto sensu*. Les préoccupations liées à l'environnement ont été saisies par le prisme économique, et notamment par le biais du droit de la concurrence de l'Union, pour lequel l'Union dispose d'une compétence exclusive². La Cour de justice de l'Union européenne a considéré en 1980 que les dispositions nécessaires pour assurer la protection de l'environnement et de la santé « *peuvent être de nature à grever les entreprises auxquelles elles s'appliquent, et faute de rapprochement des dispositions nationales en la matière, la concurrence pourrait être sensiblement faussée* »³. Quelques années plus tard, la Cour de justice a admis que la

1 N. de Sadeleer, Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement, *Droit et société*, 2012/1, n° 80. 73-90.

2 Article 3, §1, b), FUE.

3 CJCE 18 mars 1980, *Commission/Italie*, 91/79, pt 8.

protection de l'environnement constitue « *un des objectifs essentiels de la Communauté* »¹.

L'Acte unique européen, puis le traité de Lisbonne, ont instauré des bases juridiques spécifiques permettant à l'Union européenne d'intervenir en droit de l'environnement. Les articles 191 à 193 du TFUE confèrent une compétence d'attribution à l'Union européenne afin de poursuivre, dans le cadre de la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement, les objectifs de préservation, de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, de protection de la santé des personnes, de l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, et de promotion, à l'échelle internationale, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, notamment la lutte contre le changement climatique². Cette compétence a été transférée à l'Union afin de permettre la réalisation des objectifs même de l'Union européenne³. Le but de préservation de l'environnement a ainsi été érigé comme « *un des objectifs principaux* »⁴ de la politique environnementale de l'Union. De même, l'objectif de protection de la santé a été considéré comme « *déjà englobé dans l'objectif de protection de l'environnement* »⁵. En effet, les mesures permettant de lutter contre la pollution de l'air et la pollution sonore provenant des véhicules visent plus largement à la protection de la santé, puisque ces mesures « *ont pour finalité de limiter les dangers pour la santé liés à une dégradation de l'environnement* »⁶. Les objectifs poursuivis par les règles de droit dérivé de l'Union en droit de l'environnement justifient que les obligations imposées par celles-ci puissent être invoquées par les particuliers⁷, notamment

1 CJCE 7 févr. 1985, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, 240/83, pt 13.

2 V. article 191, §1, FUE

3 Article 3, §3, UE : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ».

4 CJCE 16 déc. 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, pt 30.

5 CJCE 11 déc. 2008, Commission c/ Autriche, C-524/07, pt 56.

6 *Ibid.*

7 CJCE 25 juill. 2008, Janecek, C-237/07, pt 37 : « (...) il serait incompatible avec le caractère contraignant que l'article 249 CE reconnaît à la directive d'exclure, en principe, que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par les personnes concernées. Cette considération vaut tout particulièrement pour une directive dont l'objectif est de maîtriser ainsi que de réduire la pollution atmosphérique et qui vise, dès lors, à protéger la santé publique ».

lorsque les mesures en cause visent à protéger la santé publique¹.

La Cour de justice de l'Union européenne est intervenue à plusieurs reprises afin de sanctionner la méconnaissance, par certains États membres, des règles de droit dérivé de l'Union dans le domaine de l'environnement². Le recours en manquement a été mobilisé comme instrument privilégié, par la Commission européenne, afin de contraindre les États à respecter ces règles³. En 2000, la Grèce a ainsi été condamnée à une astreinte journalière de 20 000 euros par jour⁴ tant que le premier arrêt rendu sur manquement huit ans plus tôt ne serait pas respecté par le gouvernement hellénique⁵. Dans cette affaire, une décharge de déchets toxiques dangereux pour la santé humaine s'était développée à l'embouchure du torrent Kouroupitos. Bien que la décharge ait cessé ses activités suite à ce second arrêt, le site ne fut pas dépollué, la Commission étant ainsi conduite à engager une nouvelle action à l'encontre de la Grèce⁶. La France a également pâti de plusieurs condamnations, que cela soit au titre d'une violation de la directive 79/409/CEE relative à la conservation des oiseaux sauvages⁷, ou d'une méconnaissance des obligations imposées par la directive 2008/50/CE quant à la qualité de l'air ambiant⁸. Cependant, la compétence accessoire de l'Union dans le domaine des mesures environnementales visant le marché intérieur limite l'action de la Cour de justice de l'Union européenne, quant à l'élaboration de la politique environnementale de l'Union : celle-ci se révèle en réalité plurielle, puisque chaque État membre développe, en amont de la politique instaurée par l'Union, sa propre politique environnementale.

1 CJCE 30 mai 1991, *Commission c/ Allemagne*, C-361/88, pt 16 ; CJCE, 30 oct. 1991, *Commission c/ Allemagne*, C-59/89, *Commission c/ Allemagne*, pt 19 : « (...) l'obligation faite aux États membres de fixer une valeur limite à ne pas dépasser dans des conditions déterminées, prévue par l'article 2 de la directive (...) implique donc que dans tous les cas où le dépassement des valeurs limites pourrait mettre en danger la santé des personnes, celles-ci puissent se prévaloir de règles impératives pour pouvoir faire valoir leurs droits ».

2 V. F. Simonetti, *Le droit européen de l'environnement*, Pouvoirs, 2008/4, n° 127. 67-85.

3 V. F. Jacob, *La mise en œuvre du droit de l'environnement, défi européen*, Petites affiches, n° 222, 5 nov. 2008, p. 4.

4 CJCE 4 juill. 2000, *Commission c/ Grèce*, C-387/97.

5 CJCE 7 avr. 1992, *Commission c/ Grèce*, C-45/91.

6 CJCE 2 oct. 2008, *Commission c/ Grèce*, C-112/06 ; V. L. Krämer, *EC Environmental Law*, 6e éd., Sweet and Maxwell, 2006.

7 CJCE 27 avr. 1988, *Commission c/ France*, 252/85.

8 CJUE 24 oct. 2019, *Commission c/ République française*, C-636/18.

1.2. Une compétence d'attribution seulement accessoire de l'Union européenne pour les mesures environnementales visant le marché intérieur

Alors que l'Union européenne dispose d'une compétence d'attribution au titre des mesures spécifiquement environnementales, les mesures environnementales prises pour les besoins du marché intérieur relèvent d'une compétence d'attribution qualifiée d'accessoire entre l'Union et les États membres¹. En effet, l'article 114, §3 du TFUE prévoit que la Commission peut procéder à une harmonisation des législations nationales dans le domaine de la protection de l'environnement. À ce titre, les mesures adoptées ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur prennent « *pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques* »². Le Parlement européen et le Conseil doivent également s'efforcer d'atteindre cet objectif. Le principe de subsidiarité régit l'édition, par les institutions de l'Union européenne, de mesures environnementales visant le marché intérieur. Lorsque de telles mesures ne sont pas adoptées au titre des articles 191 à 193 du TFUE, mais sur le fondement de l'article 114 du TFUE, celles-ci relèvent ainsi d'un chef de compétence accessoire de l'Union européenne. L'article 5, §3 du TUE précise qu'en vertu du principe de subsidiarité, l'Union doit intervenir, dans les domaines ne relevant pas de sa compétence exclusive, uniquement si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres mais peuvent l'être mieux à l'échelle de l'Union, du fait des dimensions ou des effets de l'action envisagée.

Par application du principe de subsidiarité, le juge de l'Union européenne a reconnu que le législateur de l'Union n'est pas contraint de procéder à une harmonisation complète du fonctionnement du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, étant donné que « *la réglementation communautaire dans ce domaine n'envisage pas une harmonisation complète* »³. L'omission du législateur de l'Union n'est donc pas constitutive d'une violation des traités, dans la mesure où les États membres disposent d'une large marge d'appréciation quant à la mise en œuvre de ce système⁴. Le respect

1 P. Thieffry, Droit européen de l'environnement, *op. cit.*, n° 10.

2 Article 114, §3, FUE.

3 Trib. UE 2 mars 2010, Arcelor c/ Parlement européen et Conseil, T-16/04, pt 179.

4 *Ibid.*, pt 180.

du principe de subsidiarité implique que le législateur de l'Union est fondé à conférer à la Commission européenne uniquement un pouvoir de contrôle de conformité des plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre, et non un pouvoir de substitution ou d'uniformisation qui comprendrait le pouvoir de fixer une quantité maximale de ces quotas¹. En effet, reconnaître que la Commission est habilitée à fixer cette quantité maximale reviendrait à octroyer à celle-ci des pouvoirs dépourvus de toute base juridique, s'agissant du domaine de compétence partagée que constitue la protection de l'environnement².

Il convient de relever que, s'agissant des mesures purement environnementales adoptées par l'Union au titre de sa compétence d'attribution aussi bien que des mesures environnementales prises pour les besoins du marché intérieur, les États membres disposent d'une compétence résiduelle par rapport à celle de l'Union. Cela découle du fait que le domaine de l'environnement ressort, en vertu de l'article 5, §2, e) du TFUE, d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres. Une telle compétence implique que les États peuvent adopter des mesures environnementales dans les domaines où l'Union n'est pas intervenue, mais également après que les institutions de l'Union aient édicté des mesures purement environnementales ou des mesures environnementales visant le marché intérieur³. En effet, dans les deux cas, les États peuvent instaurer des normes de protection plus élevées que celles prévues par le droit de l'Union européenne, concurrençant ainsi la compétence de l'Union. Tel est le cas des mesures de protection renforcées prévues par l'article 193 du TFUE⁴, permettant aux États membres d'outrepasser les mesures de protection de l'environnement adoptées par l'Union sur la base de l'article 192, §1 du TFUE. Constitue par exemple une mesure de protection renforcée une décision nationale prévoyant une allocation inférieure de quotas d'émission de gaz à effet de serre que celle prévue par le système de l'Union⁵. En revanche, l'instauration d'un impôt sur les

1 CJUE 29 mars 2012, Commission c/ Pologne, C-504/09 P, pts 79-80 ; CJUE, 29 mars 2012, Commission c/ Estonie, C-505/09 P, pts 81-82.

2 *Ibid.*

3 P. Thieffry, *Droit européen de l'environnement*, *op. cit.*, n° 12.

4 « Les mesures de protection arrêtées en vertu de l'article 192 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcées. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

5 TPICE, ord., 23 sept. 2008, Góraźdźe Cement c/ Commission, T-193/07 ; TPICE, ord., 23 sept. 2008, Lafarge Cement c/ Commission, T-195/07 ; TPICE, ord., 23 sept. 2008, Dyckerhoff Polska c/ Commission, T-196/07 ; TPICE, ord., 23 sept. 2008, Grupa Ożarów c/ Commission, T-197/07 ;

donations grevant les quotas d'émissions acquis à titre gratuit, mesure destinée à trouver des recettes supplémentaires pour les opérateurs de centrales photovoltaïques, ne constitue pas une mesure de protection renforcée, faute de poursuivre les objectifs prévus par la directive 2003/87/CE¹. L'application du principe de subsidiarité en droit de l'environnement a provoqué l'émergence d'une véritable compétence concurrente des États membres. Une telle compétence résiduelle des États biaise l'unité de la politique environnementale de l'Union², et explique que le contentieux environnemental se concentre actuellement devant les juridictions nationales.

2. Les conséquences du principe de subsidiarité appliqué au droit de l'environnement : la multiplication des procès environnementaux et climatiques au sein des États membres

L'application du principe de subsidiarité en droit de l'environnement suppose le maintien d'une compétence résiduelle des États membres. Une telle compétence permet à ceux-ci d'édicter des normes nationales dans le domaine environnemental, aussi bien que de contracter divers engagements internationaux. Cela explique que des normes constitutionnelles relevant du droit national des États membres soient mobilisées par les requérants dans le cadre de procès environnementaux et climatiques (2.1.), de même que des normes de droit international résultant des engagements pris par les États membres (2.2.).

TPICE, ord., 23 sept. 2008, Cementownia « Warta » c/ Commission, T-198/07 ; TPICE, ord., 23 sept. 2008, Cementownia « Odra » c/ Commission, T-199/07 ; TPICE, ord., 23 sept. 2008, Cemex Polska c/ Commission, T-203/07.

1 CJUE 26 févr. 2015, ŠKO-ENERGO, C-43/14, pt 25.

2 V. N. de Sadeleer, Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement, *op. cit.* : « Cet essor apparemment spectaculaire de ce droit ne doit pas masquer d'importantes faiblesses, qui tiennent notamment à une application nettement plus poussée des principes de subsidiarité et de proportionnalité que pour d'autres politiques de l'Union. Malgré les efforts consentis depuis près de quatre décennies, les résultats du droit de l'environnement et de la politique éponyme demeurent pour le moins mitigés. Aussi, nonobstant le succès rencontré par certaines mesures adoptées par l'Union, les objectifs poursuivis par de nombreuses réglementations (la réduction des pollutions industrielles, par exemple) n'ont pas été atteints ».

2.1. La mobilisation par les requérants des normes constitutionnelles de droit national des États membres

Au sein de l'Union européenne, les récentes décisions notables rendues dans le domaine du contentieux environnemental et climatique émanent essentiellement des juridictions nationales des États membres. En effet, les particuliers et les associations multiplient les recours devant ces juridictions en se prévalant des règles de droit nationales, internationales ou de l'Union européenne. À l'heure actuelle, ces acteurs ne se tournent pas naturellement vers le juge de l'Union européenne afin de faire valoir leurs prétentions, eu égard à la variété de fondements disponibles à l'échelle du droit national, en-dehors du droit de l'Union. En effet, le droit de l'Union européenne est encore loin d'être systématiquement mobilisé à l'appui de ce contentieux. Les États membres disposent d'une multiplicité d'instruments juridiques permettant de fonder une condamnation de l'État lui-même ou d'entreprises, pour violation de la loi nationale ou d'engagements internationaux en matière de protection de l'environnement. À cet égard, individus et associations de protection de l'environnement recourent notamment aux droits de l'homme et de l'environnement consacrés par ces instruments, afin d'appuyer leurs requêtes. Comme le relève Madame Torre-Schaub, le recours à ces droits permet aux requérants « *de plaider un droit fondamental à l'environnement sain en lien avec les droits de l'homme et le changement climatique* »¹.

Cette logique transparaît tant de la décision du Bundesverfassungsgericht quant à la loi fédérale allemande sur la protection du climat², que du jugement du tribunal administratif de Paris dans l'Affaire du siècle³. Dans ces deux affaires, les demandeurs ont fondé leurs requêtes sur une atteinte causée aux droits fondamentaux garantis par les normes constitutionnelles des ordres juridiques allemand et français. En Allemagne, la Klimaschutzgesetz imposait une réduction de 55% des émissions de gaz à effet de serre jusqu'en 2030, par rapport au niveau des émissions en 1990. Les recours constitutionnels dirigés contre cette loi allemande, fondés sur une violation alléguée de la Loi fondamentale, ont partiellement été accueillis. En effet, l'article 20a de la Loi fondamentale,

1 M. Torre-Schaub, Les contentieux climatiques, quelle efficacité en France ? Analyse des leviers et difficultés, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 5, mai 2019, dossier 17, n° 7.

2 Bundesverfassungsgericht, 24 mars 2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, *précit.*

3 TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976, *précit.*

imposant une réduction de ces émissions, intègre une « *norme juridique dont l'objectif est d'imposer au processus politique la prise en compte de préoccupations environnementales, notamment en ce qui concerne les générations futures qui seront particulièrement affectées par le changement climatique* »¹. Bien que cet article contienne un objectif ne conférant *a priori* aucun droit subjectif aux personnes², le Bundesverfassungsgericht a estimé que les dispositions attaquées portaient atteinte aux libertés des requérants. Une telle atteinte résulte du fait que la loi fédérale sur le climat reporte à la période postérieure à 2030 des charges considérables en matière de réduction d'émissions, faisant ainsi peser ces charges sur les générations futures.

Une logique similaire avait été suivie, quelques mois plus tôt, par le tribunal administratif de Paris dans l'Affaire du siècle. Quatre associations de défense de l'environnement reprochaient à l'État français une carence dans sa lutte contre le changement climatique. À ce titre, les requérants réclamaient une condamnation de l'État à réparer leur préjudice moral, de même que le préjudice écologique causé, et qu'il soit mis fin aux manquements de l'État à ses obligations. La garantie du droit de chacun à vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, l'obligation de vigilance environnementale s'imposant à l'État, le devoir de prévention des atteintes à l'environnement et le principe de précaution, respectivement consacrés par les articles 1er, 2, 3 et 5 de la Charte de l'environnement intégrée au bloc de constitutionnalité français, ont notamment fondé l'argumentaire des demandeurs³. Le juge a, en se fondant sur l'obligation générale de l'État de prévenir le dérèglement climatique, caractérisé une carence de l'État à réduire les émissions de gaz à effet de serre. Il a été estimé que cette carence est constitutive d'une faute susceptible de provoquer un préjudice écologique. D'autres juridictions nationales ont également rendu des décisions d'avant-garde sanctionnant non seulement l'État, mais aussi des entreprises, quant aux manquements perpétrés à l'égard d'engagements environnementaux. Ces sanctions sont de plus en plus fréquemment prononcées au titre de la violation des engagements internationaux pris par les États

1 Bundesverfassungsgericht, Succès partiel des recours constitutionnels dirigés contre la loi relative à la protection du climat, Communiqué de presse, 29 avril 2021, n° 31/2021.

2 J. Germain, La protection de l'environnement dans la constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'état, *Pouvoirs*, 2005, Volume 2, n° 113, p. 198.

3 TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976, *précit.*

membres.

2.2. Le recours des requérants aux engagements internationaux pris par les États membres

Dans le cadre de contentieux environnementaux et climatiques engagés devant les juridictions nationales des États membres, les requérants mobilisent le droit international par deux moyens. Le premier consiste à se prévaloir du non-respect des engagements internationaux pris par l'État quant à la protection de l'environnement, tandis que le second implique de se fonder sur les droits et libertés fondamentaux garantis par des normes conventionnelles, et notamment par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹. Dans l'Affaire du siècle, les demandeurs ont mobilisé les droits de l'homme et de l'environnement protégés à la fois par le droit national et par le droit conventionnel. Outre la Charte de l'environnement, les associations se sont également prévaluées des articles 2 et 8 de la CEDH, garantissant respectivement les principes du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale, afin de voir constater la carence de l'État quant à ses engagements environnementaux². Ces articles de la CEDH, en plus des dispositions constitutionnelles néerlandaises consacrant les mêmes droits, avaient également été mobilisés par l'ONG Urgenda en 2015³. Celle-ci estimait que les objectifs néerlandais de réduction des émissions de gaz à effet de serre étaient insuffisants par rapport aux obligations imposées aux Pays-Bas, notamment par la CCNUCC (Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques) et l'Accord de Paris de 2015. Le juge national a enjoint à l'État de se conformer aux objectifs de réduction des gaz à effet de serre fixés par les textes de droit international⁴, prononçant la première décision mondiale en ce sens.

1 J. Rochfeld, Procès climatiques : une voie pour le commun ?, *Revue des Juristes de Sciences Po*, n° 18, janv. 2020, 18, n° 1 ; M. Torre-Schaub, Quelle protection juridique pour les forêts ? *Réflexions autour de la fragmentation du droit*, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 10, oct. 2019, étude 13, n° 17.

2 TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972, 1904976, *précit.*

3 V. F. Haumont, Urgenda et la Convention européenne des droits de l'homme, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 5, mai 2019, dossier 16.

4 *Rechtbank Den Haag*, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c/ État des Pays-Bas*, C/09/456689/HA ZA 13-1396 ; confirm. par La Haye, division du droit civil, 9 oct. 2018, *État des Pays-Bas c/ Fondation Urgenda*, n° 200.178.245/01.

Outre les droits fondamentaux, les requérants se fondent de façon croissante sur une violation des dispositions de l'Accord de Paris afin de faire sanctionner des atteintes à l'environnement. En mai 2021, le Tribunal de La Haye a ordonné pour la première fois à une entreprise de réduire ses émissions de CO₂ d'au moins 45% d'ici 2030, par rapport à celles émises en 2019¹. Sept ONG avaient mis en demeure le groupe pétrolier Shell de cesser ses activités contribuant au dérèglement climatique. Les ONG ont assigné la compagnie pétrolière, en arguant du fait que la politique environnementale de Shell ne garantissait pas une réduction des émissions dans la limite de 1,5 °C imposée par l'Accord de Paris. Le Tribunal de La Haye a reconnu que Shell ne s'alignait pas sur une trajectoire conforme à l'objectif de l'Accord, consistant à limiter le réchauffement climatique à une température bien en-dessous de 2 °C². Le juge a imputé à la société mère de Shell la responsabilité des émissions de scope 1 à 3. Celles-ci correspondent aux émissions liées aux activités d'extraction et de production de pétrole et de gaz des filiales du groupe (émissions de scope 1 et 2), et aux émissions liées à la vente des produits pétroliers et gaziers (émissions de scope 3)³. Il a donc été enjoint à Shell de s'aligner sur la trajectoire prescrite par le rapport du GIEC de 2018⁴ afin de respecter les termes de l'Accord de Paris.

Ce texte de droit international a également été mobilisé par la commune de Grande-Synthe, en France⁵, afin de contraindre l'État français à aligner sa trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre à l'horizon 2030, sur les standards de l'Accord⁶. En l'occurrence, le décret n° 2020-457 du 21 avril 2020 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-

1 Tribunal de district de La Haye, 26 mai 2021, *Milieudefensie e.a. c/ Royal Dutch Shell*, *précit.*

2 Accord de Paris sur le climat, Nations Unies 2015, article 2§1 a) : « Le présent Accord, en contribuant à la mise en œuvre de la Convention, notamment de son objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, notamment en (...) contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques ».

3 V. P. Mougeolle, La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France, *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2021, n° 10.

4 GIEC, Rapport Spécial 1,5°C, Résumé pour les décideurs, 2018.

5 V. C. Huglo, L'obligation climatique en France et l'affaire de Grande-Synthe, *Énergie - Environnement - Infrastructures*, n° 3, mars 2021, dossier 12.

6 CE, 19 novembre 2020, Commune de Grande-Synthe, n° 427301.

carbone avait reporté après 2023 une partie de l'effort de réduction des émissions devant être réalisé. Le Conseil d'État a précisé que les objectifs environnementaux fixés par l'État français doivent s'apprécier à la lumière des dispositions de l'Accord de Paris, invoqué par la commune. Le juge administratif a donc demandé au gouvernement de justifier que son refus d'adopter des mesures plus strictes est compatible avec le respect des standards posés par l'Accord de Paris¹. Suite à la réponse de l'État, le Conseil d'État a estimé qu'en l'absence de mesures supplémentaires actuellement en vigueur et permettant de respecter la trajectoire de réduction des émissions, il doit être enjoint au gouvernement français d'adopter toutes mesures utiles pour atteindre l'objectif issu de l'Accord de Paris avant le 31 mars 2022.

Plus généralement, nous pouvons constater que les particuliers et les associations de protection de l'environnement fondent essentiellement leurs requêtes non sur des règles de droit de l'Union européenne³, mais sur des normes constitutionnelles de droit national, sur des engagements internationaux pris en matière environnementale, ou sur la CEDH, afin de faire reconnaître la responsabilité de l'État ou d'entreprises pour des préjudices écologiques liés au dérèglement climatique. L'application du principe de subsidiarité dans le domaine environnemental, impliquant une importante marge de manœuvre accordée aux États membres quant à l'élaboration de leurs politiques environnementales, fournit aux personnes physiques et morales un panel d'instruments juridiques permettant aux requérants d'asseoir leurs prétentions. Cela induit une multiplication des procès environnementaux devant les juridictions nationales des États membres, puisque la mobilisation des règles de droit national et

1 *Ibid.*

2 CE, 1er juill. 2021, n° 427301 ; Conseil d'État, Émissions de gaz à effet de cette : le Conseil d'État enjoint au Gouvernement de prendre des mesures supplémentaires avant le 31 mars 2022, Actualités, 1er juillet 2021 ; pour une appréciation des contentieux climatiques comme leviers permettant de renforcer la normativité de l'Accord de Paris, V. M. Torre-Schaub, La question climatique est-elle contraignante ? Regards croisés à l'occasion du 5e anniversaire de l'accord de Paris, Énergie - Environnement - Infrastructures, n° 3, mars 2021, dossier 9, nos 6-7.

3 Malgré la protection de l'environnement à titre de droit fondamental par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, V. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE C 202/389, 7 juin 2016, article 37 : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable ».

conventionnel suffit actuellement à sanctionner ce type de préjudices écologiques.

Les accidents d'aviation civile et le principe d'une culture juste : quelles conséquences juridiques en matière processuelle ?¹

Soufyane MAHSAS - Docteur en droit privé de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

¹ L'étude se focalise sur le droit international, le droit européen, le droit français et le droit algérien, ainsi que le droit américain concernant l'utilisation des rapports de l'enquête technique devant les autorités judiciaires.

Résumé

Dans la plus part des cas, la survenance d'un accident aérien donne naissance à deux enquêtes, l'une judiciaire et l'autre technique. Même si théoriquement ces deux enquêtes devraient être distinctes, la pratique a relevé néanmoins certaines difficultés quant à l'application du principe de l'autonomie des enquêtes.

Introduction

1. Historique. La survenance de catastrophes aériennes à grande échelle n'est pas un phénomène nouveau ; l'on connaît la fin tragique du dirigeable *LZ 129 Hindenburg*, de la firme allemande *Zeppelin*, survenue le 6 mai 1937 à Lakehurst dans le New Jersey, et ayant occasionné le décès de 35 personnes embarquées¹.

La question, tant discutée, de savoir si l'aéronef est un moyen de transport fiable et sans danger avait pris naissance surtout avec l'utilisation commerciale de l'aviation, et déjà au début du siècle passé, un auteur s'était demandé quelles étaient les causes de ces accidents aériens, si nombreux en comparaison avec les accidents de transport ferroviaire, et cet auteur de continuer, que beaucoup d'accidents survenus étaient le résultat de défauts d'organisation qui auraient pu être évités². Presque un siècle plus tard, même si les catastrophes aériennes sont moins nombreuses grâce à la réglementation sécuritaire imposée aux aéronefs ainsi qu'à l'automatisation des moyens de bord et des moyens au sol³, il n'en demeure pas moins que les accidents aériens sont toujours d'actualité.

¹ R.-G. GRANT, *Flight: The Complete History of Aviation*, New York, DK Publishing, 2017, p. 156-157.

² F. ENGEL, « Un problème des transports aériens : la sécurité », *Ann. de Géog.*, 47, 1938, n° 268, p. 337-338.

³ V. sur ce point : A. GRAS, « La sécurité des transports aériens », *Réseaux*, 9, 1991, n° 48, p. 23-37. Sur les risques d'interférence de l'automatisation des aéronefs et du raisonnement humain, v. : R. REMINGTON, D. BOEHM-DAVIS et Ch. FOLK, *Introduction to Humans in Engineered Systems*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2012, p. 339 s.

2. Statistiques. Selon les statistiques de l'OACI¹, pour l'année 2019², il y a eu dans le monde 114 accidents aériens³, dont 6 furent mortels, ce qui correspond à un taux de 2,9 accidents par million de départs (2,9/1 000 000), où la région Afrique-Océan indien (*RASG-AFI*)⁴ a occupé le premier rang, en prenant en considération son pourcentage de contribution au trafic international, à raison de 8 accidents par million de départs (8/1 000 000). Cette région a comptabilisé 2 accidents mortels. Mais à l'inverse, en prenant en compte seulement le nombre d'accidents, elle (la région Afrique-Océan indien) s'est classée, avec 9 accidents survenus, en quatrième position en comparaison avec les autres régions⁵. Il faudrait souligner, que l'étude des statistiques de l'année 2019 révèle une hausse du nombre d'accidents par rapport à l'année 2018⁶.

Quant aux statistiques de l'année 2020⁷ ainsi que celles de l'année 2021⁸, on note une baisse significative du nombre d'accidents aériens⁹, qui est due au

¹ Sur la critique des diverses méthodes de statistiques en matière d'accidents mortels d'aviation, v. : A. BARNETT, « Aviation Safety and Security », in P. BELOBABA, A. ODoni et C. BARNHART (dir.), *The Global Airline Industry*, UK, John Wiley & Sons, Ltd., 2009, p. 313 s.

² ICAO, *Safety Report*, 2020 (https://www.icao.int/safety/Documents/ICAO_SR_2020_final_web.pdf) [consulté le 7 janvier 2021].

³ Ne sont pris en compte, que les accidents portés à la connaissance de l'OACI suivant certaines conditions.

⁴ L'Algérie, selon le découpage de l'OACI, en ce qui concerne la sécurité aérienne, fait partie du groupe régional d'Europe (*EUR/NAT*).

⁵ Les trois régions qui la devancent, sont : la région Panaméricaine (*RASG-PA*) avec 54 accidents, la région Europe (*RASG-EUR*) avec 29 accidents, et la région Asie-Pacifique (*RASG-APAC*) avec 17 accidents.

⁶ Une hausse du taux d'accidents de 16 % en comparaison avec l'année 2018, où il y avait eu 98 accidents aériens, dont 11 furent mortels, ce qui correspond à un taux de 2,6 accidents par million de départs (2,6/1 000 000). La région Panaméricaine (*RASG-PA*) occupait le premier rang (en comparaison de son pourcentage de contribution au trafic international) à raison de 3,3 accidents par million de départs (3,3/1 000 000), dont 3 accidents furent mortels. En prenant en compte comme référence le nombre d'accidents survenus, elle (*RASG-PA*) se classe aussi en première position avec 45,91 % des accidents survenus dans le monde (ICAO, *State of Global Aviation Safety*, 2019 (https://www.icao.int/safety/Documents/ICAO_SR_2019_final_web.pdf) [consulté le 7 janvier 2021]).

⁷ ICAO, *Safety Report*, 2021 (<https://www.icao.int/safety/Documents/ICAO%20Safety%20Report%202021%20Edition.pdf>) [consulté le 11 mai 2022].

⁸ ICAO, *Safety Report*, 2022 (https://www.icao.int/safety/Documents/ICAO_SR_2022.pdf) [consulté le 23 janvier 2023].

⁹ 2020 : 48 accidents ; 2021 : 48 accidents.

ralentissement du trafic aérien mondial suite à la pandémie du Covid-19¹. On relève aussi, que le taux d'accidents par million de départs, estimé à 2,14/1 000 000 pour l'année 2020 et à 1.93/1 000 000 pour l'année 2021, a légèrement baissé en comparaison avec les années précédentes. Mais, on ne pourrait pas tirer les conséquences que cette baisse est due à l'amélioration de la sécurité aérienne, car le ralentissement du trafic aérien international agit corrélativement sur les causes sous-jacentes des accidents aériens.

3. Nécessité d'organiser l'enquête de sécurité. Pour prévenir les accidents aériens, il fallait connaître leurs causes. C'est pour cette raison qu'on avait créé l'enquête technique². La Convention de Chicago de 1944 en a posé le principe à l'article 26³, et son Annexe 13 en a développé les procédures⁴. Le droit européen s'est préoccupé aussi des enquêtes de sécurité, et le dernier règlement qui traite de la question, date du 20 octobre 2010⁵. Il ne faudrait pas négliger aussi le règlement européen n° 376/2014 ainsi que le règlement européen 2018/1139, qui sont en relation avec l'enquête de sécurité et qui d'ailleurs ont modifié le règlement européen n° 996/2010 précédemment cité⁶. En droit français, en plus

¹ 38,79 millions de départs pour l'année 2019 contre 22,47 millions de départs pour l'année 2020, soit une baisse de 42,07 %, et contre 24,92 millions de départs pour l'année 2021, soit une baisse de 35,75 %.

² Les termes « enquête technique » et « enquête de sécurité » ont la même signification, d'ailleurs le Code de l'aviation civile français utilise encore le terme « enquête technique » (art. R. 711-9). C'est le Code des transports qui utilise le terme « enquête de sécurité » pour les accidents et les incidents d'aviation, s'inspirant ainsi de la réglementation européenne, et il réserve le terme « enquête technique » que pour les événements de mer et les accidents et les incidents de transport terrestre, bien qu'il inclue l'article L. 1622-1 (qui concerne toutes les enquêtes) dans le chapitre intitulé « sanctions relatives à l'enquête technique ».

³ Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 déc. 1944, 15 UNTS 295, ICAO Doc 7300/9 (entrée en vigueur : 4 avr. 1947) [Convention de Chicago]. Ratification : France : D. n° 47-974, 31 mai 1947, publication de la convention relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944 : JORF n° 130, 3 juin 1947, p. 5091 ; Algérie : D. n° 63-84, 5 mars 1963, adhésion de la République algérienne démocratique et populaire à la convention relative à l'aviation civile internationale : JORA n° 14, 19 mars 1963, p. 274.

⁴ OACI, *Annexe 13 : Enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation*, 2020 (12^e éd.) [OACI Annexe 13].

⁵ Règl. (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil, 20 oct. 2010, sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et abrogeant la directive 94/56/CE : JOUE n° L 295, 12 nov. 2010, p. 35 [règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile].

⁶ Règl. (UE) n° 376/2014 du Parlement européen et du Conseil, 3 avr. 2014, concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, modifiant le règlement (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2003/42/CE du Parlement européen et du Conseil et les règlements de la Commission (CE) n° 1321/2007 et (CE) n° 1330/2007 : JOUE n° L 122, 24 avr. 2014, p. 18

des dispositions des règlements européens précités, le Code des transports traite de la question, au second titre, du sixième livre de la première partie, ainsi qu'au second chapitre du second titre et la cinquième section du second chapitre du troisième titre, du second livre de la sixième partie. Dans la partie réglementaire du Code des transports, l'enquête de sécurité en matière d'aviation civile n'est concernée que par la section relative à l'organisation et fonctionnement des bureaux d'enquêtes¹. En plus de certaines dispositions de la partie réglementaire du Code de l'aviation civile encore en vigueur², des dispositions de la partie législative du même Code, dont l'abrogation n'est pas encore effective faute de dispositions réglementaires, sont elles aussi toujours en vigueur³. Il faudrait souligner, que sous l'impulsion des dispositions de l'article 12(3) du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, un accord a été conclu le 16 septembre 2014 entre le ministère de la Justice et le Bureau d'enquêtes et d'analyses pour la sécurité de l'aviation civile (BEA), et qui définit les relations entre les autorités judiciaires et l'autorité chargée de l'enquête de sécurité⁴. De plus, un accord a été conclu entre le ministère de la Justice et la Direction générale de l'aviation civile (DGAC), relatif aux informations sur les comptes rendus d'évènements dans l'aviation civile⁵. Quant au droit algérien, ce sont les dispositions de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile qui organisent l'enquête technique⁶.

[règlement (UE) concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'évènements dans l'aviation civile] ; règl. (UE) 2018/1139 du Parlement européen et du Conseil, 4 juill. 2018, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence de l'Union européenne pour la sécurité aérienne, et modifiant les règlements (CE) n° 2111/2005, (CE) n° 1008/2008, (UE) n° 996/2010, (UE) n° 376/2014 et les directives 2014/30/UE et 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil, et abrogeant les règlements (CE) n° 552/2004 et (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil ainsi que le règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil : JOUE n° L 212, 22 août 2018, p. 1 (mod. par règl. délégué (UE) 2021/1087 de la Commission, 7 avr. 2021 : JOUE n° L 236, 5 juill. 2021, p. 1).

¹ Art. R. 1621-1 à art. R. 1621-10 du Code des transports [C. transp.].

² Art. R. 711-3, art. R. 711-5, art. R. 711-7, art. R. 711-9, art. R. 722-1 à art. R. 722-7, art. R. 731-3 et art. R. 741-1 du Code de l'aviation civile [C. aviation].

³ C. aviation, art. L. 722-4, art. L. 723-1 et art. L. 731-5.

⁴ BEA-Justice, *Accord préalable relatif aux enquêtes de sécurité aérienne*, 16 sept. 2014 [Accord BEA-Justice].

⁵ DGAC-Justice, *Accord relatif aux informations sur les comptes rendus d'évènements dans l'aviation civile*, 31 janv. 2020.

⁶ L. n° 98-06, 27 juin 1998, fixant les règles générales relatives à l'aviation civile : JORA n° 48, 28 juin 1998, p. 4, telle que modifiée et complétée par : L. n° 2000-05, 6 déc. 2000 : JORA n° 75, 10 déc. 2000, p. 4 ; ord. n° 03-10, 13 août 2003 : JORA n° 48, 13 août 2003, p. 4 ; L. n° 08-02, 23 janv. 2008 : JORA n° 4, 27 janv. 2008, p. 5 ; L. n° 15-14, 15 juill. 2015 : JORA n° 41, 29 juill. 2015,

Il ne faudrait pas négliger aussi les manuels et les circulaires de l'OACI¹, qui sont précieux à la fois pour les enquêteurs techniques et pour les enquêteurs judiciaires.

I. DUALITÉ DES ENQUÊTES

4. Principe de séparation des enquêtes. Il faudrait retenir un principe simple, qui est, que *tout accident ou incident aérien ne constitue pas nécessairement une infraction pénale*, car le terme « accident » ou « incident » utilisé par l'Annexe 13 renvoie à une définition technique et non juridique². Ainsi, ne pourraient pas être considérés comme une infraction pénale, les seuls *dommages ou une rupture structurelle, qui avaient altéré les caractéristiques de résistance structurelle, de performance ou de vol de l'aéronef*³, à moins en effet qu'il n'y ait eu intention criminelle. Aussi, l'incident aérien, aussi grave soit-il, ne devrait pas constituer une infraction pénale, faute d'existence de l'élément de *dommage*, sous réserve toutefois, de certains actes qui pourraient constituer aussi des

p. 5 ; L. n° 19-04, 17 juill. 2019 : JORA n° 46, 21 juill. 2019, p. 12 [loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile].

¹ OACI, *Manuel d'enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation : Partie I – Organisation et planification*, Doc. 9756-AN/965, 2015 (2^e éd.) [OACI Doc 9756-I] ; OACI, *Manuel d'enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation : Partie II – Procédures et listes de vérification*, Doc 9756-AN/965, 2012 (1^{re} éd.) ; OACI, *Manuel d'enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation : Partie III – Enquêtes*, Doc 9756-AN/965, 2011 (1^{re} éd.) [OACI Doc 9756-III] ; OACI, *Manuel d'enquêtes sur les accidents et incidents d'aviation : Partie IV – Communication des résultats*, Doc 9756-AN/965, 2020 (3^e éd.) ; OACI, *Manuel sur les organismes régionaux d'enquête sur les accidents et incidents*, Doc 9946-AN/481, 2011 (1^{re} éd.) ; OACI, *Manuel de politiques et procédures d'enquête sur les accidents et les incidents*, Doc 9962-AN/482, 2019 (2^e éd.) ; OACI, *Manuel relatif à la protection des informations sur la sécurité : Partie I – Protection des éléments d'enquête sur les accidents et les incidents*, Doc 10053, 2016 (1^{re} éd.) [OACI Doc 10053-I]. Il ne faudrait pas négliger aussi : OACI, *Manuel de médecine aéronautique civile*, Doc 8984-AN/895, 2012 (3^e éd.) [OACI Doc 8984] ; OACI, *Dangers des lieux d'accidents d'aviation*, Cir 315-AN/179 [OACI Cir 315].

² En droit algérien, la loi n° 98-06 donnait une définition à ces termes à l'article 93. Désormais avec sa modification par la loi n° 15-14, l'article 2 de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile renvoie aux définitions de la Convention de Chicago de 1944 et de ses annexes. L'article 2 du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile reprend les mêmes définitions des termes « accident » et « incident » que celles prévues par l'Annexe 13.

³ V. la définition donnée au terme « accident » au premier chapitre de l'Annexe 13.

infractions de prévention¹. Il est à relever que l'article 26 de la Convention de Chicago donne une définition plus large à l'*accident* aérien, en comparaison avec la définition prévue par son Annexe 13.

Comme principe, l'Annexe 13 établit la séparation entre l'enquête technique et les enquêtes judiciaires². Dans cette étude nous n'allons retenir que le cas où il y aurait concomitance entre les enquêtes judiciaires et l'enquête technique, diligentées par des organismes d'un même État et ayant pour cause un *accident aérien*.

A. ENQUÊTE TECHNIQUE

5. Définition. L'enquête technique ou l'enquête de sécurité est définie par l'Annexe 13 en ces termes :

« Activités menées en vue de prévenir les accidents, qui comprennent la collecte et l'analyse de renseignements, l'exposé des conclusions, la détermination des causes et/ou des facteurs contributifs et, s'il y a lieu, l'établissement de recommandations de sécurité. »³

Le but de cette enquête est donc préventif et ne consiste pas à rechercher une quelconque responsabilité ou à déterminer des fautes⁴, mais d'établir les circonstances et les causes de l'accident⁵. C'est d'ailleurs, ce qui la différencie de la finalité des enquêtes judiciaires⁶.

¹ « Est passible d'un emprisonnement [...] tout exploitant effectuant habituellement des transports par aéronef contre rémunération qui : a) n'a pas assuré l'entretien de l'aéronef [...] » (loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art.199).

² OACI *Annexe 13*, § 5.4.1.

³ *Ibid*, ch. 1. V. notamment, règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 2(14).

⁴ OACI *Annexe 13*, § 3.1 ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 5(6) ; loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 94.

⁵ Loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 94. Le Code des transports parle de détermination des *causes certaines ou possibles de l'évènement, de l'accident ou de l'incident* (C. transp., art. L. 1621-3, al. 2).

⁶ « *In other words, the aim of technical investigations is to determine the causes of an accident or serious incident in order to avoid similar events in the future and to increase safety standards, by following a preventive approach, while judicial inquiries are aimed at prosecuting people found*

6. Compétence. Tout accident aérien, tel défini par l'Annexe 13, donne lieu à une enquête technique par les autorités d'un État, lorsque l'accident est survenu sur son territoire national¹, ou lorsque l'accident concerne un aéronef immatriculé dans cet État ou un aéronef exploité par une société ayant son siège principal dans l'État précité et que l'État d'occurrence n'a pas ouvert d'enquête technique². Désormais, depuis l'amendement 17 de l'Annexe 13, dans tous les cas où l'État – membre – d'occurrence n'ouvre pas une enquête, l'État d'immatriculation, ou à défaut (et par ordre), l'État de l'exploitant, l'État de conception ou l'État de construction, pourra demander à l'État d'occurrence de lui déléguer l'enquête³.

Dans le cas où l'État d'occurrence ouvre une enquête, il doit en informer l'État d'immatriculation si l'aéronef est immatriculé à l'étranger, qui pourra requérir la présence de son représentant⁴, les paragraphes 4.6 et 5.18 de l'Annexe 13 octroient ce droit aussi à l'État de l'exploitant, l'État de conception et l'État de construction. L'OACI doit être aussi informée de l'accident sous certaines conditions⁵. Si l'accident a eu lieu dans un État non-partie à la Convention de Chicago, et que cet État n'a pas l'intention de mener une enquête conformément à l'Annexe 13, l'État d'immatriculation ou à défaut, l'État de l'exploitant, l'État de conception ou l'État de construction pourra ouvrir une enquête⁶. L'enquête relèvera aussi de la compétence de l'État d'immatriculation (sous réserve du pouvoir de délégation), si l'accident a eu lieu dans un espace en dehors de toute souveraineté étatique⁷, et dans le cas où l'État d'immatriculation n'ouvre pas l'enquête ou ne la délègue pas, il est fait application des dispositions du paragraphe 5.3.2 de l'Annexe 13.

guilty or those believed to be responsible, by adopting a repressive approach. » (F. PELLEGRINO, *The Just Culture Principles in Aviation Law: Towards a Safety-Oriented Approach*, Switzerland, Springer, 2019, p. 14).

¹ L'État d'occurrence pourrait néanmoins déléguer totalement ou partiellement la conduite de l'enquête à un organisme d'enquête relevant d'un État étranger (OACI *Annexe 13*, § 5.1 ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 6(2) ; C. aviation, art. R. 711-9, al. 1^{er} ; loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 96, al. 1^{er}).

² Loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 95 ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 3(1-a) et (1-b). Le règlement européen parle *d'entreprise établie dans un État membre*.

³ OACI *Annexe 13*, § 5.1.3.

⁴ Convention de Chicago, art. 26 ; OACI *Annexe 13*, § 4.1 ; § 4.6.

⁵ OACI *Annexe 13*, § 4.1. V. notamment, règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 9(2).

⁶ OACI *Annexe 13*, § 5.2.

⁷ OACI *Annexe 13*, § 5.3.

En droit algérien, avant la modification de la loi n° 98-06 par la loi n° 15-14, l'enquête technique était ouverte par l'autorité chargée de l'aviation civile et diligentée par une commission d'enquête *ad hoc*¹. Désormais, l'enquête sera effectuée par un organisme d'enquête technique, qui est un organisme permanent et indépendant².

B. ENQUÊTES ET INFORMATION JUDICIAIRES

7. Nécessité. Comme règle générale, il n'y a pas d'enquête et d'information judiciaires sans infraction pénale. L'infraction pénale constitue donc la condition sine qua non de l'existence de l'enquête ou de l'information judiciaire. Néanmoins, dans certains cas, il est fait exception à cette règle ; comme au cas prévu dans les Codes de procédure pénale français et algérien, concernant la recherche des circonstances d'un décès ou de blessures graves lors de la découverte d'un cadavre ou d'une personne grièvement blessée³.

Selon les Codes français et algérien de procédure pénale, deux enquêtes sont envisageables ; la première, étant celle de l'enquête de flagrance, et la seconde, celle de l'enquête préliminaire. Vu, que souvent on ignore les causes des accidents aériens, les enquêteurs ouvriront une enquête préliminaire et non une enquête de flagrance ; cette dernière étant conditionnée (comme règle générale) à l'existence d'une infraction qui se commet – ou a été commise – en état de flagrance⁴. Toutefois, dans certaines situations, le recours à l'état de flagrance pourrait s'imposer ; il en est ainsi, par exemple, si un projectile avait été tiré en direction d'un aéronef en décollage et que les officiers de police judiciaire l'avaient constaté visuellement (l'action qui se commet). Mais, même dans ce cas (la réunion des conditions de l'état de flagrance), les enquêteurs pourraient ne procéder qu'à une enquête préliminaire. Il nous semble donc que l'enquête préliminaire est la plus appropriée à être suivie par les enquêteurs, surtout

¹ Loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 94, al. 2 (avant sa modification par la loi n° 15-14).

² Loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 93 et art. 97 *ter* (après leur modification par la loi n° 15-14).

³ Art. 74 du Code de procédure pénale français [CPPF] ; art. 62 du Code de procédure pénale algérien [CPPA] (le Code de procédure pénale algérien ne concerne que le cas du décès).

⁴ V. sur ce point, CPPF, art. 53 ; CPPA, art. 41.

lorsqu'il n'y a pas de soupçons qui tendent vers l'existence d'une infraction intentionnelle.

Dans la pratique, il est rare que le ministère public ouvre une information judiciaire sans procéder à une enquête policière, mais rien n'interdit à ce que le ministère public saisisse le juge d'instruction dès qu'il a eu connaissance d'un accident aérien¹.

8. Compétence pénale. En droit algérien, c'est en combinant les dispositions de l'article 3, al. 1^{er} du Code pénal avec celles de l'article 586 du Code de procédure pénale, qu'on arrive à délimiter le champ d'application de la loi pénale algérienne dans l'espace, en partant du principe que l'infraction est réputée commise sur le territoire algérien si un acte caractérisant l'un des éléments constitutifs de cette infraction a eu lieu sur ce territoire². C'est d'ailleurs la même solution retenue par le Code pénal français³.

En parlant d'infractions non intentionnelles, il suffirait que le préjudice corporel ou le décès se soit produit sur le territoire algérien ou français pour que les juridictions algériennes ou françaises soient compétentes, alors même que la faute pénale ait été commise hors de leurs territoires. Ce qui fait que les autorités judiciaires de l'État d'occurrence seraient compétentes pour enquêter sur ces faits, sans que cela ne fasse obstacle à d'autres États de diligenter des enquêtes judiciaires suivant d'autres critères de compétence⁴.

II. INTERFÉRENCE DES ENQUÊTES

9. Principe d'indépendance⁵. En droit algérien, l'article 97 *bis*, al. 1^{er} de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, édicte :

« Sans préjudice de la coordination avec les autorités judiciaires, l'organisme l'enquête technique agit en toute indépendance et ne reçoit ni ne sollicite d'instruction

¹ À titre d'exemple, v. CPPF, art. 72 ; CPPA, art. 60, al. 4.

² CPPA, art. 586.

³ Art. 113-2 du Code pénal.

⁴ Ex. compétence territoriale basée sur le principe de la personnalité passive.

⁵ V. concernant cette question, P.-S. DEMPSEY, « Independence of Aviation Safety Investigation Authorities: Keeping the Foxes from the Henhouse », *J. Air L. & Com.*, 75, 2010, n° 1, p. 223-284.

d'aucune autorité, ni d'aucun organisme dont les intérêts pourraient entrer en conflit avec la mission qui lui est confiée. »¹

Cette disposition en premier lieu, établit l'interdiction d'ingérence dans un but politique ou autre d'une quelconque entité étatique dans le déroulement de l'enquête technique², et en second lieu, elle confirme le principe de la séparation des enquêtes. Le règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile consacre à l'article 5(6) expressément le principe d'indépendance vis-à-vis des actions judiciaires visant à déterminer les fautes ou les responsabilités.

Ce principe s'appliquerait sans aucune difficulté si l'organisme d'enquête technique était l'organisme étatique national. Mais *quid*, si l'État d'occurrence avait délégué l'enquête à un organisme d'un État étranger ? La question dans ce cas deviendrait plus délicate, et nous pensons que cette indépendance ne serait pas directement acquise au profit de l'organisme étranger, mais ce serait l'État déléguant qui lui garantirait cette indépendance³.

10. Entre le principe de coordination et le principe d'une « culture juste »⁴. Bien que la réglementation internationale et les législations internes établissent le principe de la séparation des enquêtes, elles favorisent néanmoins le recours à la coordination entre les enquêteurs techniques et les autorités judiciaires de l'État d'occurrence⁵. Cependant, la divulgation d'informations sensibles à d'autres fins que l'enquête sur les causes de l'accident pourrait bien constituer un frein à la coopération entre l'organisme de l'enquête technique et les autorités judiciaires⁶, alors même qu'il y aurait possibilité d'appliquer le critère de mise en

¹ V. notamment, règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 4 ; C. transp., art. L. 1621-7.

² V. OACI Doc 9756-I, § 2.1.2.

³ La lecture de l'article 6(2) du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, semble confirmer ce point de vue.

⁴ Selon l'article 2(12) du règlement (UE) concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, on entend par *culture juste*, « une culture dans laquelle les agents de première ligne ou d'autres personnes ne sont pas punis pour leurs actions, omissions ou décisions qui sont proportionnées à leur expérience et à leur formation, mais dans laquelle les négligences graves, les manquements délibérés et les dégradations ne sont pas tolérés ».

⁵ OACI Annexe 13, § 5.4.4 ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 12(3) ; loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 97 bis, al. 1^{er} ; OACI Doc 9756-I, § 2.6.1.5 ; § 3.3.1.

⁶ OACI Annexe 13, § 5.12 ; OACI Doc 10053-I ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 14. Cette difficulté concerne aussi les

balance¹. En effet, l'enquête technique tend à la sécurisation des secteurs de l'aéronautique et de l'aviation, elle n'a pas pour but donc de rechercher une faute répréhensible. C'est pour cette raison qu'on avait conceptualisé le principe d'une « culture juste ». Notion, qui consiste, au nom de la prévention et de la sécurité, de mettre en confiance les intervenants de première ligne dans les secteurs de l'aéronautique et de l'aviation, pour permettre une collaboration effective et spontanée en contrepartie d'une sorte d'immunité². Immunité, qui a pour conséquence, d'interdire les poursuites administratives, disciplinaires, voire même pénales³, ainsi qu'à conférer protection et confidentialité aux dépositions et aux contenus des enregistrements, d'où la conséquence de ne pas communiquer ce genre d'informations aux enquêteurs judiciaires que sous certaines conditions, voire même d'interdire aux juges de puiser dans l'enquête technique des éléments de faute ou de responsabilité⁴.

Certains auteurs pensent que le recours aux poursuites pénales constitue, en lui-même, un obstacle au développement de la sécurité aérienne⁵. Si cette conception des choses s'accorde bien avec certains systèmes judiciaires (ex. système judiciaire américain), elle est loin d'être acceptée par les autorités judiciaires françaises ou algériennes, qui ont recours, systématiquement, à

éléments de source étrangère obtenus par les enquêteurs techniques. En effet, leur intégration dans une procédure judiciaire, sans l'accord des autorités étrangères, risque de paralyser la coopération internationale spontanée (B. CAÏTUCOLI, « BEA et BEA-É, au service de la prévention des accidents aériens », *JSS* 2019, n° 84, p. 19).

¹ V. OACI *Annexe 13*, appendice 2 ; règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 14(3) ; règlement (UE) concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, art. 15(4). V. notamment, Accord BEA-Justice, art. 12.2.

² En droit algérien, les dispositions de l'article 97 *quater* de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile consacrent le principe d'une *culture juste*, en édictant que toute personne, de par ses fonctions ou son activité, qui a eu connaissance d'un *événement*, devra en faire déclaration. En contrepartie, aucune sanction du fait de sa déclaration ne lui sera infligée, à moins qu'elle n'ait commis un manquement délibéré ou répété aux règles de sécurité.

³ V. C. tranp., art. L. 6222-2 ; Accord BEA-Justice, art. 11.2 (concernant les conditions de la dénonciation faite par l'organisme de l'enquête technique des crimes et délits dont il a eu connaissance par un compte-rendu d'événement). V. notamment, le considérant n° 24 du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile.

⁴ V. *infra*, n° 23 s.

⁵ « *Punishment has not been shown to be an effective means of improving the aviation industry's safety. As it is, pilots, controllers, and mechanics have enough incentive to do their jobs correctly. Their jobs, their reputation, and often their lives are on the line. Fear of prosecution is merely an obstruction to safety.* » (M.-W. PEARSON et D.-S. RILEY, *Foundations of Aviation Law*, Farnham, Ashgate, 2015, p. 195).

l'ouverture d'une enquête judiciaire, dès lors qu'il y a survenance de décès ou de dommages corporels suite à un accident aérien¹.

11. Le principe de coopération – de la théorie à la pratique. À défaut de dispositions expresses prévues par le Code de procédure pénale ou par la législation relative à l'aviation aérienne, ou d'un accord préalable détaillé entre les autorités judiciaires et l'organisme chargé de l'enquête technique, il est difficile de faire coordonner les opérations d'enquête entreprises par les autorités judiciaires avec celles de l'enquête technique, au regard de la pluralité des intervenants de l'autorité judiciaire. Ainsi, interviennent ; le représentant du ministère public comme directeur des enquêtes² ou comme enquêteur³, le juge d'instruction comme enquêteur⁴ ou comme organe judiciaire indépendant de recherche et d'investigation⁵, la police judiciaire agissant comme un organe d'enquête⁶ dirigée par le procureur de la République ou exceptionnellement par le juge d'instruction⁷, ou agissant comme un organe exécutant les délégations et les réquisitions des juridictions d'instruction⁸. Cet enchevêtrement d'intervenants, rend la coordination assez difficile, notamment lorsque les actes à entreprendre sont similaires.

Nous n'étudierons dans cet article que les actes d'investigation qui peuvent interférer. Ainsi, les actes d'investigation qui sont indépendants et qui n'interfèrent pas, tels que les opérations de relevé des données météorologiques, des données topographiques, des données de géolocalisation, etc., seront exclus de cette étude.

¹ Pour une étude comparative, v. E.-D. SOLOMON et D.-L. RELLES, « Criminalization of Air Disasters: What Goal, if Any, is Being Achieved », *J. Air L. & Com.*, 76, 2011, n° 3, p. 407-456.

² CPPF, art. 41, al. 2 ; CPPA, art. 36.

³ CPPF, art. 41, al.1^{er} et al. 5, et art. 68, al. 2 ; CPPA, art. 36 et art. 56, al. 2.

⁴ CPPA, art. 60 et art. 62 ; CPPF, art. 74. En droit français, depuis la loi n° 99-515, le juge d'instruction n'est plus habilité à procéder aux actes de police judiciaire en cas d'enquête de flagrance, même si l'article 51, al. 2 du Code de procédure pénale [CPP] n'a pas été modifié dans ce sens.

⁵ CPPF, art. 81, al.1^{er} ; CPPA, art. 68, al. 1^{er}.

⁶ CPPF, art. 14, al. 1^{er} ; CPPA, art. 12, al. 3.

⁷ CPPA, art. 60, al. 2. V. l'ancien article 72, al. 3 du Code de procédure pénale français (avant sa modification par la loi n° 99-515).

⁸ CPPF, art. 14, al. 2 ; CPPA, art. 13.

A. LES ACTES ENTREPRIS SUR LES LIEUX DE L'ACCIDENT

12. Début des enquêtes. La loi algérienne ne précise pas la manière d'établir le contact entre les autorités judiciaires et l'organisme d'enquête technique. Concernant le droit français, l'accord BEA-Justice du 16 septembre 2014 précise que les deux parties doivent s'aviser mutuellement¹, et en cas d'ouverture d'une enquête ou d'une information judiciaire, le BEA en est avisé par le procureur de la République².

13. L'arrivée sur les lieux de l'accident. Cette étape, est sans doute l'étape la plus compliquée du point de vue de la coordination, car elle constitue le premier contact entre les intervenants (autorités judiciaires, police judiciaire, organisme d'enquête technique, administration de l'aviation civile, les organes de secours, autorités locales agissant comme un organe de police administrative, etc.), et que chaque intervenant a ses propres priorités.

Dès l'arrivée sur les lieux, le représentant des enquêteurs techniques devrait, selon nous, prendre contact avec le représentant du ministère public (et exceptionnellement avec le juge d'instruction) se trouvant sur les lieux de l'accident³, afin de se mettre d'accord sur les points essentiels du déroulement des deux enquêtes, sans qu'il ne soit porté atteinte à leur indépendance. Ils devront ainsi, dès le premier contact, envisager les solutions aux difficultés possibles qui leurs feront face aux cours des enquêtes, tout en prévalant la coordination et la coopération entre les intervenants. Aussi, dès le début de la prise de contact ou bien avant, les autres intervenants (police judiciaire, organes de secours et les autorités exerçant la police administrative) devront être informés des contraintes techniques qui imposent de suivre des procédures spéciales qui dérogent aux procédures habituelles⁴.

Nous pensons que les actes de l'enquête judiciaire devraient être effectués par le magistrat présent sur les lieux de l'accident en personne ou du moins effectués par les officiers de police judiciaire, sous sa direction et son contrôle

¹ Art. 4.1.

² Art. 4.3.

³ Même si l'article L. 1621-10, al. 2 du Code des transports et l'article 97 *sexies*, al. 1^{er} de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile exigent que l'autorité judiciaire doive être préalablement informée.

⁴ V. sur les dangers des lieux d'accidents d'aviation, OACI *Cir 315*.

directs. La présence du représentant de l'autorité judiciaire sur les lieux de l'accident au début de l'enquête serait donc impérative.

Selon les règles générales de la procédure pénale, seules les personnes chargées de l'enquête judiciaire pourront procéder aux constatations nécessaires, à la modification des lieux de l'infraction ainsi qu'à la préservation des indices¹. Mais en matière d'accidents d'aviation, ce principe est relatif.

14. La modification de l'état des lieux. L'article 55 du Code de procédure pénale français ainsi que l'article 43 du Code de procédure pénale algérien interdisent la modification de l'état des lieux, à moins que la sécurité, la salubrité publique ou les soins donnés aux victimes ne l'exigent. L'article 97 *quinquies* de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, reprend presque la même règle (sans faire référence toutefois à la salubrité publique). Selon l'article 13(2) du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, la modification de l'état des lieux ne peut être faite qu'après l'arrivée des enquêteurs techniques². Même s'il y'a eu intervention pour cause de nécessité, il est recommandé de laisser les corps des personnes décédées sur place et dans les positions où ils ont été retrouvés, jusqu'à ce que les informations soient relevées. Concernant les survivants, il est aussi recommandé lors des opérations de sauvetage de relever leur emplacement et leur position. Aussi, les déplacements des éléments de l'épave ou tout autre objet se trouvant sur les lieux de l'accident pour nécessité des opérations de sauvetage, doivent être consignés³. Notons toutefois, qu'une reconstitution de l'épave sur place serait possible lorsque les conditions géographiques et météorologiques le permettent⁴. Dans ce cas, il serait souhaitable que les enquêteurs judiciaires y assistent.

15. Les constatations matérielles. Normalement les actes de constatations matérielles peuvent être entrepris séparément sans accord préalable du directeur de l'enquête judiciaire et sans qu'il n'y ait en cela interférence de l'enquête judiciaire avec l'enquête technique⁵. Ainsi, les enquêteurs techniques

¹ CPPF, art. 54 et art. 55 ; CPPA, art. 42 et art. 43.

² Cependant, l'article en question autorise, avant l'arrivée des enquêteurs de sécurité, les autorités responsables de la direction du site après concertation avec l'autorité responsable des enquêtes de sécurité de donner leur autorisation pour modifier l'état du site.

³ V. OACI *Doc 9756-I*, § 5.2.

⁴ V. OACI *Doc 9756-III*, § 8.4.

⁵ V. notamment, loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 97 *sexies*, al. 1^{er}.

pourront procéder à la prise de photos et de vidéos, à la répartition de l'épave, et à l'examen des marques d'impact et des débris. Le jalonnement de l'épave peut être aussi effectué de façon indépendante.

Le protocole d'accord BEA-Justice autorise exceptionnellement (risque particulièrement important de dépérissement des preuves ou risque de sécurité) l'un des services à réaliser unilatéralement la totalité des constatations, à charge de les communiquer à l'autre service¹.

16. La manipulation et la préservation des indices. Ces opérations sont sans doute, celles qui causeront beaucoup de difficultés aux intervenants. En effet, l'article 42 du Code de procédure pénale algérien attribue à l'officier de police judiciaire le pouvoir de *conserver les indices susceptibles de disparaître* et de *saisir tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité*². L'article 97 septies de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile est venu atténuer ce principe, en autorisant les enquêteurs techniques de procéder au prélèvement de *débris, pièces ou de tout élément susceptible de contribuer à la détermination des causes de l'accident*³. Le Codes des transports quant à lui, autorise les enquêteurs techniques de prendre *toute mesure de nature à assurer la préservation des indices*⁴, il les autorise aussi à recueillir, à conserver et à exploiter les éléments de preuve⁵.

En droit algérien⁶, si une enquête judiciaire a été ouverte, les enquêteurs techniques ne pourront procéder aux prélèvements précédemment cités, qu'avec l'accord de l'autorité judiciaire, et à défaut, ils seront informés des opérations d'expertise diligentées par ladite autorité. Les dispositions de l'article 97 septies, al. 2 devraient selon nous être revues et modifiées. En effet, lorsque l'enquêteur technique estime qu'un débris ou une pièce devrait être soumis à un examen ou à une analyse, il devra en informer l'autorité judiciaire, celle-ci, dans tous les cas, procédera à la saisie de ladite pièce et estimera si elle-même

¹ Art. 5.3 et art. 5.4.

² V. notamment, CPPF, art. 54, al. 2.

³ V. règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 11(2-b).

⁴ C. transp., art. L. 1621-10, al. 3.

⁵ C. transp., art. L. 1621-13, II. Cette disposition renvoie indirectement (par la référence faite à l'article L. 1621-2 du même Code) à l'application des dispositions de l'article 13 du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et de l'accord BEA-Justice).

⁶ En droit français, v. Accord BEA-Justice, art. 9.2.

procédera à une analyse ou à examen de la pièce saisie. Si elle décide de la soumettre à une telle opération technique, elle autorisera aussi les enquêteurs techniques (où les techniciens désignés par l'organisme d'enquête) à participer à cette opération¹ et à effectuer leurs propres analyses ou examens en parallèle avec les opérations effectuées par les techniciens désignés par l'autorité judiciaire². En revanche, si l'autorité judiciaire estime que la pièce saisie n'aura pas à être soumise à une analyse technique, elle la remettra à l'organisme d'enquête technique (sous sa garde) afin de l'analyser.

17. La récupération et l'exploitation des enregistreurs. L'article 97 *octies* de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile autorise l'exploitation des enregistreurs et des supports d'enregistrement, après leur saisie préalable par l'autorité judiciaire³. Les enregistreurs ne concernent pas seulement les enregistreurs de bord *CVR*⁴ et *FDR*⁵, mais tout autre enregistreur utile, tel que l'*AIR*⁶, le *DLR*⁷ et le *QAR/DAR*⁸. Là aussi, les dispositions de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile ne sont pas exemptes de critiques⁹. En effet, les opérations de prélèvement et de manipulation des enregistreurs de bord devraient être effectuées par les enquêteurs techniques, ce qui n'exclut pas la possibilité de saisir ces enregistreurs par l'autorité judiciaire et d'en désigner l'organisme d'enquête technique comme étant le gardien. Le Code des transports autorise d'ailleurs l'organisme d'enquête technique à recueillir et conserver ces éléments¹⁰.

¹ L'article 97 *septies*, al. 3 de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, semble donner le droit aux enquêteurs techniques d'assister aux opérations d'expertise.

² Au stade de l'enquête policière, on parle que de constatations techniques et non d'expertise, celle-ci ne concerne que les juridictions d'instruction et de jugement.

³ V. notamment, règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 11(2-c) et art. 12(1).

⁴ *Cockpit Voice Recorder*.

⁵ *Flight Data Recorder*.

⁶ *Airborne Image Recorder*.

⁷ *Data Link Recorder*.

⁸ *Quick Access Recorder / Data Access Recorder*.

⁹ En effet, selon l'article 97 *quinquies*, al. 1^{er} de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, c'est aux services compétents de l'État que revient la tâche de préserver les enregistrements de toute nature et de prendre les mesures qui s'imposent.

¹⁰ C. transp., art. L. 1621-11, II. Cette disposition renvoie indirectement (par la référence faite à l'article L. 1621-2 du même Code) à l'application des dispositions des articles 11(2-c) et 13 du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et de l'accord BEA-Justice.

L'exploitation judiciaire des *enregistrements de conversations et d'images du poste de pilotage et toutes transcriptions de ces enregistrements*, n'est possible qu'après que le critère de mise en balance ait été appliqué¹. En conséquence, l'autorité judiciaire en France ne pourra pas demander une copie des enregistrements que sous réserve d'appliquer ce critère².

B. LES ACTES SUBSÉQUENTS

18. L'audition des témoins. L'audition des témoins par les enquêteurs techniques est plus que nécessaire, elle permet en effet d'apporter à l'enquête de précieuses informations sur des événements survenus avant, pendant et après l'accident³. La différence entre les deux enquêtes, concernant la procédure d'audition, se résume à ce qu'en matière d'enquête technique on ne pourrait recourir à des mesures coercitives, bien que les dispositions de l'article 11(2-f) du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile laissent penser le contraire. Aussi, il sera procédé à l'audition suivant les recommandations mais sans aucun formalisme légal⁴. Il ne pourrait y avoir toutefois d'auditions communes entre les enquêteurs judiciaires et les enquêteurs techniques, vu que les finalités recherchées par l'audition des témoins ne sont pas les mêmes entre les deux enquêtes. Cependant, l'article L. 1621-19 du Code des transports⁵ ainsi que l'article 97 *nonies*, al. 3 de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile autorisent l'autorité judiciaire à communiquer des informations relevant du secret de l'enquête ou de l'instruction judiciaire aux enquêteurs techniques. Ainsi, l'autorité judiciaire pourrait transmettre aux enquêteurs techniques un procès-verbal d'audition pour les besoins de l'enquête technique. Le contraire ne serait pas possible au nom du

¹ OACI *Annexe 13*, § 5.12 ; OACI *Annexe 13*, Appendice 2.

² Accord BEA-Justice, art. 7.3, al. 2.

³ V. notamment, loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 97 *nonies*, al. 1^{er}.

⁴ V. OACI *Doc 9756-III*, § 4.11. L'absence d'un formalisme légal, quant à l'audition des témoins, a suscité néanmoins quelques interrogations (L. DE GRAËVE, « Droit pénal des transports. – Dispositions générales. – Commentaires », *JCl. Transport*, fasc. 614-60, 28 mars 2017, n° 65).

⁵ L'article A1, V du Code de procédure pénale français autorise le BEA par le biais de son directeur à se faire délivrer les pièces de la procédure judiciaire en cours.

principe d'une « culture juste »¹, à moins d'appliquer le critère de mise en balance ou de la procédure de dénonciation².

19. La consultation de documents. Les enquêteurs techniques sont habilités à consulter les documents en relation avec l'accident, sans qu'on puisse leur opposer le secret professionnel³. Ces documents concernent par exemple les documents pertinents des services de la circulation aérienne, la documentation de l'exploitant intéressant l'aéronef, l'équipage de conduite et le déroulement du vol⁴. Cependant, l'article 97 *nonies*, al. 4 de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile n'autorise l'accès aux dossiers médicaux ou aux données médicales qu'à un médecin faisant partie de l'organisme de l'enquête technique.

20. La reconstitution de l'épave hors des lieux de l'accident. À défaut de reconstitution de l'épave sur les lieux de l'accident, les enquêteurs techniques pourront décider de le faire hors de ces lieux, surtout s'ils estiment qu'une reconstitution complète serait nécessaire. Nous pensons qu'une telle décision devrait être portée à la connaissance des autorités judiciaires qui pourront s'y opposer pour les nécessités de l'enquête judiciaire. Mais en pratique cette décision ne pourrait être que bénéfique pour les enquêteurs judiciaires qui pourront être présents lors de cette opération. Il ne faudrait pas négliger aussi le recours à la reconstitutions virtuelle⁵, qui semble être la solution la plus appropriée avec le développement de l'informatique et de la numérisation à haute définition.

21. Les constatations techniques et les expertises. Sous réserve de ce qui a été dit concernant la manipulation et la préservation des indices⁶, les enquêteurs techniques pourront recourir aux expertises techniques relatives aux structures et aux systèmes de l'aéronef, à la reconstitution de la collision en vol, à la propagation des incendies, et aux groupes motopropulseurs.

¹ V. notamment, B. CAÏTUCOLI, art. cit., p. 19.

² V. *supra*, n° 10.

³ Loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, art. 97 *nonies*, al. 2 ; C. transp., art. L. 1621-14, II. Cette dernière disposition renvoie indirectement (par la référence faite à l'article L. 1621-2 du même Code) à l'application des dispositions des articles 11(2-g) et 13 du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et de l'accord BEA-Justice).

⁴ Le refus de communiquer des documents utiles, en les dissimulant, en les altérant ou en les faisant disparaître, constitue un délit selon le Code des transports (art. L. 1622-1).

⁵ V. OACI *Doc 9756-III*, § 8.6.

⁶ V. *supra*, n° 16.

L'identification des corps, l'autopsie des cadavres, la constatation des blessures et des infirmités, ainsi que les analyses histologiques et toxicologiques, relèvent en premier lieu de la compétence des autorités judiciaires, puisque l'article 97 *nonies*, al. 5 de la loi fixant les règles générales relatives à l'aviation civile autorise seulement les enquêteurs techniques à accéder *aux résultats des examens ou prélèvements effectué sur les personnes chargées de la conduite, de l'information ou du contrôle de l'aéronef et sur les corps de la victime*. C'est ce qui semble être d'ailleurs la position de l'article L. 1621-15 du Code des transports. Aussi, le règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile autorise seulement les enquêteurs de sécurité à demander aux autorités judiciaires de procéder à de tels actes¹. L'on ne pourrait que regretter une telle solution. En effet, la coordination entre les techniciens judiciaires et ceux de l'enquête de sécurité est plus que nécessaire ; car dans la majorité des cas on retrouvera, dans l'équipe des enquêteurs techniques, des spécialistes en médecine et en pathologie aéronautiques². C'est pour cette raison que nous pensons que des expertises menées conjointement seraient plus appropriées et plus bénéfiques aux deux enquêtes³. D'ailleurs, l'accord BEA-Justice autorise le médecin légiste, expert du BEA, à *contribuer* aux opérations d'autopsie⁴.

Si les exigences de la sécurité aérienne, font que l'enquête de sécurité aboutisse dans les meilleurs délais. Le processus judiciaire est, quant à lui, bien plus long à aboutir. De ce fait, le rapport technique de sécurité sera le plus souvent versé dans le dossier judiciaire, soit devant les juridictions d'instruction ou devant les juridictions de jugement (pénales ou civiles). Se pose alors la question de la prise en compte de ce rapport par les juges.

III. LA PRISE EN COMPTE DES ACTES ET DES RAPPORTS DE L'ENQUÊTE TECHNIQUE PAR LES JUGES

¹ V. règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 11(2-d) et (2-e). V. notamment, Accord BEA-Justice, art. 7.1 et art. 9.1.

² V. OACI *Doc 8984*, P. IV.

³ V. concernant le rôle essentiel du médecin légiste en matière d'accidents d'aviation, Sh. ROBERTSON, « Aviation Disasters: The Role of the Forensic Pathologist », in J. GALL & J. PAYNE-JAMES (dir.), *Current Practice in Forensic Medicine*, UK, John Wiley & Sons, Ltd., 2011, p. 309-322.

⁴ Accord BEA-Justice, art. 9.1.

22. Les conséquences d'une « culture juste ». L'appendice 2 de l'Annexe 13 recommande aux États de ne pas utiliser le rapport final comme un élément de preuve, devant les tribunaux nationaux, dans une procédure visant à l'attribution d'une responsabilité¹. Sous une autre lecture, l'appendice autoriserait donc, l'utilisation du rapport final pour disculper une personne ou pour prouver une cause étrangère². Mais le texte faisant référence à toute la *procédure*, sa lecture extensive pourrait altérer sa finalité. En revanche, les dispositions de l'article 17(3) du règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, même si elles sont de portée générale et ne visent pas expressément l'autorité judiciaire, autorisent une lecture *a contrario*³. Il faudrait relever cependant, que l'appendice 2 de l'Annexe 13 autorise l'utilisation des renseignements factuels qui figurent dans le rapport final, tout en recommandant de ne pas utiliser l'analyse, les conclusions et les recommandations établies dans le rapport⁴.

A. ANALYSE THÉORIQUE

23. L'enquête technique vue par les juges – la qualification. Abstraction faite de toute qualification judiciaire, l'enquête technique ne sera considérée que comme une enquête administrative. En revanche, si le rapport de l'enquête technique est versé au dossier de la procédure judiciaire⁵, qu'elle soit pénale ou civile, il devrait être, selon nous, qualifié comme étant un rapport d'expertise extrajudiciaire. Il constitue un rapport d'expertise, puisqu'il est rédigé par des techniciens, et il est extrajudiciaire, puisque il ne trouve pas sa source dans une décision judiciaire et que le principe du contradictoire n'est pas applicable à

¹ OACI *Annexe 13*, Appendice 2, 6-c.

² Certains, pensent que le rapport de sécurité ne doit pas être utilisé par les autorités judiciaires, même pour disculper un acteur donné (B. CAITUCOLI, art. cit., p. 18).

³ « Une recommandation de sécurité ne constitue en aucun cas une présomption de faute ou de responsabilité dans un accident, un incident grave ou un incident. » (Règlement (UE) sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, art. 17(3)).

⁴ OACI *Annexe 13*, Appendice 2, 6-b ; OACI *Doc 10053-I*, § 2.5.6.

⁵ Accord BEA-Justice, art. 13.

l'enquête technique. On pourrait se demander dans ce cas, quelle serait son incidence sur la décision du juge ?

24. Un rapport d'expertise extrajudiciaire, quelle incidence ? En principe, comme tout rapport d'expertise extrajudiciaire, les éléments du rapport technique devraient être laissés à l'appréciation des juges, et rien ne leur interdit de prendre en considération les constatations du rapport, alors même qu'elles ne s'accorderaient pas avec les constatations d'une expertise judiciaire, à condition toutefois, que l'appréciation du juge soit motivée et que le rapport technique ait été préalablement et contradictoirement discuté, ou du moins, mis à la disposition des parties à cette fin. Toutefois, le rapport d'accident ne comporte pas seulement des faits et des aspects techniques, mais d'autres éléments, qui font de lui un rapport d'expertise extrajudiciaire *sui generis*.

B. ANALYSE PRATIQUE

25. Applications jurisprudentielles. Dans la pratique, les juges répressifs français s'autorisent à puiser dans les rapports du BEA des éléments factuels¹, et la Cour de cassation n'a pas sanctionné la décision des juges d'appel qui avaient retenu que les rapports du « BEA, de la DGA et de l'expert judiciaire sur les causes de l'accident et les témoignages [allaient] dans le sens de la faute de pilotage »². De plus, en matière civile, une juridiction de fond avait considéré qu'alors même que la procédure de l'enquête technique n'était pas contradictoire, elle s'imposerait à tous et l'on ne pourrait demander le rejet du rapport du BEA³. La Cour de cassation considère aussi que les juges de fond sont souverains dans leur appréciation du *sens et de la portée des conclusions* du rapport du BEA :

« Sous couvert d'un grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation le pourvoi souverain d'appréciation, par les juges du fond, des éléments de fait et de la preuve débattus devant eux, notamment leur appréciation du sens et de la portée des

¹ Cass. crim., 22 févr. 2022 : n° de pourvoi : 20-84.351, inédit.

² Cass. crim., 8 sept. 2020 : *Bull. crim.*, sept. 2020.I.93.

³ CA Nouméa, soc., 12 déc. 2007, n° de RG : 06/576.

conclusions du rapport du Bureau d'enquêtes et d'analyses pour la sécurité de l'aviation civile [...] »¹.

À titre de comparaison², la législation américaine interdit d'utiliser dans un procès civil le rapport final de l'enquête technique (*Final accident report / Board accident report*)³. Les décisions judiciaires, quant à elles, étaient majoritairement favorables à une interprétation plus souple des dispositions législatives⁴, et de ce fait, autorisaient l'utilisation des *éléments factuels* du rapport final comme un élément de preuve, sans toutefois utiliser les *conclusions* du rapport⁵. On pourrait toutefois citer une décision judiciaire qui, se fondant sur une interprétation stricte des dispositions législatives, n'avait pas accepté l'utilisation du rapport final dans sa globalité⁶. Une autre décision antérieure était partie du même principe, sauf qu'elle avait jugé que le fait pour un jury d'avoir eu connaissance du contenu d'un rapport, qui n'incluait pas des conclusions et des opinions, n'était pas préjudiciable aux parties⁷. Après l'amendement des dispositions du paragraphe

¹ Cass. 2^e civ., 8 oct. 2020, n° de pourvoi : 19-17.619, inédit.

² V. en matière civile, J.-D. GOETZ et D. BAIOTTO, « Excluding NTSB Final Aircraft Accident Reports and FAA Airworthiness Directives at Trial », *Air & Space Lawyer*, 17, 2003, n° 4, p. 8-10. V. notamment, J. DAHLMANN ROSA, « Federal Accident Investigations: Civil Litigation Viewpoint », *J. Air L. & Com.*, 83, 2018, n° 3, p. 561-604.

³ « REPORTS.—No part of a report of the Board, related to an accident or an investigation of an accident, may be admitted into evidence or used in a civil action for damages resulting from a matter mentioned in the report. » (49 U.S. Code § 1154(b)).

⁴ Il s'agissait dans les cas d'espèce des anciennes dispositions du 49 U.S.C.App. § 1441(e).

⁵ United States District Court for the District of Connecticut, March 23, 1964, *Fidelity & Casualty Co. of New York v. Frank*: 227 F. Supp. 948 ; United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, Feb. 8, 1982, *Travelers Insurance v. Riggs*: 671 F.2d 810 ; Missouri Court of Appeals, March 8, 1983, *Kastner v. Beech Aircraft Corp.*: 650 S.W.2d 312 ; United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Dec. 31, 1985, *Curry v. Chevron, USA*: 779 F.2d 272 ; United States District Court for the District of Colorado, June 7, 1989, *In re Air Crash Disaster at Stapleton International Airport*: 720 F. Supp. 1493 ; Maine Supreme Judicial Court, May 10, 1996, *Daniels v. Tew Mac Aero Services, Inc.*: 675 A.2d 984. Certaines décisions avaient, de façon indirecte, prôné une interprétation extensive des anciennes dispositions du 49 U.S.C.App. § 1441(e), puisqu'il était question, dans les cas d'espèce, de la recevabilité des témoignages des agents du NTSB aux procès civils (United States Court of Appeals for the Third Circuit, March 25, 1963, *Berguido v. Eastern Air Lines*: 317 F.2d 628 ; United States District Court for the Eastern District of Virginia, June 15, 1972, *Kline v. Martin*: 345 F. Supp. 31 ; United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, April 3, 1978, *Keen v. Detroit Diesel Allison*: 569 F.2d 547).

⁶ United States District Court for the Northern District of Illinois, Dec. 20, 1991, *In re Air Crash Disaster at Sioux City*: 780 F. Supp. 1207.

⁷ « We find that the NTSB accident report as a whole was merely cumulative of the other voluminous evidence produced at trial. Generally speaking, erroneously admitted evidence is not prejudicial if the facts had already been shown by admissible evidence. » (United States

835.2 du *Code of Federal Regulations (Title 49. Transportation)*¹, la jurisprudence avait fini par estimer que le rapport final, dans sa globalité, ne pouvait être utilisé comme preuve et, qu'en revanche, les parties pouvaient utiliser les rapports factuels d'accident (*factual accident reports*)². La question devient néanmoins plus délicate, lorsqu'il s'agit d'utiliser les rapports du *NTSB*³ dans une poursuite pénale. En effet, un tribunal américain avait jugé que les dispositions législatives précitées⁴ n'étaient pas applicables aux procès criminels⁵, mais que toutefois, les *conclusions* du rapport du *NTSB* ne devraient pas être utilisées dans un procès criminel, de crainte que le jury ne soit influencé par ces conclusions⁶.

26. Analyse personnelle. Il est vrai, que le rapport final de l'enquête technique comporte à la fois, des questions techniques, des faits bruts, des faits analysés et des conclusions⁷. Or, si en principe, les faits bruts relatés dans le rapport ne

Court of Appeals for the Ninth Circuit, July 14, 1978, *Benna v. Reeder Flying Service, Inc.*: 578 F.2d 269).

¹ « Board accident report means the report containing the Board's determinations, including the probable cause of an accident, issued either as a narrative report or in a computer format ("briefs" of accidents). Pursuant to section 701(e) of the Federal Aviation Act of 1958 (FA Act), and section 304(c) of the Independent Safety Board Act of 1974 (49 U.S.C. 1154(b)) (Safety Act), no part of a Board accident report may be admitted as evidence or used in any suit or action for damages growing out of any matter mentioned in such reports. » (49 CFR § 835.2, al. 2) ; « Factual accident report means the report containing the results of the investigator's investigation of the accident. The Board does not object to, and there is no statutory bar to, admission in litigation of factual accident reports. In the case of a major investigation, group chairman factual reports are factual accident reports. » (49 CFR § 835.2, al. 3). Concernant le critère de distinction entre ces deux rapports : « The difference between Board accident reports and factual accident reports is that Board accident reports actually determine causation, while factual accident reports merely recite the relevant facts. » (United States District Court for the Northern District of Georgia, Nov. 7, 2013, *Knous v. United States*: 981 F. Supp. 2d 1365).

² United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Dec. 21, 1999, *Chiron Corp. v. National Transportation Safety Board*: 198 F.3d 935 ; United States District Court for the District of Puerto Rico, Jan. 12, 2012, *Echevarria v. Caribbean Aviation Maintenance Corp.*: 839 F. Supp. 2d 464 ; United States District Court for the District of New Hampshire, Sept. 9, 2013, *West v. Bell Helicopter Textron, Inc.*: 967 F. Supp. 2d 479, 2013 DNH 118 ; United States District Court for the Northern District of Georgia, Nov. 7, 2013, *Knous v. United States*: 981 F. Supp. 2d 1365 ; United States District Court for the Northern District of Illinois, Oct. 5, 2015, *Brokaw v. Boeing Co.*: 137 F. Supp. 3d 1082.

³ *National Transportation Safety Board*.

⁴ 49 U.S. Code § 1154(b).

⁵ Il ne s'agissait pas dans le cas d'espèce d'un rapport d'enquête rédigé suite à un accident d'aviation civile, mais d'un rapport rédigé par le *NTSB* suite à une explosion d'un gazoduc.

⁶ United States District Court for the Northern District of California, April 18, 2016, *United States v. Pacific Gas & Electric Co.*: 178 F. Supp. 3d 927.

⁷ Le rapport final comprend quatre rubriques principales, à savoir : renseignements de base, analyse, conclusions et recommandations de sécurité (*OACI Annexe 13, Appendice 1*).

devraient pas poser de problèmes, l'analyse et l'appréciation de ces faits, ainsi que les causes de l'accident, semblent, en revanche, être le centre du problème.

Le rapport de l'enquête technique est, selon nous, indispensable aux yeux des juges, alors même qu'il n'a pour fonction que de déterminer les causes des accidents d'aviation sans aucun rapport avec la responsabilité juridique. En effet, les causes de l'accident d'aviation, citées dans le rapport technique, sont considérées comme des éléments factuels, et c'est au juge que revient la tâche d'articuler les éléments de la responsabilité, par la qualification juridique des éléments factuels établis dans le rapport et de l'imputation factuelle et légale de ces éléments à des personnes susceptibles d'endosser la responsabilité juridique¹. Ce que les juges prennent en considération, dans un rapport d'enquête, ce ne sont que des *faits bruts* et des *questions techniques*, et à ce stade on ne parle pas d'établissement d'une faute ou d'une responsabilité. De plus, les causes avérées ou probables de l'accident, qui sont citées dans le rapport, ne lient pas – obligatoirement – les juges, qui auront toute latitude d'apprécier le lien causal suivant le régime de responsabilité applicable ; dans tous les cas, ils restent souverains dans leur appréciation des éléments du rapport technique au vu des résultats de l'instruction définitive (procès pénal) ou de l'enquête (procès civil). Nous pensons d'ailleurs que toute décision judiciaire statuant sur l'action publique, quant à des faits ayant caractérisé un accident d'aviation, devrait être portée à la connaissance de l'organisme d'enquête technique pour information².

Suivant une autre conception, le raisonnement des juges américains serait logiquement justifié ; les conclusions du rapport pourraient, si elles étaient présentées dans un procès pénal ou un procès civil, influencer les membres du jury dans la prise de décision sur la culpabilité pénale ou la responsabilité civile. Mais, en prenant en considération la nature des systèmes judiciaires français et algérien, ce problème ne devrait pas se poser, puisque les infractions non intentionnelles, ainsi que les actions en responsabilité civile délictuelle, sont

¹ V. concernant la notion d'*imputation légale* en droit des transports, et plus particulièrement en droit aérien : S. MAHSAS, *La chose jugée au pénal et les actions en responsabilité civile en droit maritime et en droit aérien : état du droit français et du droit algérien*, thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020, p. 153 s.

² Il pourra par exemple rouvrir l'enquête technique, si des éléments nouveaux particulièrement importants ont été découverts suite à la décision judiciaire rendue sur l'action publique (v. OACI *Annexe 13*, § 5.13).

jugées par des magistrats professionnels, qui savent faire la différence entre les constatations factuelles et celles qui ne le sont pas¹.

Il est vrai toutefois, que certaines questions juridiques délicates pourraient se poser aux juges, telles que l'appréciation des témoignages recueillis par les enquêteurs techniques, ainsi que l'appréciation des opérations techniques effectuées par un intervenant (ex. constructeur de l'aéronef) à la demande de l'organe de l'enquête technique, alors que cet intervenant est poursuivi au pénal. Nous pensons que dans de tels cas, les juges devraient apprécier ces éléments suivant le principe régissant la loyauté de la preuve et sous réserve, dans certains cas, de l'application du critère de mise en balance.

CONCLUSION

27. Constat. La séparation entre les enquêtes, aussi nécessaire soit-elle, n'est pas un gage suffisant de la bonne gestion de ces enquêtes, car une séparation radicale pourrait aboutir à des résultats aberrants et parfois même inacceptables, surtout lorsque le judiciaire contredit le technique ; ce qui risque de créer un effet d'incompréhension chez les victimes et les ayants droit, voire même aux yeux de l'opinion publique. Paradoxalement, une fusion des enquêtes aboutirait à une insignifiance de l'enquête technique, puisqu'elle perdrait sa portée objective au profit de la recherche d'un élément subjectif (la recherche d'une responsabilité juridique), qui n'est pas la finalité recherchée par une enquête relative à la sécurité.

28. Propositions. Il nous semble que le principe de la collaboration active entre les enquêteurs techniques et les enquêteurs judiciaires est le meilleur garant du bon déroulement des deux enquêtes. Dans la pratique, il faudrait penser à créer un organe permanent de collaboration entre les enquêteurs², qui sera dirigé par un magistrat indépendant, spécialisé en matière d'accidents d'aviation civile. Cet organe aura pour rôle de coordonner les actes entrepris par

¹ Il est vrai que, parfois, ce qui peut paraître comme un élément factuel du rapport peut aussi renfermer une opinion implicite (V. Louisiana Court of Appeal, Dec. 9, 2015, *Allen v. Phi, Inc.*: 181 So. 3d 890).

² Même si certains ne sont pas convaincus de l'utilité d'une autorité d'arbitrage (B. CAÏTUCOLI, art. cit., p. 20).

les enquêteurs et de régler d'éventuelles discordances entre les différents intervenants, et notamment d'appliquer le critère de mise en balance¹. De plus, il faudrait, du moins, en ce qui concerne l'Algérie², créer un pôle spécialisé en matière d'accidents d'aviation civile ou créer une section faisant partie d'un pôle spécialisé en matière d'accidents collectifs de transport. Ajoutant aussi, que des rencontres périodiques entre les différents intervenants devraient être organisées sous la présidence de l'organe de collaboration, et qui auront pour but d'établir des règles prédéfinies de collaboration et de coopération, ainsi que de former les intervenants sur des questions pratiques, techniques et juridiques.

29. Évolution. Les aléas de la navigation aérienne ont fait que les instances nationales et internationales n'ont focalisé leurs attentions que sur les questions sécuritaires et préventives. Les questions qui intéressent le droit pénal aérien, à l'exception de celles relatives à la sûreté aérienne, semblent ne pas être une priorité. Et pourtant, l'interférence de plusieurs facteurs (physique de l'évolution dans les airs, environnement, raisonnement humain, automatisation des systèmes de navigation, intelligence artificielle, etc.) impose aussi, et en urgence, l'élaboration d'une nouvelle philosophie du droit pénal aérien.

¹ Cet organe interviendra seulement pendant le cours des enquêtes où en dehors de tout procès. En effet, lorsque l'affaire est portée devant une juridiction de jugement, seule cette juridiction pourra appliquer le critère de mise en balance.

² En ce qui concerne la France, deux pôles spécialisés en matière d'accidents collectifs (tribunaux judiciaires de Paris et de Marseille) sont compétents pour instruire et juger de telles affaires (v. CPP, art. 706-176 à art. 706-182 ; art. D. 47-38).

Horizons du droit - Bulletin n° 44, 2023

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

Pour un élargissement de la compétence matérielle du Parquet européen

**MINYEM Michel - Docteur Ph.D en Droit Privé et Sciences Criminelles -
Université de Yaoundé II - Cameroun**

Résumé : L'absence d'une structure européenne commune en matière d'enquêtes et de poursuites judiciaires dans l'objectif de combattre sérieusement les infractions portant atteinte aux intérêts financiers européens, a conduit à la création dans ce domaine d'un *Parquet européen*. Seulement, son cadre normatif ne lui permettant pas d'étendre sa compétence à toutes les formes de criminalité, l'étude entreprise dénonce une lacune significative dans le cycle de la répression qui pourrait heureusement être comblée si on élargi de son champ de compétence matérielle.

Mots-Clés : Compétence matérielle - Parquet européen - intérêts financiers - Criminalité.

L'ouverture des frontières à un marché unique et le développement des relations avec des Etats tiers¹ ont créé le défi pour l'Union européenne, de répondre à une criminalité transfrontière toujours plus complexe² affectant ses intérêts financiers. Dans ce contexte, la création du Parquet européen³, destiné à lutter contre ces fraudes transfrontières, semble être une aubaine et donne ainsi une dimension nouvelle aux objectifs assignés à l'*Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice*⁴. Celui-ci est destiné, à assurer la libre circulation des personnes tout en opérant le contrôle des frontières extérieures de l'Union européenne, de l'asile et de l'immigration en mettant en place des mesures de prévention et de lutte contre la criminalité. En s'inscrivant dans la coopération judiciaire en matière pénale, l'Union européenne met à profit cette politique pour lutter contre des phénomènes criminels qui dépassent très considérablement ses frontières⁵. La création du Parquet européen semble dès lors participer à la réponse aux mutations de la sécurité internationale, en transcendant sécurité intérieure et extérieure⁶.

Le constat d'une globalisation de la criminalité, d'une « transnationalisation »⁷ des infractions, n'est pourtant pas nouveau, pas plus que ne l'est la réponse « sécuritaire transnationale ». Plusieurs programmes contenant des dispositions sur la sécurité de l'Union ont été élaborés depuis une vingtaine d'années introduisant une action extérieure au titre de la lutte contre la criminalité. Le

¹ La Commission a envoyé plus de 10 milliards d'euros d'aide publique au développement dans le monde, v. Commission européenne, Rapport annuel sur la mise en œuvre, en 2016, des instruments de l'Union européenne pour le financement de l'action extérieure, COM (2018) 123 final du 12 mars 2018. Pour l'année 2019, 9 milliards d'euros sont destinés à des actions internationales : politique de voisinage, aide au développement etc.

² A titre d'exemple, les fraudes à la TVA sont le fruit de montages complexes appelés également « fraudes carrousels ». V. la communication de la Commission, « Le recours aux mécanismes de la coopération administrative dans la lutte contre la fraude à la TVA », COM (2004) 260 final du 16 avril 2004, pp. 6-7 ; Voy. également, CJCE, 12 janvier 2006, Optigen Ltd, e.a. c/ Commissioners of Customs & Excise, aff. jtes C-354/03, C-355/03 et C-484/03, Rec., p. I-483.

³ Règlement (UE) n°2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, JOUE n° L283 du 31 oct. 2017.

⁴ Cet ELSJ est un objectif inclus dans les traités. L'article 3§2 du Traité sur l'Union européenne dispose que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice [...] ».

⁵ Michel Massé définit l'internationalisation du droit pénal comme « un mouvement par lequel le droit pénal franchit les frontières et s'affranchit de la souveraineté des Etats », v. Michel Massé, « L'internationalité et le droit pénal », Revue Lamy Droit des affaires, 2002, n° 46, p. 67-71.

⁶ L'article 3§5 définit les objectifs de l'action extérieure de l'Union, incluant la « protection de ses citoyens » et la « sécurité ».

⁷ Wanda De Lemos Capeller, « La transnationalisation du champ pénal : réflexion sur les mutations du crime et du contrôle », in *Droit et société*, 1997, p. 62 et ss.

programme de Tampere¹ proposait « une action extérieure plus forte » pour lutter contre la criminalité notamment le blanchiment². Le programme de Stockholm pour la période 2010-2014 a confirmé cette logique en prévoyant expressément le renforcement de la présence internationale de l'Union en matière judiciaire³.

Faut-il le rappeler, l'idée d'un Ministère Public européen a été pour la première fois émise dans le *Corpus Juris* en 1997⁴. Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, la création du Parquet européen est officiellement inscrite à l'article 86 du TFUE. Pourtant, le travail législatif n'a débuté qu'en 2013⁵. A défaut d'unanimité au sein du Conseil de l'Union et en l'absence de consensus au sein du Conseil européen, le Parquet européen a été institué par la voie d'une coopération renforcée. Selon l'article 20 TUE, elles visent à favoriser la réalisation des objectifs de l'Union européenne, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration dans les domaines où elle n'exerce pas une compétence exclusive. Ouvertes à tous les États membres, elles sont autorisées par une décision du Conseil lorsqu'il établit que les objectifs recherchés par cette coopération ne peuvent être atteints dans un délai raisonnable par l'Union dans son ensemble, et à condition qu'au moins neuf États membres y participent. Formée initialement entre 20 États membres de l'Union, la coopération renforcée regroupe désormais 22⁶ États depuis que Malte et les Pays-Bas ont annoncé leur participation en août 2018.

La particularité de ce nouvel acteur *sui generis*⁷ réside en ce qu'il est le premier organe

¹ Octobre 1999-2004.

² Conseil européen, « Conclusions du Conseil européen de Tampere », 15 et 16 octobre 1999, disponible à l'adresse suivante : <https://www.consilium.europa.eu/media/21055/conseil-europeen-de-tampere-conclusions-dela-presidence.pdf>.

³ Conseil européen, « Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, JOCE n° C115 du 4 mai 2010 : « Le terrorisme et la criminalité organisée restent de graves menaces. Il est donc nécessaire de coopérer avec des partenaires ayant une importance stratégique, afin d'échanger des informations [...] ».

⁴ Mireille Delmas-Marty (dir.), *Corpus juris: portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997, p. 41.

⁵ Commission européenne, « Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen », COM (2013) 534 final du 17 juillet 2013.

⁶ Aujourd'hui 22 États membres, chiffres à jour du 1er septembre 2019. Les États ne participant pas sont le Royaume-Uni, l'Irlande, la Suède, le Danemark, la Pologne et la Hongrie.

⁷ Fabrice Andreone, « L'institution du Parquet européen ». *Revue de l'Union européenne*, n° 2018, p. 43.

judiciaire de poursuite des infractions portant atteinte aux intérêts financiers¹ de l'Union,

avec les compétences traditionnellement réservées aux ministères publics des Etats membres :

ordonner la mise en œuvre de mesures d'enquêtes² puis décider de poursuivre l'affaire devant une juridiction nationale³. Son champ de compétence matérielle prévoit qu'il est habilité, sous certaines conditions, à poursuivre la fraude⁴ à l'échelle de l'Union européenne ainsi que d'autres infractions portant atteinte à ses intérêts financiers, comme le détournement de subventions ou la corruption de fonctionnaires⁵. Le Parquet européen est en outre compétent pour des infractions connexes comme la participation à une organisation criminelle, telle que définie dans la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil⁶, seulement si elle consiste à commettre une infraction portant, aux termes de la directive, atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. En sus, le Parquet est compétent pour toute infraction « indissociablement » liée à un comportement délictueux relevant du champ de compétence de la directive. Il est donc le premier organe supranational de l'Europe pénale, et sa compétence matérielle est mémorable quoique confinée.

De là, vient la question de savoir si le cadre normatif du Parquet européen lui permet d'étendre sa compétence à toutes les formes de criminalité ?

¹ Définis dans le règlement instituant le Parquet européen comme « l'ensemble des recettes perçues et des dépenses exposées, ainsi que des avoirs, qui relèvent du budget de l'Union et des budgets des institutions, organes et organismes institués en vertu des traités ou des budgets gérés et contrôlés par eux ».

² Prévues par le règlement à l'article 30 et le droit national.

³ Puisqu'aucune autorité européenne de jugement n'est envisagée.

⁴ La fraude se distingue de l'irrégularité, qui désigne un « simple » non-respect du droit par un opérateur économique, ayant ainsi pour effet de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Cette irrégularité fait l'objet de sanctions administratives, tandis que la fraude possède un caractère fondamentalement intentionnel, elle semble plutôt désigner un champ d'action, un ensemble d'activités illégales et une infraction transversale comportant une pluralité de formes de comportements punissables. Elle couvre les multiples manières de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union. A noter que la fraude à la TVA a finalement été ajoutée au règlement au terme de plusieurs mois de négociations.

⁵ Telles que définies dans la directive (UE) n° 2017/ 1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, JOUE n° L 198 du 28 juil. 2017.

⁶ Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil, relative à la lutte contre la criminalité organisée, JOUE n° L 300 du 11 nov. 2008, p. 42.

Il appert que la compétence matérielle du Parquet européen est cantonnée à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (I). Seulement, il est dans l'ordre normal des choses d'élargir sa compétence à d'autres formes d'infractions pour lui permettre de jouer un rôle clef dans la lutte contre la criminalité transfrontalière (II).

I- Le cantonnement de la compétence matérielle du Parquet européen à la protection des intérêts financiers

La compétence du Parquet européen ne peut se déterminer que par la lecture combinée du règlement (UE) 2017/1939¹ et de la directive (UE) 2017/1371², dite « directive PIF ». Il en découle que, la compétence matérielle attribuer au Parquet européen est cantonnée à la protection des intérêts³ financiers de l'Union européenne tel que d'ores et déjà circonscrit par les dispositions de l'article 280 du traité CE. Certes, il existe d'autres intérêts fondamentalement communs⁴. Mais, aucune extension de la compétence du Procureur européen à des incriminations allant au-delà de la protection des intérêts financiers communautaires, qu'il s'agisse d'autres infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions par les agents communautaires⁵ ou encore de faux monnayage de l'euro, enjeu nouveau et non moins crucial, tel n'entre cependant pas de son champ de compétence matérielle, qui s'en tient aux intérêts financiers⁶ communautaires tant du point de vue des déclinaisons de sa compétence matérielle générale (A) que de la famille des infractions concernées (B).

¹ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, publié au Journal officiel de l'Union européenne 31 octobre 2017.

² Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 28 juillet 2017.

³ Par intérêts financiers de l'Union il faut entendre, l'ensemble des recettes perçues et des dépenses exposées, ainsi que des avoirs, qui relèvent du budget de l'Union et des budgets des institutions, organes et organismes institués en vertu des traités.

⁴ Tels que la monnaie unique, la fonction publique européenne, la marque communautaire, etc.

⁵ Par exemple, l'abus de fonction et la révélation de secret de fonction, ou encore à rendre compétent le procureur européen pour poursuivre des faits aussi divers que le simple vol des effets personnels au sein des institutions, les atteintes à la protection des données ou le favoritisme dans l'application du droit communautaire

⁶ Lire à propos l'article 4 du règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017.

A- L'adaptation de la compétence matérielle générale du Parquet européen à la protection des intérêts financiers

Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. À cette fin, le Parquet européen dirige des enquêtes, effectue des actes de poursuite et exerce l'action publique devant les juridictions nationales compétentes, jusqu'à obtention d'un jugement définitif. Toutefois, la compétence matérielle du Parquet européen ne s'exerce que pour des infractions présentant une certaine gravité **(1)** mesurée au regard du principe général d'abstention de l'exercice de sa compétence **(2)**.

1- Une compétence matérielle déterminée par seuil de gravité de l'infraction

La compétence matérielle du Parquet européen s'exerce pour des infractions présentant une certaine gravité, mesurée au regard du montant du préjudice pour l'Union européenne. En vertu du principe de la compétence d'attribution, tout ce qui n'a pas été expressément transféré à la Communauté demeure du ressort des Etats membres¹. A la lecture combinée des articles 22§1, 25§2 et 27§8 du règlement, le Parquet européen est compétent pour les fraudes aux intérêts de l'Union européenne. Concernant, les fraudes ne portant pas sur la ressource TVA, selon que la fraude porte atteinte aux intérêts financiers de l'UE d'un préjudice inférieur à 10 000 euros, la compétence du Parquet européen ne pourra s'exercer que par exception, lorsque l'infraction a des répercussions à l'échelle de l'Union européenne ou en cas de mise en cause d'un fonctionnaire ou d'un agent ou d'un membre des institutions de l'Union².

Si le préjudice est inférieur à 100 000 euros, le Parquet européen pourra décider de ne pas s'en saisir eu égard au degré de gravité de l'infraction ou à la complexité de la procédure, ce en tenant compte en particulier de la nature de l'infraction, de l'urgence de la situation et de l'engagement des autorités

¹ Donc, l'attribution d'une compétence pénale communautaire résulterait des compétences implicites. Théoriquement, l'effet utile du traité permettrait à la Communauté de s'arroger des compétences pénales nécessaires.

² Article 25§2 du règlement.

nationales compétentes de prendre toutes les mesures nécessaires pour réparer intégralement le préjudice causé aux intérêts financiers de l'Union¹.

S'agissant des fraudes portant sur la ressource TVA, le Parquet européen est compétent si deux conditions cumulatives sont réunies. Celle de préjudice total d'au moins 10 000 000 euros, étant précisé que « *Par « montant total du préjudice », on entend le préjudice estimé qui résulte de l'ensemble du système de fraude, tant pour les intérêts financiers des États membres concernés que pour l'Union, à l'exclusion des intérêts et des sanctions.* »² et celle nécessitant que les actes incriminés soient en lien avec le territoire d'au moins deux États membres³. Autrement dit, en cas de fraude à la TVA⁴, la compétence du parquet ne s'exerce que lorsque les actes ou omissions intentionnels définis ont un lien avec le territoire de deux États membres ou plus et entraînent un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 €. Le règlement du Conseil exclut tout de même du champ de compétence du Parquet européen toute infraction pénale concernant les impôts nationaux directs⁵.

Après avoir présenté la compétence par seuil du Parquet européen, il convient d'aborder le principe général d'abstention de l'exercice de la compétence du Parquet européen.

2- Le principe général d'abstention de l'exercice de la compétence du Parquet européen

S'ajoute à cette détermination de compétence par seuil, un principe général d'abstention de l'exercice de la compétence du Parquet européen pour toute infraction dans les cas prévus par l'article 25§3 du règlement⁶. En effet, dans certaines situations précises, le Parquet européen devra s'abstenir d'exercer sa compétence et ce sont les autorités nationales qui conserveront leur compétence.

¹ Article 27§8 du règlement

² Conformément au considérant 4 de la directive PIF précitée

³ Article 22§1 du règlement

⁴ Comme recette du budget de l'UE. Cf. art. 3 § 2, d, de la directive précitée.

⁵ art. 22 § 4 du règlement du Conseil du 12 oct. 2017.

⁶ L'article 25 fixe les conditions dans lesquelles le Parquet européen pourra exercer sa compétence. Des mécanismes de consultation entre les autorités nationales et le Parquet européen sont prévus par le texte.

En premier lieu, si le préjudice causé à l'Union européenne est inférieur à 10.000 €, le Parquet européen ne pourra exercer sa compétence que dans deux types de situations : soit lorsque les répercussions du dossier à l'échelle de l'Union sont de nature à rendre nécessaire la conduite d'une enquête par le Parquet européen, soit lorsque des fonctionnaires ou d'autres agents de l'Union, ou des membres des institutions de l'Union, pourraient être soupçonnés d'avoir commis l'infraction. Ainsi, sauf dans certaines situations concernant particulièrement l'Union, le Parquet européen n'exercera pas sa compétence pour les infractions causant un préjudice relativement faible. Il devra se concentrer sur les affaires plus conséquentes.

En second lieu, le règlement¹ instaure un principe de prépondérance pour déterminer dans quelles conditions le Parquet européen doit s'abstenir d'exercer sa compétence au profit des autorités nationales. D'une part, lorsqu'une infraction connexe a été commise en lien avec l'infraction « PIF », une comparaison entre les peines encourues pour les deux infractions doit être opérée. Le Parquet européen pourra décider d'exercer sa compétence lorsque la peine encourue par l'infraction « PIF » sera plus importante ou lorsque l'infraction non « PIF » indissociablement liée à l'infraction « PIF » aura servi à commettre l'infraction. D'autre part, l'autre déclinaison du principe de prépondérance est que pour certaines catégories d'infractions « PIF », le Parquet européen devra s'abstenir d'exercer sa compétence lorsque le préjudice d'une autre victime que l'Union sera plus important que le préjudice de l'Union². En outre, une règle³ a opportunément été prévue dans le texte pour prévoir qu'en cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales pour la mise en œuvre des mécanismes d'attribution des compétences, ce sont les autorités nationales qui décideront.

¹ Du Conseil du 12 oct. 2017.

² Cette application du principe de prépondérance n'est pas applicable pour les fraudes à la TVA pour lesquelles par principe, le préjudice de l'Etat membre est toujours plus important que le préjudice de l'Union.

³ Des règles de répartition des compétences avec les autorités nationales ont ainsi été prévues dans le règlement, afin de permettre au Parquet européen de se concentrer sur les cas les plus graves et les situations dans lesquelles les intérêts européens sont particulièrement exposés. De telles règles devraient permettre une application cohérente du règlement dans tous les Etats membres participant et la mise en œuvre d'un dialogue riche et fluide entre le Parquet européen et les autorités nationales.

B- La famille des infractions relevant du champ de compétence du Parquet européen

La compétence matérielle du Parquet européen couvre les infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. La Directive¹ détaille les infractions relevant de la compétence matérielle du parquet européen. Pourront ainsi, être poursuivis les auteurs de fraudes financières (1), de détournements de fonds et particulièrement de subventions européennes, de blanchiment de capitaux et de corruption d'agents publics nationaux et de l'UE. Bien plus, les poursuites seront susceptibles de s'étendre aux auteurs d'infractions qui leur sont indissociablement liées et aux complices de ces infractions²(2).

1- La fraude

Par commodité, le mot « fraude » est employé pour désigner couramment les comportements préjudiciables aux intérêts financiers de la Communauté. La définition de la fraude, est tirée de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes³. Est ainsi constitutif d'une fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, la fraude en matière de dépenses et la fraude en matière de recettes.

a- La double définition communautaire de la fraude

L'article 3 de la proposition de directive précitée, reprenant les dispositions de l'article premier de la convention du 26 juillet 1995, définit la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, en matière de dépenses, comme « *tout acte ou omission intentionnel relatif à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la perception ou la rétention indue de fonds provenant du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés*

¹ À laquelle renvoie l'article 22, § 1er, du Règlement.

² Titre II et III de la Directive.

³ Article 1, § 1

européennes ou pour leur compte, à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet, ou au détournement de tels fonds à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont initialement été octroyés ». Les mêmes textes définissent la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes, en matière de recettes, comme « *tout acte ou omission intentionnel relatif à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte, à la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ayant le même effet, ou au détournement d'un avantage légalement obtenu, ayant le même effet* ».

1- Quelques illustrations de comportements frauduleux

La lecture des documents¹ communautaires permet de constater l'étonnante variété des comportements frauduleux qui grappillent les finances de l'Europe, tant en recettes qu'en dépenses.

i- La fraude aux régimes de transit douanier

Pour échapper au paiement de droits de douane et de taxes indirectes sur les marchandises importées à l'entrée sur le territoire communautaire, les entreprises frauduleuses recourent parfois à l'utilisation frauduleuse des procédures de transit douanier. Plusieurs régimes² de transit douanier de marchandises existent dans la Communauté. En particulier, le régime de transit communautaire est l'occasion de fraudes importantes qui appellent depuis de nombreuses années la vigilance des autorités communautaires et nationales³. C'est le régime sous lequel circulent les marchandises d'origine non communautaire qui passent d'un point à l'autre du territoire douanier de la

¹ Rapports de la Commission, rapports de la Cour des comptes.

² Le régime de transit communautaire, le régime dit de transit commun et le régime spécifique de la convention Transports internationaux routiers de 1975.

³ Il fait partie des régimes juridiques plus particulièrement signalés à l'attention des Parquets par la circulaire du Garde des Sceaux du 13 avril 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, et il a donné lieu à création par le Parlement européen d'une commission d'enquête qui a rendu son rapport au début de 1997.

Communauté européenne. Il implique la suspension du paiement des droits et taxes normalement exigibles.

En pratique, les marchandises dont la circulation en transit est demandée sont présentées au bureau de douane compétent lors de leur entrée dans la Communauté ; ce bureau examine et valide les titres de transit qui lui sont fournis, dont il garde copie. Le transitaire responsable des marchandises doit faire sortir ces marchandises du territoire communautaire dans le délai qui lui a été imparti par l'administration des douanes. La sortie s'accompagne de la présentation des documents de transit validés à l'entrée au bureau de douane alors compétent, qui en contrôle la régularité et les renvoie au service d'entrée. L'exécution de ces obligations est assortie d'un régime de garantie. Les fraudeurs chercheront alors à conserver le bénéfice de la suspension de droits tout en écoulant illégalement sur le territoire de la Communauté les marchandises importées¹. Enfin, on constate des pratiques de fraude à la garantie, comportant l'usage de documents forgés ou falsifiés. Plusieurs mesures² techniques et juridiques ont heureusement été prises pour contenir ces pratiques.

ii- Les fraudes aux fonds structurels

La fraude aux aides accordées dans le cadre des actions structurelles mérite un examen particulier en raison de l'engrenage souvent étroite entre les financements qu'elles permettent et les financements nationaux. Les aides européennes sont devenues une composante normale de beaucoup de projets structurels, notamment pour l'aménagement du territoire, au point que les bénéficiaires de ces aides et les administrations nationales peuvent avoir tendance à oublier qu'elles n'obéissent pas nécessairement aux mêmes règles d'attribution, de versement et de contrôle que les subventions nationales. C'est sans doute un des domaines où la distinction entre fraude, au sens pénal du terme, et irrégularité est la plus nécessaire, et elle est d'ailleurs expressément

¹ A cette fin, ils peuvent purement et simplement s'abstenir de les présenter à un bureau douanier de sortie, tout en courant le risque de l'ouverture d'une enquête à l'expiration du délai de transit. Ils peuvent aussi faire usage de documents falsifiés, soit en employant des cachets falsifiés, soit en recourant à des cachets volés.

² Amélioration des communications entre services par l'institution de nouvelles procédures d'échange de données et le recours à des outils informatiques plus performants, clarification des règles relatives à la responsabilité des bénéficiaires de transit, alourdissement des obligations de garantie pesant sur les transitaires.

mentionnée dans le rapport pour 1996¹. Les développements que les rapports des institutions communautaires consacrent aux atteintes aux politiques structurelles illustre cette nécessité : ils font état, pour l'essentiel, d'affaires d'ampleur limitée où transparaît plutôt la recherche de l'aubaine que constitue l'aide communautaire². Mais d'autres cas, selon la Commission, relèvent de comportements pénalement répréhensibles, soit d'individus, soit de criminels agissant en réseaux organisés.

iii- La fraude carrousel

La fraude carrousel consiste à créer des droits de déduction fictifs, par l'intermédiaire de sociétés-écrans. Le fraudeur va créer une société X dans un État membre de l'Union, qui va acheter un bien hors taxe à une société Y établie dans un autre pays de l'UE sous forme d'une livraison intracommunautaire. La société X va ensuite revendre le bien à une société tierce Z, établie dans le même État membre, à qui sera facturée la TVA, sans pour autant qu'elle soit déclarée ou acquittée par X. La société Z pourra réclamer au Trésor le remboursement de la taxe qui lui aura été facturée par X. De son côté, la société X, qui, ayant collecté la TVA, doit normalement s'acquitter de son montant au Trésor, va disparaître, ce qui rendra difficile voire impossible la perception de la taxe, alors que le client³ l'aura déduite ou en demandera le remboursement. En pratique le schéma peut être plus complexe et de nombreuses sociétés-écrans peuvent s'y ajouter; l'imagination des fraudeurs étant sans limite⁴.

De tels actes doivent être punissables soit comme infraction principale, soit à titre de complicité, d'instigation ou de tentative de fraude.

¹ P. 18.

² « Négligences » dans la constitution des dossiers et des justificatifs, rapport 1996, p.18 ; transformation d'une aide spécifique du fonds social européen à certaines activités de collèges britanniques en financement du fonctionnement général de ces établissements, rapport 1998, p.31.

³ La société Z.

⁴ Didier URY, « La fraude carrousel TVA », Revue française de comptabilité, n° 491, octobre 2015, pp. 3 et s.

2- Les autres infractions de son champ de compétence

La compétence du Parquet européen couvre en outre les comportements frauduleux portant atteinte aux dépenses, recettes et avoirs, au préjudice du budget de l'Union européenne, ce qui peut, par exemple, se manifester par des faits de blanchiment de capitaux **(a)**, de corruption passive et active **(b)**, de détournement de fonds publics **(c)**, y compris des infractions « indissociablement liées » **(c)**.

a- Le blanchiment de capitaux

Relève également de la compétence du Parquet européen le blanchiment de capitaux¹. La directive², reprenant les dispositions de l'article premier du protocole du 19 juin 1997 à la convention de 1995, renvoie pour la définition du blanchiment de capitaux lié au produit de la fraude, du moins dans les cas graves à la notion générale de blanchiment de capitaux telle que précisée par la directive modifiée du 10 juin 1991³. Cette dernière définit le blanchiment de capitaux comme le fait de commettre intentionnellement soit « *la conversion ou le transfert de biens, dont celui qui s'y livre sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans cette activité à échapper aux conséquences juridiques de ses actes* », soit « *la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité* », soit encore « *l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens en sachant, au moment de la réception de ces biens, qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité* ».

L'infraction consiste alors à retraiter les produits d'origine criminelle pour en masquer l'origine illégale. Ce processus revêt une importance essentielle puisqu'il

¹ Tel que décrit à l'article 1, § 3, de la Directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux provenant des infractions soumises à la compétence du Parquet.

² Cf. article 6.

³ Article 1er, troisième tiret, de la directive 91/308/CEE du Conseil modifiée, du 10.6.1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JO L 166 du 28. 6.1991, p. 77).

permet aux criminels de profiter des bénéfices des actes¹ criminels tout en protégeant leurs sources. Le blanchiment des capitaux est une infraction qui est étroitement liée aux activités de la criminalité organisée parce qu'elle permet de dissimuler et de convertir les produits desdits crimes. C'est l'introduction des bénéfices d'activités illégales dans des circuits économiques légaux afin de leur conférer une existence légale. Il est généralement caractérisé par trois opérations successives : le placement², l'empilement³ et l'intégration⁴. Le blanchiment a des effets néfastes et préjudiciables pour l'économie et la sécurité des États membres de l'Union. Les blanchisseurs ne sont le plus souvent pas intéressés par le rendement de leurs investissements. Ils investissent dans certains secteurs d'activités non pour répondre à la demande du marché, mais simplement pour servir leurs intérêts criminels. Les risques pour les blanchisseurs de faire l'objet des poursuites et le retrait des investissements au gré de leurs intérêts sont susceptibles d'occasionner beaucoup de chômage et même de déstabiliser des pans entiers de l'économie d'un pays. Les États en voie de développement sont particulièrement vulnérables, car l'argent sale risque d'éclipser les budgets nationaux, privant ainsi le gouvernement de tout pouvoir de décision en matière de politique économique.

Les transactions relatives au blanchiment passent alors par des circuits qui se situent en dehors du champ habituel des services de répression. La détection des transactions illicites devenant ainsi particulièrement difficile. Elle passe nécessairement par une collaboration et un échange d'information entre secteurs financiers et autorités chargés des poursuites. Sans cette collaboration, il n'y a que peu de chance que les opérations de blanchiment puissent jamais être connues puisqu'elles sont par essence occultes. Mais, même en permettant l'accès des services de répression à cette information, ceux-ci ne seraient pas pour autant en mesure d'identifier dans la masse d'informations que représentent

¹ Les ventes illégales d'armes, la contrebande et les activités de la criminalité organisée notamment le trafic de stupéfiants et les réseaux de prostitution peuvent générer des sommes énormes.

² Prélavage, immersion.

³ Lavage, transformation.

⁴ Eric VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, édit. DUNOD, 2005, P. 37 et ss. ; Jean- Louis HÉRAIL et Patrick RAMAEL-Gallica, *Blanchiment d'argent et crime organisé : La dimension juridique*, Collection criminalité internationale, 1e édit. Puf 1996, P. 2 et ss.

les transactions financières journalières d'un établissement du secteur financier, les opérations douteuses ou qui recèlent des activités de blanchiment¹.

La participation à l'un des actes précédents, l'association pour en commettre, les tentatives de le perpétrer, le fait d'aider, d'inciter ou de conseiller quelqu'un à le faire ou le fait d'en faciliter l'exécution sont également répréhensibles. Toutefois, la compétence du Parquet s'étend tout de même aux infractions intentionnelles de corruption passive et de corruption active d'agents publics nationaux ou de l'UE.

b- La corruption

La corruption est l'un des comportements déviants de l'homme qui ne cesse de prendre des proportions de plus en plus importantes. C'est une réalité qui se retrouve non seulement dans les pays sous-développés, mais aussi dans les pays développés. Comme un serpent de mer, elle est partout. On la retrouve dans la politique, les administrations, les entreprises publiques et privées, surtout lorsque ces dernières sont en contact avec les premières. On en trouve même dans les organisations internationales². Ce qui diffère d'un pays ou d'un secteur à l'autre, c'est son intensité, et la manière dont la communauté internationale et les autorités publiques des États et la société en général s'attaquent à ce fléau pour l'éradiquer, ou tout au moins le réduire. On parle tantôt de la corruption passive tantôt active.

i- Le double aspect de la corruption

Selon Jean-Francois MATTÉI, « Qu'elle soit active ou passive, la corruption est bien moralement la pire des choses puisque, en aliénant un homme libre, elle détruit ce qu'il a en lui de meilleur, son humanité, laquelle ne fait qu'un avec sa

¹ Ceci est d'autant plus vrai que le caractère douteux de la transaction ne résulte pas le plus souvent de caractère intrinsèque à la transaction elle-même, mais d'éléments extérieurs à celle-ci.

² Jean-Yves NAUDET cite un sénateur américain qui affirmait en 2004 que la corruption aurait coûté 100 milliards de dollars à la Banque mondiale à propos des projets d'aide au développement dans les pays pauvres et la corruption qui se greffe sur cette aide. Voir Jean-Yves NAUDET (sous la direction de), La corruption, Actes du onzième colloque d'éthique économique d'Aix-en-Provence du 1er et 2 juillet 2004, Rapport introductif, Collection Éthique et Déontologie, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2005, p. 16.

liberté »¹. La convention internationale de lutte contre la corruption ayant une portée générale est celle sur la criminalité transnationale organisée, conclue dans le cadre des Nations Unies à New York le 15 novembre 2000². Cette dernière stigmatise la corruption active et la corruption passive. L'article 1er alinéa 1-a définit la corruption active comme étant le fait intentionnel pour toute personne, de promettre, d'offrir ou d'accorder à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles³. L'alinéa 1-b du même article définit l'aspect passif comme étant le fait intentionnel pour un agent public de solliciter ou d'accepter, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions officielles⁴.

Dans le contexte européen, aux termes de l'article 4, paragraphe 1, de la directive⁵, reprenant les dispositions de l'article 2 du protocole du 27 septembre 1996 à la convention de 1995⁶, la corruption passive est constituée du « *fait intentionnel, pour un fonctionnaire, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction, qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes* ».

Quant à la corruption active, elle est définie à l'article 4, paragraphe 2, de la directive, reprenant les dispositions de l'article 3 du même protocole, comme «

¹ Jean-François MATTÉI, L'imperfection éthique des systèmes économiques : une approche philosophique, in *La corruption, Actes du onzième colloque d'éthique économique d'Aixen-Provence du 1er et 2 juillet 2004*, p. 20.

² Signée le 13 décembre 2000, elle a été ratifiée le 06 février 2006, et entrée en vigueur le 08 mars 2006.

³ L'article 1er alinéa 1-a de la convention internationale de lutte contre la corruption conclue dans le cadre des Nations Unies à New York le 15 novembre 2000.

⁴ L'article 1er alinéa 1-b idem.

⁵ La directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, dite « directive PIF ».

⁶ La notion de fonctionnaire est, quant à elle, définie à l'article 2 de la proposition de directive, reprenant les dispositions de l'article 1 du protocole du 27 septembre 1996 à la convention de 1995.

le fait intentionnel, pour quiconque, de promettre ou de donner, directement ou par interposition de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un fonctionnaire, pour lui-même ou pour un tiers, pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, de façon contraire à ses devoirs officiels, un acte de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes ».

Dans cette conception, la corruption passive et active doit être punissables soit comme infraction principale, soit à titre de complicité ou d'instigation¹.

ii- Les conséquences néfastes de la corruption

En ce qui concerne les conséquences néfastes de la corruption sur les intérêts financiers de l'Union européenne, il faut noter qu'elle est un cancer qui met en péril le tissu économique et empêche les échanges des biens et des services de suivre la régulation naturelle de l'offre et de la demande. Elle favorise en effet, les investissements improductifs, accroît le coût des biens et des services et conduit à un déclin de la qualité de tout service et de toute production. Elle ralentit de ce fait le développement économique et social, causant des dommages particulièrement importants aux pays en voie de développement. Elle détourne les richesses nationales au profit de quelques-uns, érode la base des ressources de l'Union européenne et contribue à entretenir le cercle vicieux de la pauvreté. En créant des obstacles à une distribution juste et efficace des biens et services, elle altère la capacité de l'État à offrir un service public de qualité, participant ainsi à l'accroissement des inégalités et à la diminution de la confiance² des citoyens envers les institutions et les représentants de l'État. Sur un tout autre point, la corruption favorise le développement de la criminalité³. Elle est un facteur de crise et de fragilité et possède un impact négatif sur la sécurité et à la stabilité aux niveaux national, régional et international. Pour lutter contre ce fléau, des Parquets européens que nationaux sont compétents pour incriminer

¹ Article 5 du protocole précité.

² Cette confiance est également mise à mal lorsque la corruption atteint les processus électoraux, délégitimant le processus démocratique. De manière générale, la corruption mine l'État de droit et représente un obstacle à la réalisation des droits humains.

³ Notamment la criminalité organisée, voire du terrorisme et des groupes armés lorsque les fonds détournés viennent alimenter leurs réseaux ou lorsque ces acteurs emploient la corruption pour poursuivre leurs objectifs.

les deux aspects actif et passif de la corruption. Mais, qu'en est-il du détournement de fonds publics ?

c- Le détournement de fonds publics

Est visé en outre le détournement par un agent public de fonds dont il a la gestion, en les engageant, les dépensant ou se les appropriant d'une manière contraire aux fins prévues pour ces derniers, dans l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de l'UE. Pour rappel, la transposition de la Directive par les autorités nationales imposait aux États membres d'adopter et de publier officiellement¹ des sanctions pénales pour l'ensemble de ces actes².

C'est ainsi par exemple que l'affaire du détournement des aides européennes au développement de la Côte d'Ivoire a été portée à la connaissance du public au début de l'été 1999. Le montant des aides versées dans le cadre du programme d'ajustement structurel en Côte d'Ivoire s'est élevé à 73 millions d'euros³. Le détournement des dotations du fonds européen de développement porte sur les conditions d'utilisation de ces ressources par les services ivoiriens dont les actions sont ainsi financées.

Les procédés du détournement empruntent des techniques éprouvées : surfacturation manifeste du prix des produits vendus ; recours à des fournisseurs qui, en réalité, sont des sociétés fictives localisées matériellement dans le même immeuble, avec le même téléphone et la même télécopie; imputations de crédits, sans justificatifs de dépenses, à des opérations électorales, aux actions de contrôle des naissances et à la prévention du SIDA⁴.

¹ Au plus tard le 6 juillet 2019.

² Article 17 de la Directive.

³ Au cours de la période 1992-1998.

⁴ Les sommes ainsi détournées atteignent au total 28 millions d'euros (38,9 % des dotations du FED pour la Côte d'Ivoire pendant la période considérée). Les enquêtes menées par les services de police ivoiriens ont permis l'arrestation de fonctionnaires du ministère chargé de la santé pendant l'été de 1999. Par un protocole d'accord entre la Côte d'Ivoire et la Communauté européenne, en date du 8 septembre 1999, le Gouvernement ivoirien s'est engagé à rembourser les sommes frauduleusement dépensées, à informer la Commission de l'état des poursuites dirigées contre les auteurs des fraudes, et à prendre les mesures nécessaires au redressement de la gestion des finances publiques. Le gouvernement issu du coup d'Etat de décembre 1999 n'a pas remis en cause dans leur principe les engagements ainsi pris par son prédécesseur, tout en réclamant un aménagement de l'échéancier des remboursements prévus par le protocole.

La compétence du Parquet européen s'étend aussi aux auteurs et complices d'infractions « indissociablement liées ».

d- Les infractions « indissociablement liées »

Le Parquet européen est compétent pour toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application de la directive précitée. Seulement, cette référence est source de critiques en raison de son caractère laconique. Il convient d'indiquer que le manque de précision de la compétence accessoire du Parquet relative aux auteurs et complices d'« infractions indissociablement liées » à celles visées par le Règlement interpelle. En effet, bien que les considérants 54, 55 et 56 du Règlement apportent des explications et une aide pour l'interprétation de la notion d'« infractions indissociablement liées », celle-ci reste floue. Cette notion laisse une large marge de manœuvre indéniable au Ministère Public européen pour la prise en compte de comportements ne relevant pas explicitement de sa compétence. Cette absence de clarté va à l'encontre d'une bonne administration de la justice et menace la sécurité et la prévisibilité juridiques auxquelles sont en droit de s'attendre tous les justiciables dans l'espace judiciaire européen.

II- L'élargissement opportun de la compétence matérielle du parquet européen

S'il est vrai que la création du Parquet européen est une aubaine, il n'en demeure pas certain que la lutte contre les atteintes aux intérêts financiers de l'Union européenne pourra n'être que le point de départ de ses attributions. Faut-il le rappeler, dans un communiqué¹, le ministère de la Justice français a évoqué la possibilité de voir la compétence matérielle du Parquet européen étendue à la lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée. C'est dans cette direction que s'oriente également la position de Viviane Reding², qui ambitionne à terme pour le Parquet européen d'étendre ses compétences à la lutte contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme qui ne connaissent pas de frontière. L'on peut donc s'attendre à l'avenir à une extension de la compétence matérielle du Parquet européen dans ce sens. Les États membres pourraient alors s'inspirer

¹ En date du 12 octobre 2017.

² Député européen du Luxembourg et ancien Commissaire européen en charge de la Justice.

de l'article 83¹, qui énumère les infractions relevant de la criminalité grave et définies comme suit : le terrorisme **(A)**, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants et le trafic illicite de drogues **(B)**.

A- Un élargissement fructueux de sa compétence dans la lutte contre le terrorisme transfrontière

La lutte contre le terrorisme n'est pas un phénomène nouveau. Car, c'est surtout autour de ce thème intégrateur que l'on a commencé à construire le concept d'une « Europe judiciaire ». Par son caractère transfrontière, le terrorisme a été une opportunité pour l'harmonisation de la réglementation européenne, pour ce qui est de la définition des actes terroristes ou encore de la lutte contre leur financement **(2)**. La directive² relative à la lutte contre le terrorisme envisage une coopération plus étroite avec les pays tiers concernés notamment en matière de recueil de preuves au format électronique. Dès lors, il n'est pas étonnant que le traité prévoie **(1)** une extension possible des compétences du Parquet européen au terrorisme.

1- Un élargissement prévisible

Il convient de noter que le Règlement³ autorise un tel élargissement de compétence, sous réserve de certaines conditions **(i)**, car la légitimité de l'intervention du Parquet européen apparaît cohérente **(ii)** dans la lutte contre le terrorisme.

i- Les conditions d'élargissement de la compétence matérielle du Parquet européen

Les conditions de cet élargissement sont établies à l'article 86§4 TFUE⁴, qui étend plus largement la compétence matérielle du Parquet européen « à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière ». Sous réserve

¹ Article 83 paragraphe 1 du TFUE.

² Considérant 7 de la directive (UE) n° 2017/541 du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, JOUE n° L 88 du 31 mars 2017.

³ De 2017/1939 portant création du Parquet européen.

⁴ Cette extension prévoit une clause passerelle spécifique requérant pour sa mise en œuvre une décision du Conseil européen prise à l'unanimité, après approbation du Parlement et consultation de la Commission.

d'une décision en ce sens adoptée à l'unanimité par le Conseil européen¹. Ainsi, l'élargissement des compétences du Parquet européen à la lutte contre le terrorisme doit nécessairement accompagner le débat qui entoure sa mise en place, dans la mesure où cette extension est prévue dans les dispositions du traité qui traitent de sa création.

Un élargissement des compétences du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière est alors prévue à l'article 86 paragraphe 4 du TFUE. Ces domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière sont définis à l'article 83 paragraphe 1 du TFUE et incluent les infractions terroristes. En vertu de l'article 86 paragraphe 4 du TFUE, l'extension du champ de compétence du Parquet européen à ces domaines requiert l'unanimité au Conseil européen, après approbation du Parlement européen et consultation de la Commission européenne. En conséquence, tous les États membres, qu'ils participent à la coopération renforcée ou non, devraient donner leur accord à l'extension des compétences du Parquet européen. Seulement, compte tenu de ce cadre procédural assez contraignant et au vu de l'absence d'unanimité quant à la création du Parquet sous sa forme actuelle, l'élargissement de son champ de compétence matérielle fera probablement l'objet de longues négociations complexes entre les États membres.

Parallèlement, il convient de rappeler que l'article 4 paragraphe 2 du TUE dispose que la sécurité nationale est de la seule responsabilité de chaque État membre, bien que la lutte contre le terrorisme fasse l'objet d'initiatives de coordination² importantes au niveau européen. L'articulation entre ces différentes dispositions du traité doit se faire selon une volonté politique qui rassemble le plus largement possible les États membres. La France, particulièrement touchée par une recrudescence d'attentats meurtriers, pourra jouer un rôle moteur en ce sens. Ce d'autant plus que cette volonté a d'ores et déjà été exprimée, à l'occasion de son « discours de la Sorbonne », par le Président de la République, qui a proposé la mise en place d'un « *Parquet européen contre la criminalité organisée et le*

¹ Considérant 11 du Règlement.

² Citons la création, en 2007, du poste de coordinateur de l'UE pour la lutte contre le terrorisme occupé par le Belge, Gilles de Kerchove.

terrorisme »¹, reprenant l'orientation annoncée par Jean-Claude Juncker lors de son discours sur l'état de l'Union du 13 septembre 2017 et par la Commission européenne dans une communication consacrée à cet élargissement²; Ursula von der Leyen l'a reprise dans ses orientations politiques pour la période 2019-2024³.

ii- La légitimité d'élargissement de la compétence matérielle du Parquet européen

La légitimité d'élargissement de la compétence matérielle du Parquet européen au terrorisme transfrontière apparaît cohérente. Il s'agit de défendre les valeurs de l'Union européenne face à ce qui constitue une des atteintes les plus graves à ces valeurs. Dans son discours sur l'état de l'Union du 12 septembre 2018, Jean-Claude Juncker a indiqué qu'il était favorable à l'extension des compétences du Parquet européen pour les infractions terroristes transfrontières⁴. L'initiative a été suivie par la Commission et répond à un état de fait : la sécurité est la « préoccupation n° 1 des Européens ». Le Parquet européen « renforcé »⁵ pourrait ainsi relier des enquêtes fragmentées, échanger des informations utiles sur une infraction terroriste, notamment lorsqu'une partie de celle-ci est commise dans un Etat tiers, pour mieux coordonner des enquêtes.

Rappelons-le, les derniers attentats survenus en Île-de-France, à Nice, Dresde et Vienne ont démontré la dimension européenne du terrorisme, qui s'attaque étonnement aux valeurs que les Européens ont en partage. À ce jour, les autorités répressives et judiciaires nationales détiennent la compétence exclusive pour les enquêtes, poursuites et renvois en jugement d'infractions terroristes. Leurs compétences s'arrêtent aux frontières nationales, tandis que les infractions et

¹ Emmanuel Macron, Discours pour une Europe unie, souveraine et démocratique, Paris, 26 septembre 2017.

² Communication de la Commission européenne, « Une Europe qui protège: une initiative pour étendre les compétences du Parquet européen aux infractions terroristes transfrontières », COM (2018) 641 final, 12 septembre 2018.

³ Ursula von der Leyen, candidate à la présidence de la Commission européenne, Une Union plus ambitieuse : Mon programme pour l'Europe, 2019.

⁴ Jean-Claude Juncker, Discours sur l'état de l'Union, 12 septembre 2018. Accessible sur : https://ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches/state-union-2018_fr.

⁵ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil européen : Une Europe qui protège: une initiative pour étendre les compétences du Parquet européen aux infractions terroristes transfrontières », COM (2018) 641 final du 12 sept. 2018.

activités terroristes revêtent souvent une dimension transfrontière. L'évolution du nombre de dossiers¹ liés à la lutte contre les infractions terroristes traités par Eurojust en témoigne.

iii- La dangerosité du terrorisme

Le terrorisme est un phénomène multiforme auquel la société internationale a toujours été confrontée. La gravité du phénomène a atteint son paroxysme avec les attentats du 11 septembre 2001 contre le World Trade Center à New York aux États-Unis d'Amérique. Il convient de dégager la notion de terrorisme **(a)** pour mieux cerner les actes de terrorisme **(b)**.

a- La notion de terrorisme

Le terrorisme est « *le fait volontaire de l'homme qui, animé par l'intention de nuire, pose des actes susceptibles d'éclabousser la victime* »². L'acte de terrorisme est en général considéré comme un acte de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus contre des personnes innocentes dans la poursuite d'un objectif idéologique³. « *L'acte terroriste comme une infraction nationale correspond à une action ou une omission prévue et réprimée par la loi pénale d'un Etat. C'est une atteinte à l'ordre public interne d'un Etat* »⁴. Il est généralement admis que l'auteur d'un acte terroriste peut aussi bien être un État qu'un individu. Une définition du terrorisme qui limiterait celui-ci à des faits commis par des personnes privées constituerait une réduction de la notion qui ne serait justifiée ni par la logique, ni par la réalité que l'on veut cerner. Le droit international condamne le terrorisme, mais n'a pas encore pu faire une convention générale à ce sujet. La première tentative fut la Convention de

¹ De 41 dossiers en 2015, il est passé à 67 dossiers en 2016 et 87 en 2017.

² Dominique Junior ZAMBO ZAMBO, « La réparation des dommages des victimes des actes de terrorisme au Cameroun », in *crises humanitaires et responsabilités*, Edition, L'harmattan 2018, P. 210.

³ Eric DAVID, *Éléments de droit pénal international*, op. cit., page 532 ; Du même auteur, *Le terrorisme en droit international*, Ed. de l'Univ. de Bruxelles 1974, pp. 108 et ss.

⁴ Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA, « Le terrorisme au Cameroun : d'une loi confuse à l'émergence d'un droit pénal terroriste », in *Revue burkinabè de droit*, N° 53 – 2e Semestre 2017, p. 276.

Genève¹ pour la prévention et la répression du terrorisme². Mais cette dernière n'est jamais entrée en vigueur parce qu'elle n'avait été ratifiée que par un seul pays³. La Résolution n° 40/61 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies « *condamne sans équivoque comme criminels tous les actes, méthodes et pratiques de terrorisme, où qu'ils se produisent et quels qu'en soient les auteurs, notamment ceux qui compromettent les relations amicales entre les États et la sécurité de ceux-ci* ».

b- Les actes de terrorisme

Plusieurs textes internationaux, sans donner de définition, préfèrent incriminer un certain nombre d'actes auxquels ils attribuent la qualification d'actes terroristes. Ce sont les détournements d'avions⁴ attentats contre l'aviation civile⁵, attentats contre les représentants d'États étrangers, fonctionnaires et agents d'organisations internationales⁶, prises d'otages⁷, vols et utilisations privées de matières nucléaires à des fins hostiles⁸, attentats contre la sécurité de la navigation maritime⁹, attentats contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé¹⁰. C'est au niveau régional que plusieurs conventions sur le terrorisme ont été adoptées¹¹. L'article 1er de la Convention européenne pour la répression du terrorisme énumère des actes sans préciser qu'il s'agit des actes terroristes, mais cette qualification résulte de la combinaison de l'intitulé de la convention et de cet article. Les comportements incriminés sont les suivants:

- Les détournements d'avions,

¹ Du 16 novembre 1937.

² Texte in GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970, p. 233.

³ L'Inde.

⁴ Convention de la Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs.

⁵ Convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, et le Protocole du 24 février 1988 pour la répression des actes illicites de violence sur les aéroports servant à l'aviation internationale.

⁶ Convention des N.U. du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale.

⁷ Convention des Nations Unies du 18 décembre 1974 contre la prise d'otages.

⁸ Convention de Vienne du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires.

⁹ Convention et Protocole de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes situées sur le plateau continental.

¹⁰ Convention du 9 décembre 1994 sur la sécurité du personnel des N.U. et du personnel associé.

¹¹ Convention européenne de Strasbourg du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme ; Convention arabe de lutte contre le terrorisme du 22 avril 1998 ; Convention de l'O.E.A. du 2 février 1971 pour la prévention ou la répression du terrorisme ; Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme signée à Alger le 14 juillet 1999 et son Protocole d'ADDIS-ABEBA du 8 juillet 2004.

- Les attentats contre la sécurité de l'aviation civile,
- Les attentats contre les personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les diplomates,
- L'enlèvement, la prise d'otages, la séquestration arbitraire,
- Les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour les personnes,
- La tentative de commettre une des infractions précitées et la participation à ces infractions.

La Convention¹ de l'OUA² sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, n'a pas énuméré les actes de terrorisme comme la Convention européenne, mais a déterminé les caractéristiques desdits actes. Il s'agit d'une conception très large susceptible d'englober une multitude d'actes. Est considéré comme « acte terroriste »³ : « (a) tout acte ou menace d'acte en violation des lois pénales de l'État partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention :

i) d'intimider, provoquer une situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, d'engager toute initiative ou de s'en abstenir, d'adopter, de renoncer à une position particulière ou d'agir selon certains principes ; ou

ii) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;

iii) de créer une insurrection générale dans un État partie.

(b) Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace, conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe a (i) à (iii) ». La convention fait en outre obligation aux États parties de réviser

¹ Cette Convention a été complétée par un Protocole adopté le 8 juillet 2004 à ADDISABEBA par la Troisième session ordinaire de la conférence de l'Union Africaine qui remplace l'OUA.

² Adoptée à Alger le 14 juillet 1999.

³ Selon l'article 1er alinéa 3 de la Convention.

leur législation nationale et à établir comme crimes les actes terroristes tels que définis à l'article 1^{er}.

B- Un élargissement vertueux de sa compétence à d'autres formes de criminalité

La criminalité organisée peut dans une approximation être appréhender comme le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation . Nul ne l'ignore, au sein de l'Union européenne, la criminalité organisée est un enjeu visible et naturellement relié non seulement à la corruption, au blanchiment, mais aussi au trafic illicite de stupéfiants (1) à la traite des êtres humains (2) et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants (3).

1- Le trafic des stupéfiants

On n'a pas retenu dans le champ de compétence matérielle du Parquet européen l'incrimination de trafic illicite de drogues. Pourtant, la consommation abusive de la drogue est susceptible de mettre un individu dans un état de toxicomanie. Selon l'OMS, la toxicomanie est « *l'état d'intoxication périodique ou chronique engendré par la consommation répétée d'une drogue naturelle ou synthétique, caractérisé notamment par un invincible désir de consommation, une tendance à l'augmentation des doses, une dépendance physique² et généralement psychique³ à l'égard des effets de la drogue et des effets nuisibles à l'individu et à la société⁴ ».*

¹ Article 2-a.

² État adaptatif caractérisé par l'apparition des troubles physiques intenses lorsque l'administration de la drogue est suspendue ou que son action est contrecarrée par un antagoniste spécifique.

³ État dans lequel une drogue produit un sentiment de satisfaction et une pulsion psychique exigeant son administration périodique ou continue pour provoquer le plaisir ou éviter le malaise.

⁴ OMS, Comité d'experts de drogues susceptibles d'engendrer la toxicomanie : série de rapports techniques, n° 57, 1952 et n° 116, 1957.

a- Notion de stupéfiant

Les stupéfiants sont des substances aux propriétés narcotiques¹. Cette définition littérale correspond parfaitement aux substances telles que l'opium et les opiacés² synthétiques et semi synthétiques. Elle est cependant restrictive et ne correspond pas à plusieurs autres substances qui sont ainsi dénommées en droit positif, alors que la qualification appropriée est le terme « *drogue* ». Celle-ci peut être définie comme étant « *tout produit naturel ou synthétique, dont l'usage peut être légal ou non, consommé en vue de modifier l'état de conscience et ayant un potentiel d'usage nocif ou de dépendance* »³. La drogue est susceptible de produire sur l'homme soit des effets narcotiques, et c'est le cas des stupéfiants, soit des effets euphoriques⁴, c'est le cas du cannabis encore appelé chanvre indien. Outre cette classification basée sur l'effet que la drogue produit sur l'individu, d'autres systèmes de classification ont été envisagés. Ainsi, certaines drogues sont licites et d'autres illicites. Les drogues licites sont celles dont l'utilisation est permise par la loi soit à des fins récréatives comme le tabac et l'alcool, soit à des fins thérapeutiques comme les produits pharmaceutiques⁵. Les drogues illicites qualifiées par abus de langage stupéfiants sont celles dont la production, l'usage et la commercialisation à des fins autres que médicales ou scientifiques sont prohibés.

La classification la plus adéquate des drogues peut être faite en fonction des éléments qui rentrent dans leur composition. On peut ainsi faire la distinction entre les drogues naturelles et semi synthétiques d'une part, et les drogues synthétiques d'autre part. En ce qui concerne la première catégorie, ce sont outre le tabac et l'alcool, les opiacés qui sont des substances obtenues à partir de la plante du pavot par simple récolte ou par extraction. Les drogues synthétiques sont des substances synthétiques fabriquées en laboratoire par imitation ou combinaison des drogues naturelles. Elles sont les plus nombreuses.

¹ Substances susceptibles de provoquer la torpeur ou le sommeil.

² Les opiacés sont des substances produites à base de l'opium.

³ SAMUEL (X.), « Trafic de stupéfiants », *Juris classeur de Droit pénal* n° 2, mis à jour au 29 mars 2003 (article 222-34 à 222-43) n° 3.

⁴ Impression de bien être, de confiance et de satisfaction éprouvée.

⁵ Tranquillisants, stimulants, dopants, psychotropes.

Malgré leur capacité de produire sur le sujet une sensation de bien-être, de plaisir, voire d'euphorie l'amenant à oublier momentanément tous ses problèmes et soucis, l'abus de drogue conduit à l'intoxication de l'individu, entraînant la diminution ou l'abolition de ses capacités mentales, bref sa dégénérescence. Le toxicomane qui ne se contrôle plus est à l'origine de plusieurs désordres sociaux tels que la dépravation des mœurs¹, l'augmentation de la criminalité², les accidents de la circulation et de travail, la désunion des familles³. Pour lutter contre ce fléau qui menace l'individu, la famille, l'État et la communauté internationale, des normes de comportement ont été définies au niveau international et intégrées en droit interne.

b- La protection de la santé des personnes

Le « *danger sanitaire et social* »⁴ que représente la consommation de la drogue et la dépendance qu'elle entraîne a conduit les États à prendre conscience de la nécessité d'unir leurs efforts pour lutter contre un fléau rendu plus redoutable encore par son internationalisation. Cette collaboration des États s'est récemment intensifiée, car le phénomène de la drogue a engendré une criminalité organisée de grande ampleur⁵. Les énormes profits tirés du trafic de stupéfiants et le caractère plus ou moins louche des activités dans lesquelles l'« argent sale » est « blanchi » sont tels qu'on ne peut contester aujourd'hui les liens serrés tissés par la drogue entre les mondes du crime, de la politique et de l'argent⁶. On parle des « polytrafics » associant le trafic de stupéfiants, le proxénétisme, la fausse monnaie et le blanchiment d'argent sale⁷. La coopération internationale s'est manifestée de plusieurs manières. On peut signaler d'abord l'existence de la Commission des stupéfiants dans le cadre de l'ONU. Ensuite l'Organe international de contrôle des stupéfiants (OICS) créé par la Convention unique et qui a pour objet de limiter la production et toutes les opérations sur les drogues aux seules fins médicales et scientifiques. Il y a enfin le PNUCID⁸ qui est chargé

¹ Ivresse publique, débauche et crimes sexuels.

² Rébellion, terrorisme, agressions et meurtres crapuleux.

³ Brutalités, dépenses excessives, divorces.

⁴ Francis CABALLERO et Yann BISIOU, *Droit de la drogue*, Précis Dalloz, 2e éd., 2000, n°6.

⁵ La criminalité organisée, La documentation française, 1996.

⁶ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international* 3^e éd. P.U.F, n° 74.

⁷ SAMUEL (X.), *Trafic de stupéfiants*, Jurisclasseur de droit pénal, éd. 2001, art. 222-34 à 222-43.

⁸ Programme des Nations Unies pour le contrôle international des drogues.

de la coordination et du renforcement de l'action de l'ONU. Dans le domaine conventionnel, il y a d'abord eu la convention de la Haye du 23 janvier 1912 sur les stupéfiants.

Ensuite, ce fut la conclusion de la « *convention unique sur les stupéfiants* » de New York du 30 mars 1961¹, amendée par un protocole signé à Genève le 25 mars 1972. Cette convention abroge toutes les conventions antérieures sauf celle de 1936. A la suite de la découverte de plusieurs autres substances ayant les caractéristiques de drogues, la Convention de Vienne sur les psychotropes a été conclue le 21 février 1971. Elle s'applique à 111 substances classées en quatre tableaux². Toutes sont d'origine industrielle ou synthétique. Enfin il y a la Convention de Vienne contre le trafic illicite de stupéfiants ou des substances psychotropes du 20 décembre 1988³. Son champ d'application est très large puisqu'elle complète et réunit sans les abroger les deux précédentes. Son objet est de promouvoir la coopération entre les parties⁴. Elle vise à la fois les stupéfiants et les psychotropes classés en droit international, auxquels s'ajoutent désormais les précurseurs⁵.

2- La traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle

C'est l'objet de la convention⁶ pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui qui énonce dans son préambule que « *la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des êtres humains en vue de leur prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et mettent en danger le bien-être de l'individu, de la famille et de la communauté* ». Comme on peut le constater, la déclaration ne se borne pas seulement au fait principal visé, mais s'étend à ceux qui le rendent possible ou en facilitent la commission. On notera que la convention s'applique

¹ Le Cameroun y a adhéré le 15 janvier 1962. Elle est entrée en vigueur pour le Cameroun le 13 décembre 1964.

² Hallucinogènes, amphétamines, barbituriques, tranquillisants.

³ Signée par le Cameroun le 27 février 1989, la ratification a eu lieu le 28 octobre 1991, et l'entrée en vigueur le 26 janvier 1992.

⁴ Article 2 de la convention.

⁵ Ce sont des substances qui rentrent dans la préparation des stupéfiants et psychotropes : acide sulfurique, acétone ou éther par exemple.

⁶ De l'ONU du 02 décembre 1949.

indifféremment à la prostitution féminine et masculine, car la convention est intitulée « *traite des êtres humains* ».

En même temps qu'ils définissent les aspects du comportement répréhensible, les articles 1 et 2 de la convention font obligation aux Etats parties de les intégrer dans leur législation. C'est ainsi que l'article 1er de la Convention prévoit que « *les parties à la présente convention conviennent de punir toute personne qui pour satisfaire les passions d'autrui « Embauche, entraîne ou détourne en vue de la prostitution une autre personne, même consentante »¹; « Exploite la prostitution d'une personne, même consentante »². Il s'agit donc de ceux qui réalisent directement l'exploitation³ de la prostitution, à savoir le recrutement des prostitués, soit par des moyens de droit⁴, soit par des moyens de fait. Il s'agit aussi de ceux qui se livrent au proxénétisme dit hôtelier⁵ encore appelé proxénétisme du logeur⁶, c'est-à-dire qui tiennent, dirigent, ou sciemment financent ou contribuent à financer une maison de prostitution, ou encore ceux qui facilitent l'exploitation de la prostitution en donnant ou prenant sciemment en location, en tout ou partie, un immeuble ou un autre lieu aux fins de la prostitution d'autrui⁷.*

Conclusion

En somme, la nécessité de poursuivre de manière plus satisfaisante les auteurs de la criminalité portant atteinte aux intérêts financiers européens a conduit à la création dans ce domaine d'un *Parquet européen*. Seulement, son cadre normatif ne lui permettant pas d'étendre sa compétence à toutes les formes de criminalité, il reste que, la compétence matérielle attribuer au Parquet européen est une

¹ L'alinéa (1) de l'article 1er de la Convention de l'ONU du 02 décembre 1949.

² L'alinéa (2) de l'article 1er de la Convention de l'ONU du 02 décembre 1949.

³ L'exploitation de la prostitution est le fait de tirer des ressources de la prostitution d'une autre personne. Ce comportement correspond à ce qu'on appelle communément le délit de souteneur qui est prohibé indépendamment de l'âge du ou de la prostitué (e).

⁴ Embauchage, mariage fictif.

⁵ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international* 3^e éd. P.U.F, 2005 n° 65 et ss.

⁶ Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 2e éd. CUJAS, 2001, n° 780 et ss.

⁷ Tel est le sens de l'article 2 de la même convention qui stipule que « les parties à la présente convention conviennent également de punir toute personne qui : 1°) Tient, dirige, ou sciemment, finance ou contribue à financer une maison de prostitution ; 2°) Donne ou prend sciemment en location, en tout ou partie, un immeuble ou un autre lieu aux fins de la prostitution d'autrui ».

aubaine quoi que limitée, pourtant d'autres intérêts fondamentalement communs existent.

**LA COUR PENALE INTERNATIONALE A
L'EPREUVE DU PRINCIPE
DE LA LIBERTE DES PERSONNES EN ATTENTE
DE JUGEMENT**

Louis-Marie SIEWE Docteur Ph.D en droit privé et sciences criminelles -

Chargé de cours à la Faculté des Sciences Juridiques et

Politiques de l'Université de Yaoundé II

Résumé

Le droit international des droits de l'homme érige la privation de liberté d'un individu, en attente de son procès, en une mesure exceptionnelle. Le corpus juris de la cour pénale internationale s'inscrit dans cette mouvance, puisqu'il consacre et aménage le principe de la liberté des personnes en attente de jugement. Toutefois, l'analyse des textes et l'étude de la jurisprudence mettent en évidence le raidissement des modalités de mise en œuvre du principe et la tendance des juges à garder les accusés à la disposition de la cour, jusqu'à l'intervention d'une décision sur la confirmation des charges ou sur la culpabilité ; toute chose qui milite en faveur de la densification de la culture de la liberté à la cour pénale internationale.

La Cour pénale internationale ne connaît pas de procès *in absentia*¹. L'action publique internationale est donc conditionnée par la présence du suspect au siège de la cour. Cette présence est rendue possible par deux moyens qui dépendent de la perception que le Procureur et la Chambre préliminaire ont de l'attitude du suspect. La chambre délivre, sur requête du Procureur, une citation à comparaître si elle est convaincue que cet acte suffit à garantir que la personne concernée se présentera devant la cour². En cas de doute sur la comparution volontaire d'un suspect, la chambre délivre un mandat ordonnant l'arrestation et la remise de ce dernier à la cour³. Une fois à la disposition de la cour, l'intéressé est placé en détention, mais il peut demander sa mise en liberté provisoire en attendant d'être jugé⁴.

Mesure particulièrement énergique, la privation de liberté des personnes en attente de jugement met en branle deux intérêts : l'intérêt individuel du

¹ Le paragraphe 1^{er} de l'article 63 du Statut de la cour pénale internationale dispose que « *L'accusé est présent à son procès* ». Pour application, voir CPI, Chambre de première instance IV, Situation au Darfour, Soudan, Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain, Observations sur un procès *in absentia* dans la perspective des victimes, 19 juin 2020, par. 73.

² Art. 58 par. 7 Statut CPI.

³ Art. 58 par. 1^{er} Statut CPI.

⁴ Art. 60 par. 1^{er} Statut CPI.

détenu, présumé innocent et celui de la société qui a droit à la protection et à la sécurité¹. C'est pourquoi, de tout temps, le débat se polarise autour de la valeur de la détention provisoire. Présentée par certains comme « *la marque du totalitarisme d'Etat* »², la détention d'une personne au cours de son procès est aussi considérée comme une mesure de sécurité et une garantie de l'exécution de la décision à intervenir³. Malgré cette divergence de vue, la détention des personnes en attente de jugement est une institution bien ancrée dans les droits nationaux. Le droit international n'a pas occulté cette dynamique. En consacrant la possibilité de priver un accusé de sa liberté durant le procès, le droit international érige la détention provisoire en une mesure exceptionnelle ; le principe étant la liberté⁴. Cette réglementation a fortement influencé le législateur pénal international au moment de l'adoption du Statut de la cour pénale internationale⁵. Le droit à la sûreté et à la liberté figurent en bonne place parmi les droits aménagés par ce texte. En effet, la personne qui fait l'objet d'une enquête de la cour ne peut être arrêtée ou détenue arbitrairement ; elle ne peut être privée de sa liberté si ce n'est pour les motifs et selon les procédures prévus dans le Statut⁶. De même, la détention des personnes qui attendent de passer en jugement ne saurait être utilisée à des fins punitives⁷, puisque le Statut de la

¹ J.-C. NGNINTEDEM (J.-C.), « La détention provisoire dans le nouveau code de procédure pénale camerounais », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, 2007, p. 112.

² Cour Suprême des USA, *US v. Guadalupe Montaldo-Murillo*, 1990, cité par PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, p. 497, par. 360.

³ HELIE (F.), *Traité de l'instruction criminelle*, Tome IV, 2^e édition, 1966, cité par NGNINTEDEM (J.-C.), *op. cit.*, p. 113.

⁴ L'art. 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose à ce propos que « *Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé* ». L'art. 9 par. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est plus précis sur la question lorsqu'il dispose que « *la détention des personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être la règle* ». Il en est de même de la 3^e Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre dont l'art. 95 limite la détention provisoire aux seuls cas où la même mesure est applicable aux membres des forces armées de la puissance détentricrice ou si l'intérêt de la sécurité nationale l'exige. A la suite de ces textes à vocation internationale, la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5 par. 1^{er}), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 7 par. 2) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 6) entérinent la possibilité de priver de liberté des individus en attente de leur procès.

⁵ Aux termes de l'art. 21 par. 3 du Statut de la cour, « *l'application et l'interprétation [des instruments juridiques de la cour pénale internationale] doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus* ».

⁶ Art. 55 par. 1(d) Statut CPI.

⁷ CPI, Chambre préliminaire II, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la mise en liberté provisoire et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République

cour aménage le droit pour toute personne détenue aux fins des enquêtes ou des poursuites, de demander sa mise en liberté provisoire. L'article 60 de ce texte dispose à ce propos que

1. *« Dès que la personne est remise à la cour ou dès qu'elle comparaît devant celle-ci, volontairement ou sur citation, la Chambre préliminaire vérifie qu'elle a été informée des crimes qui lui sont imputés et des droits que lui reconnaît le présent Statut, y compris le droit de demander sa mise en liberté provisoire en attendant d'être jugée.*
2. *La personne visée par un mandat d'arrêt peut demander sa mise en liberté provisoire en attendant d'être jugée. Si la Chambre préliminaire est convaincue que les conditions énoncées à l'art. 58, par. 1, sont réalisées, la personne est maintenue en détention. Sinon, la Chambre préliminaire la met en liberté, avec ou sans conditions.*
3. *La Chambre préliminaire réexamine périodiquement sa décision de mise en liberté ou de maintien en détention. Elle peut le faire à tout moment à la demande du Procureur ou de l'intéressé. Elle peut alors modifier sa décision concernant la détention, la mise en liberté ou les conditions de celle-ci si elle est convaincue que l'évolution des circonstances le justifie.*
4. *La Chambre préliminaire s'assure que la détention avant le procès ne se prolonge pas de manière excessive à cause d'un retard injustifiable imputable au Procureur. Si un tel retard se produit, la Cour examine la possibilité de mettre l'intéressé en liberté, avec ou sans conditions.*
5. *Si besoin est, la Chambre préliminaire peut délivrer un mandat d'arrêt pour garantir la comparution d'une personne qui a été mise en liberté ».*

Il résulte de cette disposition que la culture de la liberté est la philosophie qui a guidé le législateur pénal international. Au nom de la présomption d'innocence, la personne privée de liberté après sa remise à la cour ne peut être maintenue en détention que si certaines conditions sont réunies. La détention revêt de ce fait un caractère exceptionnel. Ce choix de politique criminelle peut surprendre pour plusieurs raisons. D'abord, l'analyse historique de la justice

fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer à des audiences, 14 août 2009, par. 38. Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme, Case of Suarez Rosero v. Ecuador, Arrêt du 12 novembre 1997, par. 77 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, Case of Acosta-Calderon v. Ecuador, Arrêt du 24 juin 2005, par. 75.

pénale internationale révèle que tous les accusés des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo avaient été privés de leur liberté jusqu'au prononcé de la décision sur la culpabilité¹. De même, les tribunaux pénaux internationaux de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda avaient adopté, dans leurs instruments juridiques pertinents, une approche où la liberté provisoire ne pouvait être ordonnée que dans des « *circonstances exceptionnelles* »². Cette règle avait certes subi quelques aménagements au fil du temps³, mais l'application avait donné lieu à l'édification d'une jurisprudence incohérente⁴. Ensuite, la cour pénale internationale opère généralement dans des pays instables, en proie à des conflits armés parfois encore en cours au moment du déclenchement des enquêtes et des poursuites. Enfin, la cour est dépourvue de force de police à son service, pouvant assurer avec efficacité l'exécution de ses décisions concernant l'arrestation et la remise des personnes suspectées de la commission des infractions internationales par nature.

Néanmoins, le choix ambitieux et courageux de la cour pénale internationale d'ériger la détention des personnes en attente de jugement en une mesure exceptionnelle peut se justifier par la volonté de mettre en place un système de justice respectueux des droits de l'homme. L'idée a consisté, bien que la cour est appelée à opérer dans un contexte particulier, à rechercher l'équilibre entre le respect de la liberté individuelle et les nécessités de la répression. La question est donc de savoir si l'aménagement du principe de la liberté posé par le Statut de Rome est satisfaisant. Plus prosaïquement, la philosophie de la liberté chère au législateur pénal international peut-elle efficacement être mise en œuvre à la cour pénale internationale ?

Concrètement, il s'agit d'examiner le régime de la liberté provisoire des personnes poursuivies à la cour pénale internationale. Cet examen se fera à

¹ LA ROSA (A.-M.), *Juridictions pénales internationales, la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, p.85.

² A l'origine, leurs statuts ne traitaient pas de la question de la liberté provisoire. Cette lacune avait été corrigée par les juges dans le Règlement de procédure et de preuve où on pouvait lire que « *La liberté provisoire ne peut être ordonnée par la Chambre de première instance que dans des circonstances exceptionnelles* ». Voir art. 65 RPP TPIY/TPIR dans sa version de 1994.

³ Suppression des « *circonstances exceptionnelles* » dans les règlements de procédure et de preuve du TPIY en 1999 et du TPIR en 2003.

⁴ MULLER (C.), « The law of interim release in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals », *International Criminal Law review*, Vol. 8, 2008, p. 600, cité par DOV (J.), « Commentaire de l'article 60 du Statut de la cour pénale internationale », In FERNANDEZ (J.), PACREAU (X.) (dir.), *Statut de Rome de la cour pénale internationale, commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, p. 6.

l'aune des textes fondateurs de la cour et des développements jurisprudentiels issus de diverses affaires. A la lumière du Statut et du Règlement de procédure et de preuve de la cour, toute personne détenue à titre provisoire peut contester le bien-fondé ou la proportionnalité de sa détention. Elle peut exercer ce droit dès la première comparution devant la Chambre préliminaire ou à un stade ultérieur de la procédure, voire devant la Chambre de première instance¹. Le Statut de la cour va plus loin. D'abord, il enjoint à la Chambre préliminaire de procéder à l'initiative de la défense, du Procureur, voire *proprio motu*², à un examen périodique de sa décision sur la détention de l'individu et de le remettre en liberté en cas d'évolution des circonstances³. Ensuite, le détenu doit être mis en liberté provisoire si la durée de sa détention devient déraisonnable à cause d'un retard injustifiable imputable à l'accusation. Enfin, le détenu peut interjeter appel de la décision rendue dans le cadre du contentieux de la détention⁴. Si le cadre juridique ainsi institué est dominé par la culture de la liberté, chère au droit international des droits de l'homme, il convient tout de même de relever que la mise en œuvre du droit à la liberté peut se heurter à l'approximation des textes

¹ L'art. 61 par. 11 du Statut de la cour dispose : « Dès que les charges ont été confirmées (...), la Présidence constitue une Chambre de première instance qui (...) conduit la phase suivante de la procédure et peut remplir à cette fin toute fonction de la Chambre préliminaire utile en l'espèce ». Voir pour application CPI, Chambre de première instance III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative au réexamen de la détention de Jean-Pierre Bemba Gombo conformément à la règle 118-2 du Règlement de procédure et de preuve, 1^{er} avril 2010.

² Répondant à la question de savoir si l'organe juridictionnel de la cour pouvait examiner de sa propre initiative, la possibilité de remettre le détenu en liberté, la Chambre préliminaire I affirme que « le pouvoir [de la Chambre préliminaire] de réexaminer de sa propre initiative le maintien en détention d'une personne avant son procès lorsque les circonstances l'exigent est un outil nécessaire afin d'exercer dûment ses fonctions de garant en dernier ressort des droits de la défense ». Cf. CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative au pouvoir de la Chambre préliminaire d'examiner de sa propre initiative le maintien en détention de Germain Katanga avant son procès, 18 mars 2008, p. 9.

³ A ce titre, la règle 118 par. 2 du Règlement de procédure et de preuve de la cour dispose que « La Chambre préliminaire réexamine sa décision de mise en liberté ou de maintien en détention (...), au moins tous les 120 jours ; elle peut le faire à tout moment à la demande du détenu ou du Procureur ». La Chambre de première instance III a jugé dans l'affaire le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo que l'examen périodique de l'art. 60 par.3 du Statut s'applique *mutatis mutandis* pendant la phase du procès, en vertu de l'art. 61 par. 11 du Statut. Voir CPI, Chambre de première instance III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative au réexamen de la détention de Jean-Pierre Bemba Gombo conformément à la règle 118-2 du Règlement de procédure et de preuve, op. cit., par. 25.

⁴ Aux termes de l'art. 82 par. 1 (b) du Statut de la cour, l'une ou l'autre partie peut faire appel, conformément au Règlement de procédure et de preuve de la « décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites ».

et aux errements de la jurisprudence, conduisant à l'incertitude du principe de la liberté des personnes en attente de jugement (I) à la cour pénale internationale. Dans ces conditions, l'édification d'une justice pénale internationale compatible avec les droits humains passe inlassablement par la densification de la culture de la liberté des personnes en attente de leur procès (II).

I- L'incertitude du principe de la liberté des personnes en attente de jugement

La justice pénale internationale consacre la responsabilité individuelle des personnes qui ont commis les crimes abhorrables. Sa légitimité est tributaire de la protection qu'elle accorde à la présomption d'innocence et son corollaire, le droit à la liberté de l'individu pendant son procès. Bien que le Statut de la cour pénale internationale et le Règlement de procédure et de preuve fassent de l'exceptionnalité le principe directeur de la détention provisoire¹, l'analyse des textes et l'étude à la jurisprudence mettent en exergue le raidissement des modalités de mise en œuvre du principe de la liberté des personnes en attente de jugement. Si une personne privée de liberté a le droit de contester sa détention devant l'organe juridictionnel, il reste que les règles du contentieux de la détention sont inadaptées (A). De même, la situation de l'organe juridictionnel cristallise toutes les attentions puisque le contrôle qu'il exerce sur la détention n'est pas satisfaisant (B).

A- L'inadaptation des règles du contentieux de la détention

L'arrimage de la justice pénale internationale aux droits humains permet à une personne privée de liberté, d'introduire un recours devant l'organe juridictionnel, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention. Cette légalité repose sur des critères statutaires qui encadrent et limitent le pouvoir discrétionnaire du juge. L'individu est donc *a priori* protégé contre les détentions arbitraires. Toutefois, les modalités de mise en œuvre peuvent être un obstacle à l'éclosion du droit à la liberté consacré par le Statut. En effet, le contentieux de la détention repose sur le critère de « *motifs raisonnables de croire* » que l'individu

¹ DOV (J.), op. cit., p. 1 ; PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, op. cit., par. 60.

a commis un crime relevant de la compétence de la cour, lequel n'est pas adapté à cette procédure (1). De même, la mise en œuvre du contentieux de la détention altère significativement la présomption d'innocence.

1- L'inadaptation du critère de « motifs raisonnables de croire » au contentieux de la détention

Aux termes de l'art. 60 par. 2 du Statut de la cour pénale internationale, toute personne détenue peut demander sa mise en liberté provisoire en attendant d'être jugée. La requête adressée à la Chambre préliminaire est appréciée conformément aux conditions énoncées à l'art. 58 par. 1 du Statut. Or, ce paragraphe renvoie aux conditions de délivrance du mandat d'arrêt. En effet, l'alinéa a) dudit paragraphe dispose clairement qu'à tout moment après l'ouverture d'une enquête, la Chambre préliminaire délivre, sur requête du Procureur, un mandat d'arrêt contre une personne si, après examen de la requête et des éléments de preuve ou autres renseignements reçus, elle est convaincue «*qu'il y a des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour* ». Le critère d'appréciation de la nécessité de la mise en liberté en vertu de l'art. 60 par. 2 du Statut est identique à celui énoncé à l'art. 58 par. 1 du même texte¹, lequel est l'un des fondements à la délivrance du mandat d'arrêt. En conséquence, pendant le contentieux de la détention, si cette condition fondamentale de délivrance du mandat d'arrêt est remplie, l'individu en cause est maintenu en détention. Dans le cas contraire, il est mis en liberté avec ou sans conditions. Cependant, le critère de « *motifs raisonnable de croire* » est inapproprié au contentieux de la détention pour au moins deux raisons.

D'une part, l'appréciation du bien-fondé de la mise en liberté à la lumière de la condition ayant conduit à l'émission du mandat d'arrêt ne se justifie pas en théorie. En suivant la logique du législateur pénal international, pour justifier le maintien en détention, le Procureur doit démontrer que l'individu a commis un crime relevant de la compétence de la cour. Pour cela, il doit produire des

¹ Voir dans ce sens, CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée «*Décision sur la demande de mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo* », Opinion individuelle du juge Georghios Pikis, 13 février 2007, par. 10.

preuves à l'appui des charges. Dans ces conditions, l'on attend de la défense qu'elle conteste les charges retenues par le Procureur. Cette discussion sur les charges nous semble prématurée et mal venue au cours d'un contentieux de la détention, dont l'objet n'est pas de démontrer qu'un crime relevant de la compétence de la cour a été commis, mais d'évaluer les risques que comporte la mise en liberté de l'individu sur la suite de la procédure et la poursuite d'un dessein criminel.

En effet, si l'on confère à l'individu le droit de contester les charges au cours du contentieux de la détention, c'est-à-dire bien avant la tenue de l'audience de confirmation des charges, ce n'est plus seulement la détention qui est contestée, mais les poursuites dans leur ensemble. Logiquement, si le détenu rapporte la preuve de l'absence de « *motifs raisonnables de croire* » qu'il a commis un crime relevant de la compétence de la cour, les motifs ayant justifiés son arrestation feraient défaut et c'est tout le dossier de l'accusation qui serait remis en cause¹. Il est clair qu'une telle démonstration à ce stade devrait militer en faveur de l'arrêt des poursuites, plutôt que de conduire à la liberté provisoire².

D'autre part, l'hypothèse d'une décision de mise en liberté provisoire fondée sur l'inexistence de « *motifs raisonnables de croire* » est difficilement envisageable dans la pratique. L'examen des affaires montre qu'il suffit au Procureur de se référer à la décision de délivrance du mandat d'arrêt pour justifier le maintien en détention³. Cette démarche malicieuse est d'ailleurs approuvée par l'organe juridictionnel comme le démontre à suffisance la jurisprudence de la cour. En effet, examinant le bien-fondé de la détention de Jean-Pierre Bemba Gombo, la Chambre préliminaire III note que « *Les motifs raisonnables de croire que monsieur Jean-Pierre Bemba a commis les crimes relevant de la compétence de la cour sont détaillés de façon exhaustive dans la*

¹ LA ROSA (A.-M.), op. cit., p. 87.

² DOV (J.), op. cit., p. 11.

³ Ce fut le cas dans l'affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Dans sa réponse à la demande de mise en liberté provisoire, le Procureur a affirmé que les motifs raisonnables de croire que Thomas Lubanga Dyilo a commis un crime relevant de la compétence de la cour sont détaillés dans le mandat d'arrêt émis par la Chambre préliminaire et que depuis lors, ces motifs n'ont pas changé. Cf. CPI, Bureau du Procureur, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Réponse du Procureur à la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 9 octobre 2006, par. 10. Voir aussi CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « *Décision sur la demande de mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo* », 13 février 2007, par. 127.

décision [de délivrance du mandat d'arrêt] du 10 juin 2008 »¹. C'est donc tout naturellement que le juge a conclu au maintien en détention. Le même raisonnement sera reproduit le 16 décembre 2008 à l'occasion du réexamen de cette décision de maintien en détention². Le 13 juillet 2012, la Chambre préliminaire I est parvenue à la même conclusion dans l'affaire le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo en observant que « *Concernant la condition visée à l'article 58-I-a du Statut, le juge unique rappelle les conclusions de la décision relative à la délivrance d'un mandat d'arrêt* »³.

Par ailleurs, le seuil de « *motifs raisonnables de croire* » est la norme d'administration de la preuve la plus faible du Statut puisqu'elle opère pendant les enquêtes et justifie la délivrance du mandat d'arrêt. Ce seuil est inférieur à celui de « *motifs substantiels de croire* » qui justifie la confirmation des charges. L'inconvénient de l'application du critère de « *motifs raisonnables de croire* » au contentieux de la détention réside alors dans le fait qu'une fois les charges confirmées, on voit mal comment cette exigence ne serait plus remplie au stade du procès alors qu'il est admis que l'accusé peut bénéficier de la liberté provisoire devant la Chambre de première instance. Cette analyse est confortée par le raisonnement du juge dans l'affaire opposant le Procureur à Thomas Lubanga Dyilo. En l'espèce, la Chambre de première instance I s'est référée à la conclusion de la Chambre préliminaire I selon laquelle « *Il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Thomas Lubanga Dyilo est responsable, en qualité de coauteur, des chefs d'enrôlement et de conscription d'enfants de moins de 15 ans dans les FPLC et du fait de les avoir fait participer activement à des hostilités* »⁴. C'est pourquoi la Chambre a conclu qu'elle

¹ CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire, 20 août 2008, par. 52.

² CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire, 16 décembre 2008, par. 34.

³ CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, Décision sur la demande de mise en liberté provisoire du Président Gbagbo, 13 juillet 2012, par. 53. Voir aussi CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 18 octobre 2006, p. 6 ; CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative aux conditions de détention de Germain Katanga, 21 avril 2008, p. 7.

⁴ CPI, Chambre de première instance I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision réexaminant la décision de maintenir Thomas

« continue d'estimer que l'existence de « motifs raisonnables de croire », telle qu'exigée à l'article 58-1-a, est constituée en l'espèce »¹.

On le voit bien, l'évaluation de la possibilité de mettre un individu en liberté provisoire en se fondant sur l'existence de « motifs raisonnables de croire », critère de délivrance du mandat d'arrêt, est manifestement inappropriée. Ce choix du législateur pénal international peut surprendre puisque les différents projets et rapports des comités préparatoires n'envisageaient pas cette solution² dont l'application peut altérer la présomption d'innocence.

2- L'altération de la présomption d'innocence dans le contentieux de la détention

Ordinairement, la présomption d'innocence permet de déterminer la charge de la preuve en matière pénale. En effet, c'est à celui qui déclenche les poursuites que revient la charge de prouver les faits qui leur servent de base³. En érigeant la détention en règle, les juges des tribunaux pénaux internationaux avaient institué un système duquel découlait le retournement de la charge de la preuve. Plutôt que d'exiger du Procureur de justifier le maintien en détention, le

Lubanga Dyilo en détention rendue par la Chambre de première instance en application de la règle 118-2, 1^{er} février 2008, par. 9.

¹ Ibidem. Dans la décision de réexamen du maintien en détention du 29 mai 2008, la Chambre de première instance I parvient à la même conclusion en déclarant qu'elle « est d'avis que la condition fixée à l'article 58-1-a, selon lequel il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que la personne concernée a commis un crime relevant de la compétence de la cour, est remplie ». Voir dans ce sens CPI, Chambre de première instance I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision relative au réexamen de la décision de maintien de Thomas Lubanga Dyilo en détention en vertu de la règle 118-2, 29 mai 2008, par. 13.

² Le Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale prévoyait qu'une personne pouvait demander à la Présidence sa mise en liberté provisoire qui pouvait être accordée si la comparution pouvait être assurée. Voir Art. 29 par. 2 du Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, Annuaire de la Commission du droit international, 1994, Vol. II, p. 52). Pour sa part, le Rapport du Comité préparatoire à l'établissement d'une Cour criminelle internationale proposait que la liberté provisoire soit accordée au suspect s'il s'engage à comparaître, à ne pas faire obstacle à l'enquête et à ne pas continuer la commission de crimes relevant de la compétence de la Cour. Voir dans ce sens Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations-Unies pour la création d'une cour pénale internationale, A/CONF.183/13, Vol. III, 2002, p. 49.

³ LEROY (J.), *Procédure pénale*, Paris, LGDJ, 2019, p. 190.

système imposait à l'accusé de prouver qu'il satisfait aux conditions de mise en liberté provisoire.

Le choix des rédacteurs du Statut de la cour pénale internationale, de reléguer la détention au régime de l'exception, emporte-t-il un changement de paradigme relativement à la charge de la preuve ? Le *corpus juris* de la cour entretient le mutisme sur cette question. Cependant, en vertu du Statut de la cour, il incombe au Procureur, en application du principe de la présomption d'innocence, de prouver la culpabilité de l'accusé¹. On peut déduire du même principe que c'est le Procureur qui doit justifier le maintien en détention ; puisque c'est lui qui a sollicité et obtenu l'arrestation de l'intéressé². Si certaines décisions de la cour semblent aller dans ce sens³, l'examen de la jurisprudence montre que la réalité est un peu plus complexe.

En effet, dans le contentieux de la détention, le Procureur soutient très souvent que c'est à la défense de prouver qu'il n'existe pas de « *motifs raisonnables* » de croire que l'individu en cause a commis un crime relevant de la compétence de la cour. Ce fut le cas dans l'affaire Thomas Lubanga Dyilo où il a fait valoir que « *la Chambre préliminaire avait conclu dans la décision relative au mandat d'arrêt que ces motifs [raisonnables de croire] existaient, que les circonstances n'avaient pas évolué et que l'appelant n'avait avancé aucun*

¹ Art. 66 par. 2 Statut CPI.

² L'art. 58 par. 1 dispose en effet qu' « *A tout moment après l'ouverture d'une enquête, la Chambre préliminaire délivre, sur requête du Procureur, un mandat d'arrêt contre une personne (...), après examen de la requête et des éléments de preuve ou autres renseignements fournis par le Procureur* ».

³ Dans l'affaire le Procureur c. Germain Katanga, par une interprétation de l'article 60 paragraphe 2 du Statut de la cour, la Chambre préliminaire I a jugé qu'« *il incombe à l'accusation de prouver que les conditions énoncées à l'article 58-1 du Statut continuent d'être remplies durant la détention d'une personne avant son procès* ». Cf. CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo, Décision relative au pouvoir de la Chambre préliminaire d'examiner de sa propre initiative le maintien en détention de Germain Katanga avant son procès, 18 mars 2008, p. 8. Voir aussi CPI, Chambre d'appel, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Laurent Koudou Gbagbo contre la décision rendue le 13 juillet 2012 par la Chambre préliminaire I, intitulé « *Décision relative à la requête de la défense demandant la mise en liberté provisoire du Président Gbagbo* », 26 octobre 2012, par. 56 ; CPI, Chambre d'appel, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo et Charles Blé Goudé, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance I en application de l'article 81-3-c-i du Statut, 1^{er} février 2019, par. 1.

argument réfutant les conclusions de la Chambre préliminaire à cet égard »¹. De facto, la charge de la preuve pèse en grande partie sur la défense. Or, le Procureur est appelé, dans le contentieux de la détention, à produire de nouveaux éléments de preuve pour justifier le maintien en détention.

Par ailleurs, alors que le rôle de gardien des libertés individuelles lui impose de réexaminer le critère de « *motifs raisonnables* », sur la base de nouveaux éléments de preuve, le juge a tendance à passer outre cette formalité, dispensant au passage le Procureur de la charge de la preuve. C'est dans ce sens que la Chambre préliminaire III s'est prononcée à l'occasion de l'examen de la demande de mise en liberté de Jean-Pierre Bemba Gombo. En l'espèce, sans toutefois demander à l'accusation de rapporter la preuve que l'intéressé a bien commis un crime relevant de la compétence de la cour, la Chambre souligne que la défense n'a pas rapporté la preuve que les raisons ayant motivées le mandat d'arrêt ont changé². Cette position du juge sera d'ailleurs remise en cause par le juge Georghios Pikis qui observe que « *d'après le juge unique, la décision de la Chambre préliminaire de délivrer le mandat d'arrêt fonde en soi le maintien en détention de Jean-Pierre Bemba, à moins que la personne arrêtée ne réfute les conclusions formulées par la Chambre dans sa décision du 10 juin 2008[décision de délivrance du mandat d'arrêt]. Le Procureur n'a par conséquent pas besoin de présenter à la Chambre préliminaire saisie d'une requête formulée au titre de l'article 60-2 du Statut d'autres preuves ou pièces que la décision portant mandat d'arrêt elle-même* »³. Il ajoute qu'en vertu du raisonnement de la Chambre « *ce n'est pas à l'accusation d'établir et de justifier la prorogation de la détention de*

¹ Voir dans ce sens, CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision sur la demande de mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo », op. cit., par. 127. Voir aussi CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga, Observations du Procureur sur la demande de mise en liberté provisoire de Germain Katanga, 3 mars 2008, par. 20 ; CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Réponse du Procureur à la demande de mise en liberté provisoire, op. cit., par. 10.

² CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire, op. cit., par. 52.

³ CPI, Chambre d'appel, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision de la Chambre préliminaire III intitulée « Décision relative à la mise en liberté provisoire », Opinion dissidente du juge Georghios Pikis, 16 décembre 2008, par. 3.

la personne arrêtée, mais que c'est à cette dernière qu'il incombe de justifier sa mise en liberté »¹.

Au-delà des « motifs raisonnables », la présomption d'innocence est aussi altérée dans l'appréciation des autres critères de maintien en détention. En effet, aux termes de l'art. 58 par. 1 (b) du Statut, auquel l'article 60 par. 2 du même texte fait référence, le maintien en détention doit apparaître « *nécessaire pour garantir*

- i) *que la personne comparâtra;*
- ii) *qu'elle ne fera pas obstacle à l'enquête ou à la procédure devant la cour, ni n'en compromettra le déroulement ; ou*
- iii) *le cas échéant, qu'elle ne poursuivra pas l'exécution du crime dont il s'agit ou d'un crime connexe relevant de la compétence de la cour et se produisant dans les mêmes circonstances ».*

Cette disposition, qui complète le cadre juridique des conditions de détention provisoire, porte, au moins partiellement, atteinte au principe de la présomption d'innocence. En effet, l'objectif qui tend à éviter à une personne de poursuivre l'exécution du crime n'est pas compatible avec la présomption d'innocence ; puisqu'il repose d'une part, sur le postulat que l'inculpé a commis les faits et, d'autre part, sur l'effet de neutralisation et de répression recherché à travers sa mise à l'écart immédiate². En effet, poursuivre l'exécution du crime ou y mettre fin suppose que les faits pour lesquels la procédure est engagée sont avérés. A l'évidence, un innocent n'interrompt pas le cours de l'infraction puisque, par définition, il n'en a commis aucune³. De même, dans l'affaire Jean-Pierre Bemba Gombo, plutôt que de rapporter des éléments de preuve pour justifier le risque de fuite, le Procureur a soutenu devant la Chambre d'appel que l'appelant n'a pas produit la preuve concrète de son intention de se rendre⁴.

Comme on peut le voir, le contentieux de la détention est marqué par le retournement de *l'onus probandi*, toute chose qui contraste avec la volonté

¹ Ibidem, par. 5.

² PINEL (V.), *La détention provisoire et son impact sur les droits des justiciables*, Mémoire de Maîtrise en droit, Université de Laval, 2019, p. 46.

³ FARTHOUAT (J.-R.), « La présomption d'innocence », *Justices*, n°10, p. 55.

⁴ CPI, Chambre d'appel, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision de la Chambre préliminaire III intitulée « décision relative à la mise en liberté provisoire », op. cit., par. 49.

exprimée par le législateur pénal international, qui reconnaît à l'accusé le droit de ne pas se voir imposer le renversement du fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation¹. On en déduit que la présomption d'innocence est affaiblie dans le contentieux de la détention ; d'où la question de savoir si le contrôle de la détention provisoire peut être satisfaisant.

B- Le contrôle insatisfaisant de la détention provisoire

Malgré le principe de la liberté posé par le législateur pénal international, le contrôle que le juge exerce sur la détention provisoire est loin d'être satisfaisant. L'étude des textes et de la jurisprudence de la cour pénale internationale permet de réaliser que l'on est en train de passer « *d'une justice de liberté à une justice de sûreté* »². Ce constat est lié au mutisme du législateur sur la possibilité de contester la légalité de l'arrestation lors du contentieux de la détention (1) et à l'interprétation réductrice des textes par le juge (2).

1- Le mutisme du législateur sur la question de la légalité de l'arrestation soulevée au cours du contentieux de la détention

Le droit à la liberté est un droit fondamental de l'individu. C'est pourquoi, pour être acceptable, toute privation de liberté doit se faire dans les conditions et selon les formes prévues par la loi. Si la cour pénale internationale assure la supervision générale de la procédure d'arrestation des suspects, le Statut et le Règlement de procédure et de preuve entretiennent le mutisme sur la possibilité, pendant le contentieux de la détention, de contester la régularité de cette opération.

En réalité, la procédure d'arrestation, antérieure à la remise du suspect à la cour, est conduite par l'Etat requis. Ce sont donc les autorités nationales qui procèdent à l'arrestation du suspect, avant d'organiser sa remise à la cour ; d'où l'intérêt d'exercer un contrôle sur la régularité de cette opération. Il ressort des dispositions statutaires relatives à la coopération entre la cour et les Etats parties que ce contrôle relève directement de la compétence des autorités nationales

¹ Art. 67 par. 1^{er} (i) Statut CPI.

² ABESCAT (M.), « Robert Badinter : on passe d'une justice de liberté à une justice de sûreté. C'est inquiétant », *Télérama*, 2009, cité par PINEL (V.), op. cit., p. 2.

de l'Etat de détention¹. Même si la Chambre préliminaire I a indiqué que « *cela [le contrôle des autorités nationales] n'empêche pas la Chambre de conserver une certaine compétence afin de contrôler la manière dont les autorités nationales interprètent et appliquent la législation nationale* »², il reste que cela n'apparaît pas clairement dans le Statut de la cour.

L'analyse des textes révèle que l'appréciation de la légalité de l'arrestation intervient davantage dans le cadre de la procédure d'indemnisation « *des personnes arrêtées ou condamnées* »³. Cette analyse est confortée par la Chambre de première instance V de la cour pénale internationale⁴. Or, la procédure d'indemnisation n'est ouverte qu'aux personnes libérées à la suite d'une décision d'acquiescement ou de condamnation ultérieurement annulée.

Le mutisme des instruments juridiques de la cour pénale internationale sur la question du contrôle de la légalité de l'arrestation, alors que la personne poursuivie est encore en détention, peut surprendre. Au-delà de l'examen préliminaire de l'arrestation et de la détention relevant de la compétence des autorités nationales, le Projet de Statut d'une cour criminelle internationale prévoyait que « *Toute personne arrêtée peut demander à la Présidence [de la cour] de vérifier la régularité de son arrestation ou de sa détention. Si la présidence décide que l'arrestation ou la détention était irrégulière, elle ordonne la mise en liberté de l'accusé et peut lui accorder réparation* »⁵. A travers cette disposition, le Projet accordait au suspect de meilleures garanties d'une procédure équitable, en lui permettant, alors qu'il est encore en détention, de demander sa mise en liberté définitive, en raison des irrégularités ayant entachées son arrestation. Cette procédure, qui pouvait être mise en œuvre à tout moment, n'a pas été consacrée dans la version définitive du Statut de la cour pénale internationale. En conséquence, lorsque le suspect conteste la légalité de

¹L'art. 59 par. 2 du Statut de la cour dispose que « *Toute personne arrêtée est déférée aussitôt à l'autorité judiciaire compétente de l'Etat de détention qui vérifie, conformément à la législation de cet Etat : a) que le mandat vise bien cette personne ; b) que celle-ci a été arrêtée suivant une procédure régulière ; et c) que ses droits ont été respectés* ».

² CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision sur l'exception d'incompétence de la cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 3 octobre 2006, p. 5.

³ Art. 85 Statut CPI ; Chapitre 10 RPP/CPI.

⁴ ICC, Trial Chamber V, Situation in the Republic of Kenya, The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on application for a ruling on the legality of the arrest of Mr Dennis Ole Itumbi, 19 November 2012, par. 1.

⁵ Art. 29 par. 3 Projet de Statut d'une cour criminelle internationale adopté par la Commission du droit international en 1994.

son arrestation lors du contentieux de la détention, les juges hésitent parfois à statuer sur la question. Ainsi, dans l'affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, la Chambre d'appel a souligné que « *la Cour n'est pas censée connaître en appel de la décision de l'autorité judiciaire congolaise. Son rôle est de s'assurer que la procédure prévue en droit congolais a été dûment appliquée et que les droits de la personne arrêtée ont été respectés* »¹. Ce raisonnement du juge montre que si le contrôle du juge pénal international sur la légalité de l'arrestation peut exister, il est limité. C'est dans ce sillage que la Chambre préliminaire III a jugé que les questions concernant la régularité de l'arrestation et de la détention au niveau national relèvent de la compétence des autorités nationales, mieux outillées pour les traiter².

Quoi qu'il en soit, la limitation, pendant le contentieux de la détention, du contrôle de la cour sur la procédure antérieure à la remise du suspect constitue un net recul par rapport aux tribunaux pénaux internationaux. La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda avait fait droit à la requête du détenu Jean-Bosco Barayagwiza et ordonné sa libération inconditionnelle et immédiate au regard des irrégularités ayant entouré son arrestation et sa détention au Cameroun³. Cette décision contraste avec la pratique de la cour pénale internationale qui se caractérise l'interprétation restrictive des textes dans le contentieux de la détention.

2- L'interprétation réductrice des textes par le juge

Bien que le Statut de Rome pose le principe de la liberté, la pratique de la cour pénale internationale a tendance à ériger la détention en règle, reléguant la liberté au régime de l'exception. Cette pratique résulte de l'interprétation

¹ CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, 14 décembre 2006, par. 41.

² ICC, Pre-Trial Chamber III, Situation in the Central Africa Republic, the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, decision on interim release, 20 august 2008, op. cit. par. 42.

³ Au rang de ces irrégularités, la Chambre d'appel avait noté la violation du droit du suspect d'être rapidement informé des charges retenues contre lui lors de sa première détention au Cameroun et la violation du droit au délai raisonnable en raison de ce que la détention du suspect au Cameroun avant son transfèrement au siège du tribunal avait connu un retard injustifié imputable au Procureur. Voir TPIR, Chambre d'appel, Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza, 3 novembre 1999, par. 100 et 101. Voir aussi TPIR, Chambre d'appel, Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze c. le Procureur, arrêt du 28 novembre 2007, par. 22.

réductrice des textes par les juges. Alors que le Statut indique clairement que l'application et l'interprétation du Statut doivent être conformes au droit international des droits de l'homme¹, les juges procèdent généralement à une interprétation *in abstracto* des textes.

En effet, réagissant à la non-divulgation à la défense du mandat d'arrêt et d'autres documents en possession du Procureur, la Chambre préliminaire III relève dans la décision relative à la demande de mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo que le mandat d'arrêt et nombre de documents avaient été rendus accessibles au public et *a fortiori* à la défense². Ce raisonnement du juge préliminaire sera approuvé par les juges d'appel qui observent que « *même si elle [la défense] ne dispose pas encore de tous les éléments à communiquer, une personne peut vouloir présenter des arguments concernant une mise en liberté provisoire pour qu'une décision soit prise rapidement. Dès que l'appelant aurait reçu tous les éléments devant lui être communiqués, il serait en droit de demander de nouveau à être mis en liberté provisoire, ce qui lui permettrait de présenter alors tous ses arguments* »³. En conséquence, la Chambre d'appel conclut qu'elle « *n'est pas convaincue que la Chambre préliminaire a commis une erreur en se prononçant sur la demande de mise en liberté provisoire alors que l'appelant n'avait pas reçu tous les documents et éléments de preuve concernant les motifs de sa détention* »⁴. Cette lecture des juges est manifestement réductrice dans la mesure où elle remet en cause le droit du détenu d'« *être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement* »⁵. Ce droit qui constitue l'une des exigences du procès équitable se matérialise par la remise du mandat d'arrêt à la défense et la divulgation des preuves du Procureur. Cela participe à la réalisation de l'égalité des armes et de l'exigence du contradictoire. Ces exigences requièrent, pour être remplies, que la défense puisse avoir accès aux documents essentiels pour

¹ Art. 21 par. 3 Statut CPI.

² CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire, op. cit., par. 41.

³ CPI, Chambre d'appel, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la décision de la Chambre préliminaire III intitulée « Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire », 16 décembre 2008, par. 39.

⁴ Ibidem, par. 40.

⁵ Art. 67 par. 1^{er} (a) Statut CPI. Voir aussi CEDH, Lamy c. Belgique, 30 mars 1989, par. 29 ; CEDH, Nikolova c. Bulgarie, 25 mars 1999, par. 58 ; CEDH, Mooren c. Allemagne, 13 décembre 2007, par. 94 ; CEDH, Laszkiewicz c. Pologne, 15 janvier 2008, par. 77.

contester efficacement la nécessité de sa détention dès sa première comparution devant la cour. En tant que droit fondamental de l'accusé, la divulgation des éléments de preuve ne trouve de limite que dans la nécessité de protéger les victimes, les témoins ou des renseignements touchant à la sécurité nationale¹. Toute restriction opérée dans le processus de divulgation, ne s'appuyant pas sur l'un de ces motifs, serait contraire au Statut de la cour.

De même, l'évaluation que l'organe juridictionnel fait des critères de l'art. 58 par. 1 (b) pose un certain nombre de problèmes du point de vue de l'obligation de motivation qui pèse sur le juge. Dans la plupart de ses décisions, la cour a pris en compte certains critères pour évaluer le maintien en détention. Si le risque de fuite est très souvent évoqué, la cour l'apprécie généralement du point de vue de la gravité de l'affaire et *a fortiori* de la longue peine d'emprisonnement à laquelle s'expose l'accusé². Or, la gravité du crime est un critère de recevabilité de l'affaire. En fondant le risque de fuite sur la gravité de l'affaire, ce critère est rempli dès lors que l'on est en présence d'un crime relevant de la compétence de la cour. C'est pourquoi, dans la quasi-totalité des cas, la personne privée de liberté est maintenue en détention malgré les assurances verbales données relativement à sa comparution.

Au-delà de la gravité de l'affaire, la cour justifie très souvent le risque de fuite par la situation politique passée et présente du détenu, ses contacts, ses antécédents financiers et professionnels, sans toutefois asseoir son raisonnement sur un quelconque élément de preuve³. Il en est de même du risque d'obstruction à la justice à travers de probables pressions sur les témoins et les victimes⁴. Pourtant, en vertu de la règle de l'interprétation *in concreto*, le juge

¹ Art. 57 par. 2 (c) Statut CPI. Voir aussi art. 54 par. 3 (e) Statut CPI.

² CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, Décision relative à la requête de la défense demandant la mise en liberté provisoire du Président Gbagbo, op. cit., par. 56. En l'espèce, le juge unique de la Chambre préliminaire « *considère que la gravité des charges retenues contre Laurent Gbagbo comme la longue peine d'emprisonnement qu'il encourt en cas de déclaration de culpabilité sont une incitation à prendre la fuite* ».

³ CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire de Mathieu Ngudjolo Chui, op. cit., p. 8.

⁴ CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative aux conditions de maintien en détention de Germain Katanga avant son procès, op. cit., p. 7. Voir aussi CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo,

doit, en toute circonstance, déterminer à l'aide de preuves fiables si le détenu a, par le passé, entrepris des démarches auprès des témoins ou des victimes¹.

Au-delà de l'insuffisance des motifs, l'examen de certaines décisions rendues dans le cadre de la demande de mise en liberté provisoire met souvent en relief la contradiction des motifs. C'est ce qui ressort de la décision de la Chambre préliminaire du 16 décembre 2008. En effet, amené à apprécier le caractère raisonnable de la durée de détention de Jean-Pierre Bemba Gombo, le juge a, dans un premier temps, par une interprétation fidèle à l'esprit du Statut déclaré que *« l'article 60-4 est indépendant de l'article 60-2 dans la mesure où, même si le détenu est incarcéré conformément à l'article 60-2 du Statut, la Chambre préliminaire doit examiner la possibilité de le mettre en liberté en vertu de l'article 60-4 si sa détention avant le procès se prolonge de manière excessive en raison d'un retard injustifiable imputable au Procureur »*². Malgré ces considérations liminaires, le juge unique s'est contredit au moment d'examiner le caractère raisonnable de la durée de la détention de Jean-Pierre Bemba. Il affirme : *« il est très important, lorsque l'on examine le caractère raisonnable de la détention avant procès, d'assurer l'équilibre entre « l'intérêt public », la garantie de la comparution de Jean-Pierre Bemba au procès et la sécurité et la protection des victimes et des témoins et le « principe du respect de la liberté individuelle »*. *Après avoir étudié tous ces facteurs, le juge unique considère que la durée de la détention de Jean-Pierre Bemba avant son procès n'est pas excessive et que, par conséquent, la question du retard injustifiable soulevée par la défense est sans objet »*³. Cette conclusion du juge unique manque d'habileté puisque de jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme⁴, souvent

Décision relative à la requête de la défense demandant la liberté provisoire du Président Gbagbo, op. cit., par. 67.

¹ CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, Décision relative au réexamen de la détention de Laurent Gbagbo en application de l'article 60-3 du Statut de Rome, 12 novembre 2012, par. 58 et 59.

² CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire, op. cit., par. 44. En l'espèce, la Chambre préliminaire reprend la jurisprudence de la Chambre d'appel dans l'affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo. Voir CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, op. cit., par. 120.

³ Ibidem, par. 47.

⁴ CEDH, Wemhoff c. Allemagne, Arrêt du 27 juin 1968, par. 10. Voir aussi CEDH, Bak c. Pologne, Arrêt du 16 janvier 2007, par. 56 ; CEDH, Dudek c. Pologne, Arrêt du 4 mai 2006, Par. 31 ; CEDH, W. c. Suisse, Arrêt du 26 janvier 1993, par. 30.

invoquée par les juges de la cour pénale internationale¹, le caractère raisonnable de la durée de la détention s'apprécie en ayant égard à la complexité de l'affaire et le comportement des protagonistes du débat judiciaire². Cette réticence du juge à accorder la liberté provisoire aux personnes en attente de leur procès est contraire à la philosophie du législateur ; toute chose qui milite en faveur de la densification de la culture de la liberté à la cour pénale internationale.

II- La nécessaire densification de la culture de la liberté des personnes en attente de jugement

Lorsque l'on traite de la question du droit à la liberté à la cour pénale internationale, « *il faut garder à l'esprit le principe fondamental selon lequel la privation de liberté doit être l'exception et non la règle* »³. Malgré cette interpellation du Conseil de Laurent Gbagbo, confortée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴ et certaines décisions des tribunaux pénaux internationaux⁵, l'on note la tendance fâcheuse des juges de la cour pénale internationale à recourir largement à la détention provisoire. Pourtant, la privation de liberté est une mesure extrême. C'est pourquoi le recours à cette mesure doit être limité (A). La liberté provisoire doit être accordée lorsque l'individu mis en cause fournit les garanties de comparution et s'engage à ne pas faire obstruction à la justice. Au-delà de l'intensification de la mise en liberté

¹ CPI, Chambre d'appel, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, op. cit., par. 123 ; CPI, Chambre de première instance I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision relative au réexamen de la décision de maintenir Thomas Lubanga Dyilo en détention au titre de la règle 118-2, 29 mai 2008, par. 11.

² Edel (Frédéric), *La durée des procédures pénales et civiles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, Dossiers sur les droits de l'homme, n°16, p. 39 et suivantes.

³CPI, Chambre d'appel, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Laurent Koudou Gbagbo contre la décision rendue le 13 juillet 2012 par la Chambre préliminaire I, intitulé « Décision relative à la requête de la défense demandant la mise en liberté provisoire du Président Gbagbo », op. cit., par. 19.

⁴ CEDH, Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, Arrêt du 12 avril 2005, par. 396 ; CEDH, Kurt c. Turquie, Arrêt du 25 mai 1998, par. 122.

⁵ TPIY, Chambre de première instance, Le Procureur c. Darko Mrdja, Décision relative à la requête de Darko Mrdja aux fins de mise en liberté provisoire, 15 avril 2002, par. 29 ; SCSL, Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao, Decision on the motion by Morris Kallon for bail, 23 february 2004, par. 25;

provisoire, il convient d'opérationnaliser la réparation de la privation de liberté injustifiée (B) à la cour pénale internationale.

A- L'emploi restrictif de la détention provisoire

L'incarcération d'une personne en attente de jugement est une mesure extrême qui porte atteinte aux libertés individuelles. Même si les instruments relatifs au droit international des droits de l'homme consacrent cette possibilité, cela apparaît comme une mesure de dernier ressort¹. La détention provisoire doit donc être utilisée avec parcimonie, puisque le principe est la liberté. Cette liberté doit cependant tenir compte du contexte dans lequel la cour évolue, à savoir l'absence d'une force de police autonome capable de procéder à l'arrestation de l'accusé. A ce titre, le Règlement de procédure et de preuve de la cour dispose que « *la Chambre préliminaire peut imposer à la personne mise en liberté une ou plusieurs conditions restrictives* »². Ces conditions s'apparentent à une sorte de liberté surveillée³, mesure intermédiaire entre la liberté et la privation de liberté. En clair, il s'agit, dans la pratique de la cour, de substituer la restriction de liberté à la privation de liberté (1). La mise en œuvre effective de cette mesure modérée est cependant tributaire du développement de la coopération étatique (2).

1- La substitution de la restriction de liberté à la privation de liberté dans la pratique de la cour

Les objectifs de représentation et de sauvegarde de la bonne administration de la justice poursuivis par la détention provisoire peuvent aussi être atteints par des mesures moins contraignantes pour les libertés individuelles. A cet égard, s'inscrivant dans la mouvance des instruments internationaux, le Règlement de procédure et de preuve de la cour pénale internationale a prévu des mesures moins énergiques. Ainsi, chaque fois que cela

¹ Les règles minima des Nations-Unies pour l'élaboration des mesures non privatives de liberté relèvent que la détention provisoire « *ne peut être qu'une mesure de dernier ressort dans les procédures pénales* ». Cf. règle 6 par. 1 des Règles de Tokyo. Voir aussi GUERY (Christian), *Détention provisoire*, Paris, Dalloz, Collection répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2019, p. 6.

² Règle 119 par. 1 RPP/CPI.

³ KEUBOU (P.), TALLYNG (S.), « Requiem pour le « *janus* » et renaissance du « *phoenix* » de la magistrature camerounaise », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, 2007, p. 162.

est possible, il faut éviter la mise en détention provisoire et opter pour la diversité des mesures de substitution prévues par le Règlement de procédure et de preuve. La liste des mesures restrictives pouvant être utilisées par l'organe juridictionnel de la cour pénale internationale est imposante.

Certaines restrictions s'appliquent à la liberté de déplacement ; le souci majeur étant d'éviter que l'individu concerné ne prenne la fuite. A ce titre, le bénéficiaire de la liberté provisoire peut être interdit de quitter les limites territoriales ou la résidence déterminée par le juge¹. Il peut aussi être amené à répondre aux convocations de toute autorité ou de toute personne désignée par le juge². Pour annihiler le risque de fuite, le juge peut obliger la personne mise en liberté provisoire à remettre au greffe de la cour ses documents de voyage, notamment son passeport³. Il peut même être demandé au détenu, bénéficiaire de la liberté provisoire de constituer un cautionnement ou toute autre sûreté personnelle ou réelle⁴. Cette mesure est nécessaire pour la protection des victimes en ce que les sommes versées garantissent les réparations qui leur sont dues. Toutefois, le statut d'indigents de la plupart des accusés qui comparaissent à la cour limite la mise en œuvre de cette condition. Une autre difficulté peut résulter de la détermination du montant du cautionnement. A titre d'illustration, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, dans une affaire, jugé que le cautionnement d'un million de marks allemand était insuffisant pour obvier le risque de fuite⁵.

D'autres obligations consistent à une restriction de la vie sociale et professionnelle. Elles s'expriment dans l'interdiction de fréquenter certains lieux⁶. Lorsqu'elle concerne les témoins et les victimes⁷, l'interdiction constitue une mesure de protection de la sécurité publique. Ces obligations s'expriment aussi par l'interdiction de se livrer à certaines activités professionnelles qui peuvent avoir un lien direct ou indirect avec le crime allégué⁸. En réalité, ces interdictions

¹ Règle 119 par. 1 (a) RPP/CPI.

² Règle 119 par. 1 (f) RPP/CPI.

³ Règle 119 par. 1 (h) RPP/CPI.

⁴ Règle 119 par. 1 (g) RPP/CPI.

⁵ TPIY, Chambre de première instance, Le Procureur c. Blaskic, Ordonnance portant rejet d'une demande de mise en liberté provisoire, 20 décembre 1996.

⁶ Règle 119 par. 1 (b) RPP/CPI.

⁷ Règle 119 par. 1 (c) RPP/CPI.

⁸ La jurisprudence a ainsi interdit à un individu d'assister à des réunions politiques publiques ou privées de son propre parti. Voir cass. crim., 10 mai 1972, Bull n°166, Dalloz, 1972, Somm. 185.

sont guidées par une idée de prévention puisqu'elles tendent à éviter la rechute du délinquant.

L'analyse de la liste des mesures restrictives de liberté prévues par le Règlement de procédure et de preuve permet de réaliser que l'individu faisant l'objet des enquêtes ou des poursuites peut être maintenu à la disposition de la cour à un coût humain minimal. En effet, ces mesures consistent en un contrôle judiciaire qui, sans priver l'individu de sa liberté, le soumettent à des mesures de surveillance visant à garantir qu'il comparaitra, qu'il ne fera pas obstacle à l'enquête et à la procédure devant la cour, ni n'en compromettra le déroulement et qu'il ne poursuivra pas l'exécution du crime pour lequel il est poursuivi ou un crime connexe relevant de la compétence de la cour. Ces objectifs sont identiques à ceux prévus pour la détention provisoire. Cependant, les mesures de contrôle judiciaire prévues par le Règlement de procédure et de preuve poursuivent un but qui va au-delà de celui de la détention provisoire. Il s'agit en effet de laisser à l'individu un maximum de liberté compatible avec la nécessité de parvenir à la manifestation de la vérité et le maintien de l'ordre public¹.

Lorsqu'elle impose des obligations restrictives de liberté, l'organe juridictionnel peut les modifier à tout moment². De même, en cas de non-respect par l'intéressé des obligations qui lui étaient imposées, le juge peut délivrer contre lui un mandat d'arrêt à la demande du Procureur ou de sa propre initiative³.

Il convient cependant de regretter que cette prévision réglementaire fait, pour l'instant, l'objet d'une application timorée par l'organe juridictionnel de la cour pénale internationale. Ce constat s'explique dans un contexte marqué par la rareté des décisions ordonnant la liberté provisoire. Certes, la cour a, dans sa décision relative à la liberté provisoire du 14 août 2009, assortie la libération de Jean-Pierre Bemba Gombo de conditions « à préciser »⁴. Mais, le juge unique a par la suite ordonné un sursis à la mise en œuvre de cette décision en attendant

¹ BOULOC (B.), *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2008, p. 658.

² L'organe juridictionnel peut le faire à tout moment à la requête de l'intéressé, du Procureur ou de sa propre initiative. Cf. règle 119 par. 2 RPP/CPI.

³ Règle 119 par. 4 RPP/CPI ; art. 60 par. 5 Statut CPI.

⁴ En l'espèce, le juge unique affirme : « *rappelant que la décision de maintenir une personne en détention ou de la mettre en liberté ne relève pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et conscient que fondamentalement, la privation de liberté doit être l'exception et non la règle, le juge unique décide de mettre Jean-Pierre Bemba en liberté, quoique sous certaines conditions* ». Voir CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision relative à la mise en liberté de Jean-Pierre Bemba Gombo, op. cit., par. 77.

que la Chambre préliminaire « décide quelles conditions imposer à Jean-Pierre Bemba et dans quel pays le libérer »¹. Cette décision de mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba ne sera pas exécutée ; puisqu'elle sera frappée d'appel, avec effet suspensif.

Le dénouement de la situation en Côte-d'Ivoire a permis à l'organe juridictionnel de mettre en œuvre les dispositions réglementaires relatives aux mesures restrictives de liberté. En effet, statuant sur l'opportunité du maintien en détention, pendant la procédure d'appel, de personnes élargies en première instance, la Chambre d'appel déclare : « les faits indiquent suffisamment que s'ils étaient mis en liberté sans condition, Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé pourraient prendre la fuite. Le risque d'évasion identifié peut être atténué par des conditions de mise en liberté »². En conséquence, soulignant l'assentiment des accusés à être soumis à des conditions, la Chambre leur a imposé les mesures restrictives de liberté suivantes : « i) S'engager par écrit à se conformer à toutes les instructions et ordonnances de la Cour, notamment en comparaisant devant la Cour lorsque celle-ci l'ordonnera, et accepter que la procédure d'appel devant la présente Chambre pourrait se poursuivre en leur absence, s'ils ne se présentaient pas devant la Cour après en avoir reçu l'ordre ; ii) Informer la Chambre et l'État qui les accueille de leur adresse et de leurs coordonnées, et demander à la Cour son autorisation avant de changer d'adresse ; iii) Ne pas se déplacer en dehors des limites de la municipalité dans laquelle ils résident dans l'État d'accueil, à moins d'y avoir été expressément autorisés au préalable par la Cour ; iv) Remettre au Greffe toutes les pièces d'identité dont ils disposent, en particulier leur passeport ; v) Se présenter chaque semaine auprès des autorités de l'État d'accueil ou auprès du Greffe ; vi) Ne pas entrer en contact, que ce soit directement ou indirectement, avec un quelconque témoin cité par l'Accusation dans le cadre de cette affaire, ou avec une quelconque personne dont le Procureur leur a révélé qu'elle a été entendue dans le cadre de l'enquête en cours en Côte d'Ivoire, sauf par l'intermédiaire du conseil autorisé à les représenter devant la Cour et conformément aux protocoles applicables ; vii) S'abstenir de toute déclaration publique au sujet de l'affaire, que ce soit directement ou indirectement, ou d'entrer en contact avec le public ou de faire des déclarations

¹ Ibidem, par. 78.

² CPI, Chambre d'appel, Situation en République de Côte d'Ivoire, Le Procureur c. Laurent Koudou Gbagbo et Charles Blé Goudé, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance I en application de l'article 81-3-c-i du Statut, 1^{er} février 2019, par. 60.

à la presse au sujet de l'affaire ; et viii) *Se conformer à toute autre condition raisonnable imposée par l'État dans lequel ils seront libérés* »¹. Les juges ajoutent que « *Si Laurent Gbagbo ou Charles Blé Goudé venait à manquer aux conditions exposées ci-dessus, la Chambre d'appel se ressaisirait de la question* »². Pour le reste, l'actualité autour de cette affaire montre que cette décision juridictionnelle a été efficacement mise en œuvre dans les Etats ayant accepté de recevoir Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé.

Ce précédent montre que la liberté provisoire, assortie de conditions restrictives, peut bien être mise en œuvre à la cour pénale internationale. Cette initiative doit être encouragée. Les législations des Etats parties au Traité de Rome aménagent d'ailleurs, pour leurs justiciables, des mesures restrictives de liberté de substitution à la détention provisoire, qui s'appliquent *ab initio* ou à titre subsidiaire. Contrairement à la procédure pénale nationale, la mise en œuvre de la liberté provisoire dans la procédure pénale internationale dépend de l'étroite collaboration des Etats.

2- Le développement de la coopération étatique : un chaînon indispensable à la mise en œuvre des mesures de restriction de liberté

La coopération étatique est indispensable au bon fonctionnement de la cour pénale internationale. Conformément au Statut, les Etats parties doivent prêter pleinement leur assistance à la cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence³. Ce devoir qui incombe aux Etats innerve toute la procédure. Ainsi, lorsque la mise en liberté est accompagnée de conditions, la coopération des Etats à leur mise en œuvre est incontournable. Pour cela, l'organe juridictionnel engage des consultations préalables auprès des Etats sur le territoire desquels l'individu souhaite être libéré⁴, à l'effet de recueillir leurs avis et obtenir des garanties de contrôle des conditions imposées par la cour. Mais, l'issue des consultations engagées par la cour auprès des Etats est incertaine.

Si certains Etats répondent à la sollicitation de la cour, d'autres, en revanche, restent dans le mutisme. A titre d'exemple, dans le cadre de l'examen

¹ Ibidem.

² Ibidem, par. 61.

³ Art. 86 Statut CPI.

⁴ Règle 118 par. 1 RPP/CPI ; Norme 51 Règlement CPI.

de la demande de mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo, la Chambre préliminaire III a rendu une décision par laquelle elle demandait au Royaume de Belgique, à la République du Portugal et au Royaume des Pays-Bas de présenter leurs observations concernant les conditions qui devraient, le cas échéant, être remplies pour permettre à ces Etats sur le territoire desquels l'accusé demande à être libéré d'autoriser son entrée sur leur territoire¹. Si la Belgique et les Pays-Bas ont répondu à la sollicitation de la cour, le Portugal, pour sa part, n'y a donné aucune suite².

Lorsque les Etats répondent à la sollicitation de de la cour, leurs avis ne sont pas nécessairement favorables. Dans sa décision du 14 avril 2009, la Chambre préliminaire a souligné qu'aucun des Etats dont l'avis a été requis « *ne semble désireux d'accepter le requérant s'il est fait droit à sa demande de mise en liberté provisoire* »³. Par la suite, la Chambre ajoute que la cour « *n'a pas les moyens directs de procéder une nouvelle fois à l'arrestation d'un suspect/accusé qui se serait enfui, et dépend essentiellement de la coopération des États, coopération sans laquelle le procès du requérant pourrait être compromis* »⁴. Elle convoque, à cet effet, l'affaire *Boskoski* dans laquelle la Chambre d'appel du Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie avait décidé que la réticence du gouvernement croate à donner de garanties concernant la comparution de l'appelant au procès, combiné à d'autres facteurs, pesait lourdement en défaveur de sa mise en liberté provisoire⁵.

Dans la décision de mise en liberté provisoire du 14 août 2009, le juge a enjoint aux Etats réticents à accueillir Jean-Pierre Bemba, de compléter leurs observations⁶. Cette interpellation des Etats montre bien que la coopération des Etats est capitale pour l'exécution des décisions de la cour concernant la mise en liberté avec conditions. Dans la même affaire, ce motif a été évoqué par la

¹ CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision invitant au dépôt d'observations concernant la demande de mise en liberté provisoire introduite par la défense, 12 novembre 2008.

² CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision sur la demande de mise en liberté de Jean-Pierre Bemba, 16 décembre 2008, *op. cit.*, par. 9.

³ CPI, Chambre préliminaire III, Situation en République Centrafricaine, Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Décision sur la demande de mise en liberté de Jean-Pierre Bemba, *op. cit.*, par. 48.

⁴ *Ibidem*, par. 49.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, par. 95.

Chambre d'appel pour maintenir le suspect, bénéficiaire de la liberté provisoire, en détention. En effet, la décision de mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba du 14 août 2009 n'a pas été exécutée. Frappée d'un appel suspensif, la Chambre d'appel a jugé que la mise en liberté sous conditions exigeait au préalable d'identifier un Etat d'accueil qui accepte de recevoir l'intéressé et de contrôler le bon déroulement du régime des conditions imposées. Le système de mise en liberté, avant jugement applicable devant la juridiction internationale, était donc tenu en échec par des difficultés pratiques liées à l'indispensable et laborieuse assistance des États.

L'examen de la pratique permet aussi de constater que même dans les cas où une demande de coopération n'est pas nécessaire puisque l'individu en cause possède un titre de séjour, certains Etats sont peu enclins à le recevoir. Ce fut le cas de Monsieur Kabongo, bénéficiaire de la liberté provisoire sans condition dans le cadre des poursuites pour atteinte à l'administration à la justice. Il aurait dû comme Aimé Kilolo Musamba¹, Narcisse Arido et Fidèle Babala Wandu², être libéré sur le territoire de l'Angleterre, Etat pour lequel il justifiait d'un titre de séjour valable. Mais, c'était sans compter sur la réaction immédiate des autorités anglaises qui, dès le lendemain de la décision de mise en liberté provisoire, révoquèrent le visa de l'intéressé avec effet immédiat, paralysant ainsi la mise en œuvre de sa libération³.

En tout état de cause, la coopération des Etats à la mise en œuvre des décisions de la cour pénale internationale doit être développée et encouragée. Pour la rendre effective, le Statut prévoit que les Etats parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération. L'adaptation des législations nationales au Statut de la cour pénale internationale apparaît de ce fait comme un impératif indispensable à la mise en œuvre effective des décisions de la cour relatives à la liberté provisoire, assorties des conditions restrictives⁴. Ces décisions renforcent la culture de la liberté qui peut aussi être recherchée à travers

¹ Principal Conseil de Jean-Pierre Bemba, celui-ci avait été remis en liberté provisoire en Belgique.

² Narcisse Arido avait été mis en liberté en France tandis que Fidèle Babala Wandu avait été libéré sur le territoire de la République Démocratique du Congo.

³ DEPRez (C.), « Premières mises en liberté avant jugement à la cour pénale internationale », Disponible sur le lien www.quidjustice.ca.

⁴ Au demeurant, un Etat ne pourra se prononcer qu'en vertu des conditions prévues par sa législation.

l'opérationnalisation de la réparation des détentions provisoires injustifiées à la cour pénale internationale.

B- L'opérationnalisation de la réparation des détentions injustifiées

Contrairement aux tribunaux pénaux internationaux qui l'ont précédée, la cour pénale internationale pose le principe de l'indemnisation des personnes arrêtées ou détenues illégalement. Le Statut de la cour dispose, en effet, que «

1. *Quiconque a été victime d'une arrestation ou mise en détention illégales a droit à réparation.*
2. *[...]*
3. *Dans des circonstances exceptionnelles, si la Cour constate, au vu de faits probants, qu'une erreur judiciaire grave et manifeste a été commise, elle peut, à sa discrétion, accorder une indemnité conforme aux critères énoncés dans le Règlement de procédure et de preuve à une personne qui avait été placée en détention et a été libérée à la suite d'un acquittement définitif ou parce qu'il a été mis fin aux poursuites pour ce motif »¹.*

Cette disposition du Statut est complétée par le Chapitre 10 du Règlement de procédure et de preuve de la cour. Ces deux textes fixent le cadre juridique de la réparation des arrestations et détentions illégales et des erreurs judiciaires à la cour pénale internationale. Toutefois, la mise en œuvre de la procédure d'indemnisation est laborieuse (1) ; d'où l'impérieuse nécessité de prévoir un mécanisme plus favorable au détenu libéré (2).

1. La laborieuse mise en œuvre de la procédure d'indemnisation

Dans le cadre de la procédure d'indemnisation, le requérant doit adresser une requête à la Présidence dans les six mois qui suivent la décision de la cour

¹ Art. 85 Statut CPI.

le concernant¹. Cette requête indique les motifs sur lesquels elle se fonde et le montant de l'indemnisation auquel prétend le requérant². La requête est transmise au Procureur qui y répond par écrit³. La demande d'indemnisation est examinée par une chambre de trois juges constituée à cet effet par la Présidence. La chambre constituée tient une audience et se prononce à la majorité sur la base des observations du Procureur et du requérant. Lorsqu'elle décide d'octroyer une indemnisation, le montant de celle-ci est fixé en prenant en considération les conséquences de la privation de liberté sur la situation personnelle, familiale, sociale et professionnelle du requérant⁴.

Le cadre juridique de l'indemnisation ci-dessus exposé soulève néanmoins quelques interrogations : d'abord, le législateur a gardé le silence sur certains éléments clés de la procédure. Si l'individu, dont la condamnation définitive a ultérieurement été annulée pour erreur judiciaire, peut prétendre à une indemnisation⁵, les personnes libérées à la suite de la décision de non confirmation des charges ne semblent pas entrer dans le champ d'application personnel du droit à l'indemnisation. Le Statut et le Règlement de procédure et de preuve passent cette question sous silence. Ce mutisme du législateur n'est pas de nature à encourager les justiciables qui se trouvent dans cette situation à demander une indemnisation. Pourtant, le droit à l'indemnisation devrait être ouvert à ces justiciables comme cela est le cas dans certains droits nationaux, dès lors que la procédure d'instruction débouche sur un non-lieu⁶.

De même, si le Règlement de procédure et de preuve souligne que la décision rendue par la chambre chargée d'examiner la demande d'indemnisation doit être communiquée au requérant, ce texte ne renseigne pas sur la possibilité de recours contre ladite décision. Alors, qu'advierait-il si la requête en indemnisation est déclarée non fondée ? De même, qu'advierait-il si le justiciable conteste le montant de l'indemnité à lui alloué ? La décision portant

¹ Règle 173 par. 1 et 2 RPP/CPI.

² Règle 173 par. 4 RPP/CPI.

³ Règle 174.

⁴ Règle 175 RPP/CPI.

⁵ Art. 85 par. 2 Statut CPI.

⁶ L'art. 236 du code de procédure pénale camerounais dispose à cet égard que « *Toute personne ayant fait l'objet d'une garde-à-vue ou d'une détention provisoire abusive peut, lorsque la procédure a abouti à une décision de non-lieu ou d'acquittement devenue irrévocable, obtenir une indemnité si elle établit qu'elle a subi du fait de sa détention un préjudice actuel d'une gravité particulière* ».

sur l'indemnisation ne figure pas dans la liste des décisions susceptibles d'appel¹. S'agit-il d'une omission ou de la volonté du législateur de la soustraire à toute contestation ? Quoi qu'il en soit, le silence du législateur sur cette question est un frein à l'efficacité du droit à l'indemnisation devant la cour. La décision par laquelle la cour statue sur la question de l'indemnisation devrait pouvoir faire l'objet de contestation devant la Chambre l'appel. Cette voie de recours est d'ailleurs ouverte à l'encontre des décisions statuant sur la requête en indemnisation dans les droits nationaux².

Ensuite, le cadre juridique de l'indemnisation pour arrestation et détention illégale prévoit une condition préalable au dépôt de la requête. En effet, la règle 173 par. 2 (a) du Règlement de procédure et de preuve indique clairement que la requête en indemnisation doit être précédée d'une décision de la cour constatant l'illégalité de l'arrestation ou de la détention ou la survenance d'une erreur judiciaire. C'est donc cette décision prise en amont qui fonde l'action en indemnisation. La formulation de la règle 173 par. 2 (a) est imprécise et peut être diversement interprétée. On peut penser que la décision dont il s'agit est celle qui prononce l'acquittement ou même l'arrêt d'appel confirmant l'acquittement. Cette interprétation a été invoquée par le Conseil de Mathieu Ngudjolo dans le cadre de la requête en indemnisation. Elle ne sera pas retenue par la Chambre de première instance II qui optera pour une décision indépendante de celle d'acquittement ; c'est-à-dire une décision entièrement à part, par laquelle la cour statue sur le caractère illégal de l'arrestation ou de la détention. C'est en vertu de cette interprétation que les juges ont affirmé : « *La Chambre note cependant qu'aucune décision de ce type n'est intervenue et que le Conseil n'a pas non plus soumis une demande en vue d'obtenir une telle décision* »³. Poursuivant dans cette logique, les juges ajoutent que « *A aucun moment, le jugement d'appel ne constate l'illégalité de l'arrestation ou de la détention de M. Ngudjolo ni qu'une erreur judiciaire grave et manifeste est intervenue au cours de la procédure à l'encontre de M. Ngudjolo. Dans ce contexte, la Chambre estime qu'un*

¹ Art. 81 Statut CPI. Voir aussi art. 82 Statut CPI.

² C'est le cas en droit camerounais où l'art. 237 par. 8 du code de procédure pénale dispose que « *La Commission [qui examine la requête en indemnisation] statue par décision motivée susceptible d'appel devant la chambre judiciaire de la cour suprême. Cette décision est assimilée à un jugement civil* ». Le paragraphe 9 du même article ajoute que « *Les délais d'appel sont ceux prévus pour le pourvoi en matière civile* ».

³ Voir CPI, Chambre de première instance II, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo, Décision sur la « requête en indemnisation en application de l'article 85 (1) et (3) du Statut de Rome », 16 décembre 2015, par. 15.

acquittement ne saurait en lui-même constituer une erreur judiciaire grave et manifeste au sens de la règle 173-2-c du Règlement. De plus, la Chambre estime qu'une décision d'acquittement ne rend pas automatiquement illégale une arrestation ou une détention »¹. Ce raisonnement qui a conduit au rejet de la demande d'indemnisation², même s'il repose sur des précédents³, semble elliptique dans la mesure où une personne privée de sa liberté pendant de longues années devrait, au cas où elle est acquittée, bénéficier d'une juste réparation. En tout état de cause, l'interprétation des dispositions pertinentes du Statut et du Règlement de procédure et de preuve dans cette affaire est réductrice dans la mesure où elle laisse penser qu'une personne acquittée doit, préalablement à l'action en indemnisation, obtenir de la cour une décision constatant l'illégalité de son arrestation ou de sa détention ; ce qui est irréaliste. Les instruments juridiques de la cour ne donnent d'ailleurs aucune indication sur une telle procédure, tant en ce qui concerne la forme de la demande, son contenu que la question de l'organe compétent et éventuellement les voies de recours.

Enfin, si aux termes de l'art. 85 par. 3 du Statut, le détenu libéré à la suite d'un acquittement définitif peut prétendre à une indemnisation en cas « *d'erreur judiciaire grave et manifeste* », ce motif n'est pas défini par les textes régissant la Cour⁴, ce qui confère au juge une trop grande emprise sur la question⁵ ; d'où l'intérêt d'instituer un mécanisme d'indemnisation plus favorable au détenu libéré.

¹ Ibidem.

² Ibidem, par. 69.

³ La Chambre de première instance II cite notamment l'affaire WBE v. Netherlands où le Comité des Droits de l'homme de l'ONU affirme que « *arrest and pre-trial detention do not automatically become unlawful or wrongly, just because an accused person has been acquitted. The fact that a person has spent time in pre-trial detention and is later acquitted, does not in and of itself render the pre-trial detention unlawful* ». Ibidem, note n°23.

⁴ La Cour européenne des droits de l'homme a défini l'erreur judiciaire grave et manifeste comme « *une mauvaise administration de la justice [englobant] des hypothèses telles que des indications inexactes du juge au jury, des décisions erronées sur la recevabilité des preuves ou des violations des principes de la justice naturelle* ». Cf. CEDH, Granger v. The United Kingdom, 28 mars 1990, par. 26.

⁵ Le par. 3 de l'art. 85 prévoit qu'en cas d'erreur judiciaire grave et manifeste, la cour « *peut* », à sa discrétion accorder une indemnité à une personne qui avait été placée en détention et a été libérée à la suite d'un acquittement définitif. L'emploi du verbe « *pouvoir* » dans cette phrase consacre le pouvoir discrétionnaire du juge.

2. La nécessaire prévision d'un mécanisme d'indemnisation plus favorable au détenu libéré

La réparation des arrestations et détentions illégales est un droit fondamental. Le Pacte international relatif aux droits civils et politique dispose à ce propos que « *Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation* »¹. Bien que ce texte ait été repris par le Statut de Rome, dans les faits, l'on constate que des personnes détenues à titre provisoire pendant de longues années sont remises en liberté sans être indemnisées. Pourtant, ces longues périodes de détention déteignent indubitablement sur leur vie familiale, professionnelle et sociale. De même, pendant la détention, l'accusé vit dans l'incertitude sur son avenir. Le fait de ne pas connaître par avance l'issue de la procédure est porteur des questionnements et des inquiétudes qui peuvent altérer sa santé mentale, impactant sa vie personnelle². Pour toutes ces raisons, la privation de liberté avant jugement cause indiscutablement au justiciable un préjudice qui doit être réparé lorsque la procédure débouche sur la non-confirmation des charges ou sur une décision d'acquiescement.

Pour l'instant, la cour pénale internationale n'a pas encore rendu de décision en faveur de l'indemnisation d'un détenu libéré. En limitant le droit à l'indemnisation aux cas d'erreurs judiciaires graves et manifestes et aux arrestations et détentions illégales, le Statut de Rome s'est voulu trop restrictif. L'effectivité de la réparation des privations de liberté avant jugement passe par un changement de paradigme. Une personne acquittée ou remise en liberté avant la fin du procès devrait avoir un droit inconditionnel à indemnisation. L'exigence d'une arrestation ou d'une détention illégale ou l'exigence d'une erreur judiciaire grave et manifeste constituent de véritables entourloupes juridiques qui annihilent le droit à l'indemnisation. La Chambre de première instance II a indiqué dans l'affaire Mathieu Ngudjolo que « *Il ne saurait y avoir de droit à compensation tant que la détention avant le procès est fondée sur des décisions convenablement motivées, conformes aux dispositions statutaires, dont l'article*

¹ Art. 9 par. 5 PIDCP.

² BRASSARD (V.), *Arrestation et placement en détention avant jugement : points de vue et expériences des justiciables*, Mémoire en vue de maîtrise en droit, Université de Laval, 2012, p. 18. Voir aussi CARBONNIER (J.), *Ecrits*, Paris, Presses Universitaires de France, 1^{ère} édition, 2008, p. 795.

58 du Statut, interprétées de manière compatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus »¹.

Fonder l'action en indemnisation sur l'illégalité de la détention est irréaliste. La terminologie utilisée par le législateur est réductrice, puisque le critère de légalité sera rempli toutes les fois que le juge aura justifié la détention par les conditions de l'article 58 par. 1 du Statut. Or, le simple fait pour un innocent d'être privé de sa liberté d'aller et de venir, pendant de longs mois, constitue un préjudice qui en soi justifie une indemnisation².

Le changement de paradigme consiste à rendre l'indemnisation systématique dès lors que la procédure se termine par l'élargissement de l'accusé. Une fois libéré, ce dernier devrait, sur simple requête, bénéficier de la réparation du préjudice moral ou matériel dont il a souffert en raison de sa privation de liberté. C'est seulement par ce moyen que l'indemnisation peut devenir un véritable droit fondamental, libéré des restrictions statutaires et de la trop grande emprise du juge. Dans ce contexte, la requête du requérant bénéficiaire d'une décision de non-confirmation des charges ou d'acquiescement rendrait l'indemnisation automatique. Pour le reste, le droit inconditionnel à l'indemnisation des personnes mises en liberté à la suite d'une décision de non-lieu ou d'acquiescement devenue définitive est prévu dans certains droits nationaux³.

Conclusion

Au total, la mise en liberté des personnes en attente de jugement représente l'un des défis majeurs de la justice pénale internationale. Si le principe de la liberté posé par le Statut de Rome traduit la volonté du législateur d'arrimer

¹ CPI, Chambre de première instance II, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo, Décision sur la « requête en indemnisation en application de l'article 85 (1) et (3) du Statut de Rome », op. cit., par. 30.

² TEPI (S.), « L'indemnisation des détentions provisoires abusives dans le nouveau code de procédure pénale », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, 2007, p. 188.

³ L'art. 149 du code de procédure pénale français dispose à ce propos que « *la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention. (...) Lorsque la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement lui est notifiée, la personne est avisée de son droit de demander réparation* ».

la justice pénale internationale au droit international des droits de l'homme, il convient de relever que sa mise en œuvre se heurte aux hésitations du législateur et la réticence du juge pénal international à accorder la liberté provisoire aux accusés. Dans ces conditions, la culture de la liberté doit être accentuée à la cour pénale internationale par le recours, dans la pratique, aux mesures restrictives de liberté et l'allègement des contraintes de la procédure d'indemnisation pour détention provisoire injustifiée.

**La rémunération du co-contractant de
l'Administration dans les contrats de partenariat
public-privé dans les États d'Afrique noire
francophone**

**Dr. Firmin Mirabo NGOUNMEDJE - Ph.D en Droit public
Maître-Assistant CAMES - Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et
Politiques Université de Yaoundé II (Cameroun)**

Résumé

La contrepartie au financement sur fonds privés de l'ouvrage public laisse entrevoir au regard de l'équilibre financier du contrat, la rémunération du partenaire privé. Introduisant la négation à l'enrichissement sans cause de l'autorité contractante dans les États d'Afrique noire francophone, le cocontractant de l'administration est rétribué de manière échelonnée et sur la base des objectifs de performance fixés. Etant spécifique au regard de la commande publique, la rémunération du partenaire privé l'est aussi par ses caractères. Reposant sur la refondation du mythe de l'intérêt général, l'identification de l'État post moderne, l'externalisation du service public et la conciliation de l'équilibre budgétaire au développement de l'offre en biens publics, cette réflexion est riche d'enseignement. La rémunération du partenaire privé est par ce fait, disproportionnée sur l'exploitation directe de l'ouvrage public et négociée des clauses contractuelles.

Il est de nos jours difficilement contestable que, les États de l'Afrique noire francophone ont une tendance à l'implémentation du procédé contractuel, qui est un « *moyen de libéralisation du développement* »¹. Ce dernier, dans son opérationnalité, a favorisé l'essor d'un nouveau type de contrat conclu par les Administrations publiques qu'est le contrat de partenariat public-privé, qui, « *contribuant au financement de la commande publique par des investisseurs privés, (...) déroge quelque peu à l'exorbitance* »². Outil de développement, il est « *une sorte de troisième voie entre le monopole d'Etat et la privatisation* »³. Dans les États africains, la contrepartie au financement sur fonds privés de l'ouvrage public admet de s'« *intéresser de près ou de loin de la responsabilité pécuniaire de l'administration* »⁴. Faut-il le rappeler, cette responsabilité pécuniaire de l'administration ne doit pas être prise au premier degré, c'est-à-dire au sens d'une obligation de réparation d'un préjudice, même si en matière contractuelle cela est envisageable, dans le cadre d'un litige. Mais au sens d'une obligation préalablement établie conventuellement. La rémunération du co-contractant de l'administration dans les contrats de partenariat public-privé dans les États de l'Afrique noire francophone se déduit de celle-ci.

Au regard du contexte *des États d'Afrique noire francophone* »⁵ ; et s'inspirant de leurs législations⁶, les contrats de partenariat public privé s'insèrent dans le domaine des « *contrats de gestion de service public* »⁷. Détournés des formes

¹ L.P. GUESSELE ISSEME, « Partenariats public-privé et développement dans les États d'Afrique noire francophone », *Revue RAMReS/S.J.P.*, N°1, Janvier 2021, p. 1

² *Idem.*

³ P. MUKONDE MUSULAY, *Contrats de partenariat public privé : Options innovantes de financement des infrastructures publiques en Afrique Subsaharienne*, Globethics.net African Law No. 5, 2018, p. 26

⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd., réed par P. DELVOLVÉ., F. MODERNE., Paris, Dalloz, 2002, p.901.

⁵ L-P GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *RADP*, Vol V, n°9, juillet - décembre 2016 p.62.

⁶ Au Bénin, loi n°2016-24 du 11 novembre 2016 portant cadre juridique du partenariat public-privé en République du Benin. Au Burkina Faso, la loi n°020/2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé. Au Cameroun, la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariats. En Côte d'Ivoire, décret n°2018-359 du 29 mars 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement du comité de pilotage des partenariats public-privé ; Au Gabon, l'ordonnance n°22/PR/2015 du 11 août 2015 relative aux partenariats public-privé. Au Mali, Loi n°2016-061/ du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé ; Décret n°2015-0604/PM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public. Au Sénégal, loi n° 2004-13 du 1^{er} mars 2004, modifiée par la loi n°2009-21 du 04 mai 2009, relative aux contrats de construction, exploitation, transfert d'infrastructure.

⁷ J-P AUBY, *Les contrats de gestion du service public*, Paris, L.G.D.J, 2016, pp. 31-58.

classiques de contrats publics sous cette partie des tropiques, « *ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains* »¹. Au sens large, ils renvoient à « *toutes les formes de collaboration entre, d'une part, les pouvoirs publics et, d'autre part, les entreprises privées* »². Conclues sur la base d'un engagement contractuel dual, « *d'une part celui du secteur privé incarné par le titulaire du marché qui doit exécuter les prestations, et d'autre part, celui du secteur public, notamment l'Autorité contractante qui, en contrepartie, verse à celui-ci une rémunération sous forme de prix* »³, ils sont un contrat global, de longue durée et aux modalités de rémunération originale.

Dans les États de l'Afrique noire francophone, le caractère complexe du projet d'investissement, l'urgence dans sa réalisation ainsi que son efficience économique justifie les cas d'ouverture du contrat de partenariat public-privé. Il implique une gestion contractuelle « *complexe* »⁴ et un examen rigoureux des risques. On est en présence d'un projet complexe lorsque « *la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins (...)* »⁵. Au-delà de la seule complexité technique, la complexité peut également être démontrée par l'incapacité de la personne publique à définir le montage financier et juridique optimal de l'opération. Ainsi, « *sa raison d'être se trouve surtout dans la réalisation de projets complexes* »⁶. Par ailleurs, l'urgence dans le recours au contrat de partenariat public-privé vise à rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public. Ce cas d'ouverture est indifférent des causes et vise à faire face à une situation imprévisible. Dès lors, dans un contexte de raréfaction des deniers publics et de

¹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 6.

² P-LIGNIERES, *Partenariats publics privés*, Paris, Litec, 2005, p. 1 et 2.

³ I. NDIAYE, *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 15.

⁴ P-G WYCKOFF, *Le mémento des contrats complexes de la commande publique. La conception-réalisation. Le partenariat public privé (PPP) : BEA, AOT, CP*, Paris, Eyrolles, 2012, pp. 37 et svts.

⁵ *Idem*, p. 111.

⁶ L-P GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 62 ; Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, numéro spécial, 1994, p. 45 ; N. SYMCHOWICZ, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes. Analyse et aide à la décision*, 3^{ème} éd., Ed. Le Moniteur, 2012, 642 p.

rigidité croissante de l'État, le financement des partenaires privés pour la réalisation des investissements publics¹, est considéré comme un « *pis-aller* »².

Par ailleurs, le contrat de partenariat public-privé s'approprie la théorie du bilan coûts/avantages. Fondée en France dans l'affaire Ville nouvelle de l'Est de 1971, cette théorie expérimentée dans le cadre de l'expropriation pour cause d'utilité publique est convoquée en des contrats publics. Il est assigné à l'autorité contractante de démontrer que le recours à ce contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. En procédant par une évaluation économique comparable, l'autorité contractante motive son choix tant du point de vue économique que financier. Il comporte l'avantage d'atténuer les carences de « *terminologies difficilement accessibles au monde économique* »³. Par ce fait il « *favorise progressivement l'extension du domaine de cette activité* »⁴. Par ailleurs, dans les contrats de partenariat public-privé, l'examen des risques est « *un facteur critique pour évaluer la capacité à rembourser les dettes, courir les coûts et permettre le versement des dividendes* »⁵.

Le traitement financier du co-contractant de l'administration touche dans la pratique une des déclinaisons des contrats publics laquelle « *se caractérise par des critères bien connus* »⁶. Le droit de la commande publique décliné en la délégation de service, la concession de service public⁷, l'affermage, le contrat de partenariat public-privé encadre l'attribution du paiement du co-contractant de l'administration. « *Comme toujours, les faits éprouvent considérablement l'effort*

¹ L-P GUESSELE ISSEME, « Partenariats public-privé et développement dans les États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 8

² F. MARTY et A. VOISIN, « Finances publiques et Financements privés : Quel nouvel équilibre pour les investissements des États ? », *Politique et Management public, institution de management public*, 2012, pp. 19-37, p. 21.

³ P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2005 p. 372.

⁴ D-K KOKOROKO, *Les grands thèmes du droit administratif*, 2^{ème} éd., Lomé, Les presses universitaires de Lomé, 2018, p.26.

⁵ N. PERRIER, M.P TORO, R. PELLERIN, *Une revue de la littérature sur les projets de partenariat public privé en gestion des projets*, CIRRELET, janvier 2014, p. 13.

⁶ J. BIAKAN, *Précis de contentieux des contrats publics au Cameroun*, Yaoundé, L'Harmattan, 2017, p. 15.

⁷ Voir T. KIRAT et F. MARTY, « Le contrat de partenariat public-privé à l'épreuve des contentieux : retours d'expérience sur le cas français », *Chaire Économie des partenariats public-privé, Institut d'Administration des Entreprises*, mars 2017, p. 3

de systématisation »¹. Chaque forme de contractualisation de l'administration publique repose sur un mode de paiement approprié du partenaire privé. L'appréhension par négation aux modalités de paiement des autres déclinaisons de la commande publique permettra d'établir le paiement du partenaire privé. En effet, la rémunération du délégataire « *repose en partie soit sur les résultats financiers tirés de l'exploitation du service délégué, soit sur les redevances perçues sur les usagers du service, soit sur une combinaison des deux* »².

En établissant la rémunération du délégataire sur les résultats financiers tirés de l'exploitation du service ou des redevances perçus sur les usagers du service, une démarcation se construit des règles des marchés publics, car « *les prestations donnent lieu au paiement d'un prix* »³. Par ce fait, la rémunération du titulaire du marché découle des prix forfaitaires ou unitaires. En outre, dans le cadre de la concession de service public, le cocontractant de l'administration « *se rémunère sur les usagers en leur faisant acquitter une redevance pour le service fourni* »⁴. Sur ce point la rémunération du concessionnaire intègre l'une des déclinaisons de la délégation de service public. Dès lors, constituant une modalité spécifique de traitement financier du partenaire privé, la rémunération dans les contrats de partenariat public-privé est la rétribution d'une somme déduite de l'exploitation performante de l'ouvrage public ou du service public. Elle est davantage l'attribution d'un montant annexe et connexe aux clauses contractuelles.

La rémunération du partenaire privé est la conséquence de l'obligation contractuelle exécutée conformément aux cahiers des charges administratives, et « *est étalée sur toute la durée du Contrat de Partenariat, et est étroitement liée aux objectifs de performance* »⁵. Elle diffère par conséquent du traitement salarial des agents exerçant des fonctions ou des activités au sein de

¹ S. HOURSON, Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., Lextenso, 2020, p. 39.

² J-C RICCI, *Droit administratif général*, 5^{ème} éd., Paris, Hachette supérieur, 2013, p. 215.

³ G. DUPUIS, M.J GUEDON, P. CHRESTIEN, *Droit administratif*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 2007 p. 434.

⁴ J-C. RICCI, *Droit administratif général*, 5^{ème} éd., *op.cit.*, p. 215.

⁵ Les objectifs de performance constituent de nos jours le nouveau mode d'action de l'État. Cet état des choses est affirmé à travers la nouvelle gestion des affaires publiques axée sur la recherche des résultats. Cf : C.T. ATANGANA, *La rémunération du cocontractant dans les contrats de partenariat en droit camerounais*, Mémoire de Master II, Université de Yaoundé 2, 2018-2019, p. 21

l'administration publique. Le traitement salarial étant principal et impersonnel, il est lié au grade, à l'emploi et à l'ancienneté. « *Les fonctionnaires, ont droit, après service fait, à une rémunération qui comprend le traitement et diverses indemnités et suppléments, éventuellement* »¹. Cette technique de rémunération concerne alors « *un régime juridique applicable à une catégorie d'agents publics* »².

De l'analyse rétrospective, l'origine du contrat de partenariat public privé remonte aux années 1970 aux États unis d'Amérique³. D'après la doctrine occidentale⁴, il intégrait les programmes des autorités publiques lesquels attribuaient à des entreprises privées la réalisation d'investissements dans le secteur urbain. L'utilisation croissante en droit du concept de « ppp » s'est effectuée au profit du programme Private Finance Initiative (PFI)⁵ lequel fut élaborée par le Gouvernement Major. D'après la doctrine occidentale, « *En un peu plus de dix années, la politique de Private Finance Initiative britannique est devenue un modèle de référence internationale en matière de partenariats public-privé* »⁶. Si « *l'emprunt en droit est sans doute beaucoup plus fréquent que l'innovation* »⁷ en Afrique, l'adhésion à cette forme de contrat public s'est faite de manière progressive et a eu une expansion considérable. Le Cameroun et le Sénégal y consacrent une législation spécifique dès les premières années de l'an 2000. Ils ont été suivis par les autres États au cours de la seconde décennie de la même année.

La présente analyse retient alors comme cadre géographique les États de l'Afrique noire francophone. Il s'agit pour l'essentiel des États du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, du Mali et du Sénégal. Le choix

¹ G. DUPUIS, M.-J. GUEDON, P. CHRESTIEN, *Droit administratif*, 8^{ème} éd., Paris Armand Colin, 2002, p. 348.

² J. OWONA, *Droit de la fonction publique camerounaise*, Yaoundé, L'Harmattan, 2011 p. 8.

³ Les Contrats de Partenariat sont nouveaux dans la sphère étatique, et sont issu du droit anglo-saxon sous l'expression « *public-private patership* ». A.-M.-F. KONTCHOU JOUNANG, *Le partenariat public-privé au Cameroun : cas du contrat de partenariat*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Yaoundé 2, 2018-2019, p. 3

⁴ G. MARCOU, « Le partenariat public-privé : retrait ou renouveau de l'intervention publique », *in Partenariats public-privé et collectivités territoriales*, Paris, La documentation française, 2002, p. 18.

⁵ P. COSSALTER et B. DU MARAIS, « La private finance initiative, institut de la gestion déléguée », *op.cit.*, p. 11.

⁶ E. MULLER, *Les instruments juridiques des PPP*, Paris, L.G.D.J, 2011, p. 6.

⁷ M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public », *AJDA*, 9 janvier 2006, p. 25.

manifesté particulièrement à l'endroit de ces États tient à la possibilité de l'exploitation des données sur les contrats de partenariat public privé. Le fait s'affirme par l'aménagement de ce type de contrat public. Par ailleurs, l'expérience acquise par ces États contribue simplement à renchérir son idée et à lui donner une portion pragmatique dans cette partie des tropiques.

La réflexion sur la rémunération du partenaire privé dans les États de l'Afrique noire francophone n'est pas dépourvue de pertinence¹. L'analyse met en exergue le maniement du mythe de l'intérêt général et sur l'idéologie du service public théorisée par Léon Duguit². La sollicitation du partenaire privé est justifiée par les nécessités du service public. La notion de service public met en relief deux critères renvoyant tour à tour au cadre organique et matériel³. Les nouvelles exigences du management public ont infesté la sphère publique contribuant conséquemment à « *la refondation du mythe de l'intérêt général* »⁴. L'intérêt général porté par la puissance publique est réalisé sous la forme contractuelle par le partenaire privé. En outre, l'étude fait rejaillir la théorie des finances publiques. C'est par ce fait que l'on perçoit la conciliation de l'impératif d'équilibre budgétaire et le développement de l'offre en biens publics. « *En effet, tout en ébranlant le dogme de l'irresponsabilité de la puissance publique* »⁵, la rémunération assigne à l'autorité contractante le calcul de la charge du paiement du partenaire privé en se référant aux règles de la comptabilité publique. Par ailleurs, l'étude décrit « *d'une redéfinition de la place de l'État dans l'économie de marché* »⁶. L'idée illustre le symbole de la réduction du rôle de l'État, comme l'emblème de la tendance propre aux années 1990. Le partenaire privé devient un acteur à part entière de la sphère publique. Par ailleurs, à la lecture combinée de l'article 1 et de l'article 2(2) de la Loi N°2006/ 012 fixant le régime général des

¹ Voir S. SAUSSIER, et P. TRA TRAN, « L'efficacité des contrats de partenariat en France : une première évaluation quantitative », *Revue d'économie industrielle*, n° 140, 4ème trimestre 2012, p. 83.

² P-E. ABANE ENGOLO, « Existe-t-il un droit administratif camerounais », in M. ONDOA, P.E. ABANE ENGOLO (s.dir), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Yaoundé, L'Harmattan, 2016, p. 18 : « *c'est au doyen Duguit que l'on doit la notion de service public qui, plus qu'une notion, est une école de pensée : l'école du service public* ».

³ J. BIAKAN, « Le critère du service public en droit administratif camerounais », in M. ONDOA, P.E. ABANE ENGOLO (s.dir), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Yaoundé, L'Harmattan, 2016, p. 143.

⁴ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 89.

⁵ J-F. OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2014 p.5.

⁶ E. MULLER, *Les instruments juridiques des PPP*, op.cit., p.6.

contrats de partenariats au Cameroun, le législateur a fait ressortir dans le cadre de « *projet de grande envergure technique et financière* » l'idée de partage de responsabilités. Enfin, nonobstant la particularité sur le partage du risque, la rémunération du partenaire privé dans les contrats de partenariats public-privé est spécifique des autres formes de la commande publique.

Située dans le cadre des rémunérations en droit public, celle touchant au partenaire privé présente certains points spécifiques. Ainsi, qu'est ce qui caractérise la rémunération du cocontractant de l'administration dans les contrats de partenariat public-privé dans les États de l'Afrique noire francophone ? Au regard de la méthode juridique articulée dans l'exégèse des textes sur les partenariats public-privé et le commentaire des décisions de justice, une réponse semble constituée l'hypothèse plausible. L'hypothèse de base est l'attribution d'une somme insuffisante au partenaire privé par l'autorité contractante. Qui plus est dans un contexte de conciliation entre l'équilibre budgétaire et le développement de l'offre des biens publics .Cette hypothèse se justifie par le fait que dans les États d'Afrique noire francophone, la rémunération du partenaire privé est caractérisée par la rétribution disproportionnée sur l'exploitation directe de l'ouvrage public d'une part (I). Et, l'attribution d'une somme négociée des clauses contractuelles finalise le régime de cette rémunération d'autre part (II).

I. La rétribution disproportionnée sur l'exploitation directe de l'ouvrage public.

L'exploitation directe du bien satisfait largement à l'encaissement démesuré des sommes au partenaire privé, encore qualifié de compensation directe, « *est un moyen par lequel le partenaire privé exploite les biens de la personne publique contractante, pour couvrir les frais des charges des investissements* »¹. Adeptes de la rentabilisation exorbitante, le partenaire privé se défait de l'allocation d'une somme peu conséquente attribuée par l'autorité contractante. Car devant les nouvelles exigences de valorisation des biens publics dans ce type de contrat, « *cette conception statique a cédé le pas à une conception plus créatrice, plus dynamique* »² du partenaire privé. « *Dans des*

¹ C-T. ATANGANA, *La rémunération du cocontractant dans les contrats de partenariat en droit camerounais, op.cit.*, p. 21

² N. LAVAL, « Développement économique et domaine public », *L.P.A* n°82, 1997, p.1.

conditions qui ne pèsent pas trop, au moins à court terme, sur les finances publiques »¹, le partenaire privé préfère se rétribuer de manière suffisante sur le service fait.

Dès lors la logique du contrat de partenariat public privé laisse entrevoir la réception démesurée des recettes publiques sur l'exploitation (A). Nonobstant cette idée, l'on décline la perception des recettes majorées sur le coût global de l'investissement (B).

A. La réception démesurée des recettes publiques sur l'exploitation

Découlant d'« *un système honnête et performant* »² sur la gestion de l'ouvrage public, le partenaire privé en perçoit corrélativement une rétribution démesurée. Les recettes publiques perçues de l'utilisation du bien exploité enrichissent en outrance le cocontractant de l'administration. Consistant « *d'élaborer les politiques de développements en pesant de tout son poids sur les divers paramètres économiques* »³, le partenaire privé tire un avantage plus important « *du financement de certaines activités* »⁴.

Dans ce cadre, le versement consistant des recettes publiques par les usagers (1) et l'encaissement conséquent des recettes de l'utilisation des biens publics (2) renchérissent le patrimoine du partenaire privé.

1. Le versement consistant des recettes publiques par les usagers

L'enrichissement démesuré du partenaire émane du versement consistant des recettes publiques lesquelles sont tirées de l'exploitation de l'ouvrage public. Le cocontractant de l'administration se rémunère d'une taxation sur les biens et services fournis aux usagers. Car « *on reconnaît volontiers, aujourd'hui, que l'impôt n'a pas produit, en Afrique, le miracle espéré* »⁵. La négation de

¹ A. MÉNÉMÉNIS, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *op.cit.*, p. 1737.

² B. GUEYE, « Le nouveau code sénégalais des marchés publics, entre réponse aux attentes de la société civile et prise en compte des influences communautaires », *Revue des marchés publics*, n°4, septembre 2011, p. 23.

³ H. SANNI YAYA, *Les privatisations en Afrique occidentale, entre mythes et réalités, promesses et périls : l'administration publique africaine à la croisée des chemins*, Québec, Presse de l'Université de Laval, Coll. Nord-Sud, 2007, p. 66

⁴ P. DELVOLVE, « Le partenariat public privé et les principes de la commande publique », *op.cit.*, p.481

⁵ J-B. FOTSING, *Le pouvoir fiscal en Afrique. Essai sur la légitimité fiscale dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J, 1995, p. 1.

l'importance des recettes parallèles justifie qu' « *une bien moindre attention a été prêtée au processus de création et d'application de la norme fiscale* »¹.

L'idée repose sur la valorisation économique exagérée des biens publics². L'enserrément à l'utilisation desdits suppose le versement d'une somme tributaire de la valeur vénale de l'ouvrage à utiliser et de l'affectation à l'usage payant du public. Le versement consistant des recettes publiques provient de la valorisation économique des biens publics exploités. Il est constant que les « *éléments du droit administratifs comme les biens ont une valeur économique que l'administration ne peut plus ignorer* »³. L'exploitation optimale des biens publics tient à « *la reconnaissance du caractère productif du domaine* »⁴. Par l'incitation, l'attractivité de l'utilisation des biens publics réalisés, le partenaire privé s'essaie à l'élargissement de l'assiette des revenus. En raison du besoin de plus en plus ressenti de financer les activités d'intérêt général l'autorité contractante juge opportun d'activer ce levier. S'inscrivant dans cette démarche, le partenaire privé effectue une diversité de transaction laquelle demeure commerciale et financière. La rentabilisation financière considérée comme la référence de l'activité du cocontractant de l'administration, assure à ce dernier des bénéfices recherchés.

Le partenaire privé tire économiquement profit de la mise en valeur de l'ouvrage public réalisé. La première déclinaison au versement conséquent des recettes publiques est l'exploitation commerciale des biens publics exploités. Le partenaire privé perçoit des recettes par le fait de la location et de la tarification de l'utilisation. Les biens publics tout en étant affectés à l'utilité publique permettent au partenaire privé de poursuivre l'intérêt pécuniaire. L'utilisation privative soit par contrat de concession ou par l'acte administratif desdits biens demeure précaire et ne porte atteinte aux biens indispensables au fonctionnement du service public. Le versement d'une redevance en l'espèce est minimum compatible à l'affectation et au maximum conforme à elle.

¹ G. MESTRALLET, M. TALY, J. SAMSON, *La réforme de la gouvernance fiscale*, Paris, L.G.D.J., « coll. Systèmes », 2005, p. 5.

² Voir L-P. GUESSÉLÉ ISSÉMÉ, « *Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé* », *op.cit.*, p. 68.

³ Y. GAUDEMET, « A propos de la valorisation économique des biens publics », *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, n°5, p. 1223.

⁴ N. LAVAL, « Développement économique et domaine public », *op.cit.*, p. 2.

La location consiste pour le partenaire privé à donner à bail certains biens publics. Il arrive à fructifier son patrimoine par le versement des revenus découlant de la prise en bail desdits biens. « *Le loyer versé en contrepartie de la location de l'ouvrage à l'administration permet alors sur toute la durée du contrat de couvrir le cout de la construction* »¹. La contractualisation des rapports naissant du rapprochement entre ces personnes privées est un contrat de droit privé. Le tarif de la prise à bail du bien public est celui fixé de manière consensuelle par les parties au contrat. Le bien public pris à bail est utilisé durant une certaine période et de manière exclusive par le preneur en bail. Car le partenaire privé ne peut permettre à plusieurs personnes de prendre en location le même bien domanial. Il bénéficie du droit de jouissance car n'étant pas propriétaire du bien pris en bail. Au Cameroun, le palais des congrès fait généralement l'objet de location pour des cérémonies officielles et autres. Au Gabon, une ordonnance fixe la valeur maximum des loyers². Il s'agit par ce fait d'un acte établi sous seing privé³. Pareil pour le Palais de sport de Warda réalisé par le contrat de partenariat public-privé. Par ailleurs, les prix minima au mètre carré pour la vente des terrains du domaine privé de l'Etat sont en tenant compte de la localité⁴.

Dans les États de l'Afrique noire francophone, le partenaire privé procède par l'affectation à l'usage payant du public. L'effacement de l'utilisation privative est sous-tendu par l'exigence d'une tarification à charge des usagers du service public. L'exploitation fait du service public une source de revenu. Juridiquement, il s'agit de l'inflexion de la gratuité du service public. Ces inflexions au principe de gratuité « *correspondent à la conception moderne du domaine public qui admet de plus en plus facilement l'utilisation économique de celui-ci* »⁵. Etant indispensable à l'amortissement de l'investissement, le partenariat privé efface l'utilisation gratuite par les citoyens. Il devient donc un leurre d'admettre que « *les cours de droit administratif s'abstiennent de mentionner les problèmes*

¹ J-P. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *AJDA* chronique 2005, p.592.

² Voir Ordonnance n°1/87 du 26 février 1987 modifiant la valeur maximum des loyers (Gabon).

³ Article 4 de la loi n°15/88 du 30 décembre 1988 fixant le régime locatif des immeubles et locaux à usage d'habitation ou à usage mixte (Gabon).

⁴ Voir article 1^{er} du décret n°2014/3211/PM du 29 septembre 2014 fixant les prix minima applicable aux transactions sur les terrains relevant du domaine privé de l'Etat (Cameroun).

⁵ E. GILLET-LORENZI, S. TRAORE, *Droit administratif des biens*, 1^{ère} éd., CNFPT, 2007, p. 30.

financiers »¹. L'accès aux biens publics se démarque au principe de gratuité classiquement posé en droit administratif général. L'amortissement progressif de l'investissement du partenaire privé entraîne la refondation des rapports entre la gratuité et le mythe de l'intérêt général. L'intérêt général n'est pas défait par le profit, la rentabilité économique recherché par le partenaire privé dans les États de l'Afrique noire francophone. « *L'usage de ces derniers assure à des investisseurs privés sollicités (...), les bénéfiques recherchés sans toutefois compromettre la sauvegarde de l'intérêt général* »².

La question vaut davantage son pesant d'or dans un contexte où l'impératif d'efficacité canalise les règles de gestion publique par le cocontractant de l'administration. « *Les hypothèses de gestion de services publics par des personnes privées se sont multipliées comme autant d'entorses au critère organique* »³. Hérité du nouveau management public, la promotion du thème de l'efficacité a modifié en profondeur la manière de concevoir la gestion publique. Elle ne doit pas se confiner à cette exigence classique mais encore de parer des exigences d'efficacité. « *Elle dépend des résultats obtenus et du bon usage des ressources mises à sa disposition* »⁴. Dans ce cadre, le versement conséquent des recettes publiques par les usagers n'est que la réalisation des objectifs d'efficacité par le partenaire privé. Dès lors l'on entrevoit l'enserrement de l'exploitation des biens publics réalisés par le partenaire privé.

L'enserrement de l'exploitation de biens publics réalisés par le partenaire privé est une réalité dans les États de l'Afrique noire francophone. Conditionnant l'utilisation de l'œuvre du cocontractant, les usagers sont tenus de s'acquitter des obligations touchant à la destination des biens publics. L'enserrement tient à l'acquittement de la tarification exigée et de la destination spéciale du bien public. Toutefois cet enserrement ne saurait déroger aux principes à valeur constitutionnelle de continuité et d'accessibilité de l'ouvrage public. En France, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que les textes organisant les contrats de partenariat ne sauraient priver les garanties légales. Celles-ci se réfèrent aux exigences constitutionnelles attachées entre autres à la protection des

¹ C. DEBBASCH, « Finances publiques et droit administratif », *op.cit.*, p. 111.

² L-P. GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 61.

³ J-L. AUSTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 2007, p. 163.

⁴ J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général » *op.cit.*, p. 87.

propriétés publiques¹. Du moment qu'il est conçu, le service public doit fonctionner normalement. La nécessité de pourvoir à la satisfaction de l'intérêt général conteste difficilement son fonctionnement permanent². Posé par Louis Rolland, « *c'est probablement le plus connu des principes communs aux services publics* »³. Ce principe réaménage la place de la valorisation économique de l'ouvrage public par rapport aux exigences constitutionnelles attachées à la protection des propriétés publiques. L'agencement des recettes publiques décrit la perception des redevances, prix et autres taxes à l'utilisation des biens publics.

2. *L'encaissement conséquent des recettes publiques*

Par l'agencement d'une diversité de recettes, le partenaire privé encaisse des moyens financiers conséquents dans les États de l'Afrique noire francophone. Le versement des recettes par les usagers et la capacité à se procurer des recettes annexes élargissent l'assiette de recouvrement du co-contractant de l'administration. Ce mode de paiement dans les contrats de type partenarial est connu sur le terme de paiement des annexes⁴. « *C'est sans doute cette notion davantage qui matérialise le résultat de l'exploitation du service public ou l'ouvrage* »⁵. Dès lors, « *ce qui laisse ouvertes plusieurs possibilités quant à la rétribution du cocontractant* »⁶.

L'encaissement conséquent des recettes publiques tient à l'agencement des revenus de l'exploitation directe de l'ouvrage public par les usagers et de l'allocation des recettes par l'autorité contractante. Il est la combinaison des recettes déduites de l'activité sur l'ouvrage public ou sur le service public et les recettes allouées par l'autorité contractante. En effet, le partenaire privé reçoit toutes les recettes versées par les citoyens du fait de l'utilisation privative, par location des biens publics. Le prix attribué à ces déclinaisons repose en amont sur la valorisation économique desdits biens. Par ailleurs, les clauses

¹ J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *op.cit.*, p.596.

² J-F LACHAUME, H PAULIAT, C. BOITEAU, C. DEFFIGIER, *Droit des services publics*, 2^{ème} éd., Paris, LexisNexis., 2015, p. 447

³ *Idem.*

⁴ G. JEZE, *Les principes généraux du droit des contrats administratif*, Tome 1, 3e éd, 1925, Dalloz, 2005, p. 547 et s

⁵ S-P. ZOGO NKADA, « Le critère financier dans les contrats de la commande publique », *RASJ* n°10-2013, p. 205.

⁶ *Idem*, p. 214.

contractuelles permettent au cocontractant de l'administration de se procurer des recettes publiques. Celles-ci sont généralement annexes et connexes aux recettes principales exploitées. Que l'on soit au Bénin¹, au Burkina Faso², au Cameroun³, en Côte d'Ivoire⁴, au Gabon⁵, au Mali⁶, au Sénégal⁷, il est déterminé au regard des termes du contrat, les recettes que le partenaire privé peut se procurer de l'exploitation de l'ouvrage public ou du service public. Ainsi, les recettes publiques procurées et le prix des prestations fournis constituent des matières de recouvrement du partenaire privé. Celles-ci contribuent à son enrichissement conséquent corrélativement à l'allocation d'une somme négligeable par l'autorité contractante. Le versement conséquent des recettes par les usagers et l'habilitation à se procurer des revenus annexes et connexes sont suffisamment évocateurs du degré d'enrichissement du cocontractant de l'administration.

L'agencement des revenus contribue simplement à l'optimisation des ressources publiques du partenaire privé. Bénéficiant des retombés de l'incitation à l'utilisation des biens publics et des recettes annexes, le cocontractant de l'administration s'accommode d'une rétribution directe de l'ouvrage public. Ces déclinaisons accroissent les ressources publiques du partenaire privé lesquelles amortissent de manière progressive les charges de l'investissement. L'économie du marché et l'allocation à l'économie du marché constituent des cadres alternatifs de rémunération du cocontractant de l'administration dans les États de l'Afrique noire francophone, qui permettent « *encore de faciliter le fonctionnement du service public* »⁸.

¹ Article 47 de la loi n°2016-24 du 11 novembre 2016 portant cadre juridique du partenariat public (Benin).

² Article 32 de la loi n°020-2013/AN du 23 novembre 2013 portant régime juridique du partenariat public privé (Burkina Faso).

³ Article 5 la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariats (Cameroun)

⁴ Article 25 décret n°2018-359 du 29 mars 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement du comité de pilotage des partenariats public-privé (Côte d'Ivoire)

⁵ Articles 8 et 10 de l'Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2016 relative aux partenariats public-privé (Gabon).

⁶ Article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé (Mali)

⁷ Article 6 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat (Sénégal)

⁸ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, le fonctionnement des services publics*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2011, p. 8.

L'encaissement des revenus est davantage fonction des données objectives tenant à l'utilisation et à la demande des usagers. Déjà consistant par la combinaison des recettes annexes et connexes aux clauses contractuelles, le partenaire privé élargit son assiette de prélèvement par rapport à la consistance du bien à utiliser par l'utilisateur. Par ce fait, le partenaire privé s'approprie la philosophie du principe relatif à la capacité contributive des citoyens. C'est de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dérive ce principe¹. Dans cet ordre d'idée, toutes les Constitutions des États de l'Afrique noire francophone ont constitutionnalisé ce principe en introduisant la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen dans le préambule. Le co-contractant de l'administration demeure enclin à la justice fiscale en taxant l'utilisateur, en tenant compte de la nature et de la portion de l'ouvrage public. Il s'agit de privilégier l'égalité dans l'application des prix devant l'utilisation des biens publics. Dès lors, cet aspect social « *s'est considérablement renforcé lorsqu'à la seule proportionnalité consistant à affecter un taux fixe, le même pour tous, à la base d'imposition, il va être préféré un taux évoluant en fonction de la capacité contributive* »² des usagers. L'encaissement des revenus est fonction de la charge financière induite par l'utilisation de l'ouvrage public ou de l'exploitation du service public. Le renflouement financier l'est davantage dans un contexte de sollicitation récurrente et incessante du bien public.

Les modalités de recouvrement du partenaire privé divergent de celles couramment employées par l'administration fiscale. Le recouvrement a généralement lieu après émission d'un titre exécutoire, le plus souvent par voie d'émission de rôle ou d'avis de mise en recouvrement. Il intègre les déclinaisons de l'exécution du budget dans les États de l'Afrique noire francophone. Par l'émission du titre exécutoire de l'ordonnateur³, l'administration fiscale est habilitée à procéder au recouvrement de la recette publique. La solution réside

¹ Article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

² M. BOUVIER, « La notion de capacité contributive des contribuables dans la société post-moderne », *RFFP* n°100, 2007, p.86.

³ Article 9 Décret n° 2018-67 du 1er mars 2018 portant règlement général de la comptabilité publique (Congo Brazzaville) ; article 4 alinéa 1 du décret n°2020/375 du 07 juillet 2020 portant règlement général de la comptabilité publique (Cameroun) ; article 6 du Décret n°0094/PR/MBCP du 8 février 2016 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique (Gabon) ; article 62 de la loi I/2012/n°012/CNT du 28 décembre 2012 portant loi organique relative aux lois des finances (Guinée Equatoriale) ; article 37 de la loi N° 008-2013 /AN portant code de transparence dans la gestion des finances publiques (Burkina Faso).

dans « *l'exercice par la hiérarchie de l'administration fiscale de sa fonction normale d'une doctrine officielle qui sécurise à la fois les agents et les contribuables* »¹. Dans la logique de la performance, l'administration fiscale est de plus en plus encline à l'optimisation des recettes publiques dans les États de l'Afrique noire francophone. La première articulation des mutations fonctionnelles de l'administration fiscale est observable dans les rapports internes. Celle-ci intègre progressivement la logique de la performance. Etant ancienne dans les organisations privées, le secteur public y prête progressivement une attention grandissante. « *Il s'agit pour l'administration des impôts d'objectifs déterminés et ses agents ne sont plus jugés sur le respect des procédures, mais sur l'atteinte des objectifs* »².

Or, en l'espèce, les modalités d'encaissement des revenus sont celles définies par les parties au contrat de partenariat public-privé. Il s'agit davantage pour le partenaire privé de recourir aux modalités moins exorbitantes que celles employées par l'administration fiscales. Cela n'empêche la perception des recettes majorées sur le coût global de l'investissement.

B. La perception des recettes majorées sur le coût global de l'investissement

Selon M. Christophe Marchand, le degré de concentration des bénéficiaires, la diffusion et l'absence de transparence dans les coûts, sont les meilleurs alliés des intérêts particuliers³. Ainsi, en se rémunérant directement sur l'exploitation de l'ouvrage public, le partenaire privé perçoit une plus-value sur les dépenses globales des investissements. La rentabilité financière déborde largement la charge financière induite par la mise en œuvre de l'ouvrage public. Il est constaté que « *l'organisation et le fonctionnement des services publics entraînent de fortes dépenses pour lesquelles il faut aux gouvernants de l'argent, beaucoup*

¹ S. YONABA, « Le recouvrement des recettes publiques dans les États africains : Un état des lieux préoccupant », *RFAP* 2012/4 n° 144, p. 1045.

² G-M. PEKASSA NDAM, « Les transformations de l'administration fiscale camerounaise », in M. ONDOA., (s.dir), *L'administration publique camerounaise à l'heure de réformes*, Yaoundé, L'Harmattan, 2010, p.43.

³ C. MARCHAND, *Economie des interventions de l'État. Théorie des choix publics*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 1ère éd. 1999, p. 55.

d'argent »¹. Qui plus « à des degrés variables suivant les cas »², le partenaire privé s'assure d'un retour sur investissement plus consistant.

L'idée susmentionnée est juridiquement explicable. Cette situation s'explique par l'extension de la période d'amortissement (1) et le recouvrement d'une plus-value au coût global de l'investissement (2).

1. *L'allongement de la période d'amortissement*

L'exécution des investissements amortissables nécessite une durée plus allongée que celle ayant cours au sein des autres déclinaisons de la commande publique. Le temps suffisamment long permet non seulement au partenaire privé de recouvrir les charges financières induites par la réalisation de l'ouvrage public mais également d'obtenir un retour sur les capitaux investis. Par ce fait, « notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure »³ l'on en établit le fondement « puisque la durée du contrat est fixée en fonction de l'amortissement des investissements »⁴.

L'allongement de la période d'amortissement est le fait du partenaire privé. L'exécution des investissements amortissables peut se satisfaire d'une durée réduite ou peu consistante. L'hypothèse n'est davantage pas envisageable par la recherche de rentabilité financière du co-contractant de l'administration. Celui-ci ne se situe ni dans le cadre des engagements perpétuels ni dans la tacite reconduction des clauses contractuelles. Le temps de droit commun admis dans la plupart des déclinaisons de la commande publique apparaît inadéquat. Le mécanisme étant lourd dans ses opérations, une portée temporelle suffisant permet de procéder préalablement à l'inventaire des opérations. Ce mécanisme devant aboutir à l'attribution d'une échéance à l'amortissement demeure la démarche congrue.

L'allongement de la périodicité d'amortissement n'est pas un simple fait de mode, qui plus est un argument au profit de la spécificité des contrats de partenariat public privé. Ce n'est pas dans ce cadre que l'on doit rechercher la

¹ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public op.cit.*, p.55.

² J-F. LACHAUME, (dir.), *Droit des services publics*, Paris, Lexis-Nexis, 2012, p. 13.

³ Ph. TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA*, 2016, p. 277.

⁴ J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *op.cit.*, p. 594.

raison d'être de ce fondement en droit de la commande publique. La complexité de l'ouvrage à réaliser tant au niveau de son montage technique et de sa réalisation financière décline d'ores et déjà la modicité financière de l'autorité contractante, dans « *L'élaboration de types, facilitant l'analyse d'une réalité complexe* »¹. Les exigences de soutenabilité financière, de stabilisation fiscale affranchissent les efforts financiers de la puissance publique. Davantage le caractère urgent de l'ouvrage à réaliser nécessite des fonds disponibles et prêts à être affectés pour la cause. Il s'accroche aux missions générales et globales reconnues dès la phase de conception du projet d'investissement ou de réalisation de l'ouvrage public à sa livraison à l'autorité contractante. Durant ces étapes, le partenaire privé subit majoritairement sinon totalement le coût global des investissements à réaliser.

De ce fait, chaque étape du processus de réalisation de l'ouvrage public prépare l'allongement du délai d'amortissement. La logique est de suivre chaque étape afin de déterminer le coût généré dans les dépenses globales d'investissement. Elle constitue « *une sorte de règle de raison* »². Elle privilégie le raisonnement mathématique qu'arithmétique. La déduction de l'échéance n'est pas une activité imaginaire ou déduite des films de magie. Elle forme un tout en un. La détermination de l'échéance tient compte de manière cumulative aux étapes. Tout part de la contribution à chaque étape et tout se rattache de chaque étape. Celle-ci affecte le patrimoine du partenaire privé et partant impose un lourd décaissement financier. Elle « *crée les conditions du préfinancement des ouvrages par des investisseurs privés* »³. L'idée se pose avec acuité dès l'achèvement des investissements et plus précisément à la mise en œuvre de l'ouvrage public réalisé.

Amorcer une réflexion sur la fixation de l'échéance de l'amortissement de l'investissement est opportune à la date d'achèvement des investissements et de mise en œuvre de l'ouvrage public. Il faut bien établir un point de départ à la sauvegarde de l'équilibre financier du contrat de partenariat public privé dans les États de l'Afrique noire francophone. C'est à compter de ce moment que les

¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^{ème} éd., Paris, L.G.D.J, 2012, p.23.

² Y. AUGUET, « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 29-58.

³ J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat », *op.cit.*, p.594.

obligations comptables de l'autorité contractante sont mises en valeur. Car il convient d'évaluer la durée maximale du contrat, d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation du retour sur investissement. En France, le juge administratif¹ a apporté une relativisation aux règles précitées. La position du juge administratif commentée par la doctrine française a abouti à la détermination des idées précises. En l'espèce, rien n'interdit, en principe, que l'échéance à l'amortissement soit inférieure à la durée normale d'amortissement des investissements réalisés. L'unique condition est le fait que le partenaire privé soit « *indemnisé à hauteur des investisseurs non amortis à l'issue du contrat* »². Le temps demeure alors l'unité élémentaire d'appréciation de l'échéance de l'amortissement des investissements.

L'unité de mesure est le temps. Ce dernier se pose comme la technique élémentaire de mesure des investissements amortissables. L'idée se pose sans ambiguïté dans le cadre de l'exécution des investissements amortissables. Comme il a été indiqué en amont, chaque étape du processus de réalisation de l'ouvrage public ou d'exécution de la mission de service public³ est intégrée dans les décomptes globaux. L'évaluation des investissements, leur inventaire renvoie au temps la solution au recouvrement des dépenses effectuées et à s'installer dans la durée. Un temps réduit et peu consistant ne peut être à la hauteur et satisfaire au recouvrement des créances du partenaire privé « *au nom de la réalité matérielle en matière de gestion des services publics* »⁴. Le temps produit en l'espèce est une œuvre de réparation d'une situation juridique. Il apporte un dénouement à l'attente du partenaire privé sur la consistance des investissements privés. Il vient particulièrement valoriser l'idée d'équilibre économique des clauses contractuelles. La consistance des investissements ne doit simplement enrichir l'autorité contractante. Elle doit aussi permettre un retour sur investissement au partenaire privé.

Nonobstant la prise en compte des étapes du processus de réalisation de l'ouvrage public, l'objet et la nature du travail projeté ne sont pas à exclure. Certains travaux se caractérisent par leur complexité et par leur mobilisation

¹ CE., 11 août 2009 n°303517, *Société Maison Comba c/ Société des crématoriums de France c/ Commune d'Aix en Provence*. (France).

² Ph. TERNEYRE, « La durée des contrats » *op.cit.*, p.277.

³ CE, 13/01/1961, Magnier, Rec., p. 33, RDP 1961, p. 155, Concl. FOURNIER, Dr. Soc. 1961, p. 335, note TEITGEN. 286. CE, 28/06/1963, Narcy, Rec., p. 401, AJDA 1964, p. 91, note DE LAUBADERE, RDP 1963, p. 1186, note WALINE.

⁴ M. GROS, *Droit administratif. L'angle jurisprudentiel*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 80.

financière. Les marchés de travaux publics par exemple ne sont pas toujours aisés à réaliser¹. Par ce fait, la durée d'amortissement de l'investissement ne peut que s'accoler à ce type d'œuvre pour permettre un équilibre économique des clauses contractuelles.

Les sources formelles du droit de la commande publique insèrent la durée de l'amortissement dans les clauses obligatoires ou minimum du contrat de partenariat. Son encadrement juridique est le fait des dispositions tant législatives que réglementaires dans les États de l'Afrique noire francophone. Que l'on soit au Bénin², au Cameroun³, en Côte d'Ivoire⁴, au Gabon⁵, au Mali⁶, au Sénégal⁷, la consécration de la durée de l'amortissement des investissements est effective. C'est à dessein que ces dispositions rangent la durée de l'amortissement dans les clauses contractuelles. Le maniement de la durée est donc le fait du consensualisme des parties au contrat. L'autorité contractante étant en position de faiblesse ne peut satisfaire à la demande du partenaire privé, pourvoyeur des capitaux. La négociation d'une échéance suffisamment longue laquelle devrait ressortir la plus-value aux investissements a constitué le point des échanges. Ayant bien conscience de la consistance des capitaux décaissés, cette exigence ne peut être exclue des clauses d'entente. Le fait contraire des parties « *pourrait conduire à des désastres économiques et sociaux* »⁸. C'est donc dans les termes des relations contractuelles que la source émettrice de l'amortissement des investissements se conçoit et se dessine. C'est un principe consacré en faveur de l'opérateur économique privé dans les États de l'Afrique noire francophone.

L'allongement de la période d'amortissement constitue une garantie à la restauration des équilibres dans les clauses contractuelles. La garantie en cause ne s'emballe pas dans les garanties après achèvement, biennale, décennale connues en droit de la commande publique. Elle s'insère dans la protection des investissements et la certitude d'un recouvrement du partenaire privé dans les États de l'Afrique noire francophone. Elle apporte un dénouement à la forte

¹ Voir R. CAPITANT, « La double notion de travail public », *RDP* T. XLVI 1929, pp. 507-543.

² Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

³ Article 2 alinéa 1 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

⁴ Article 3 alinéa a du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire)

⁵ Article 5 de l'Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon).

⁶ Article 2 alinéa 9 a Loi n°2016-061/ du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali).

⁷ Article 1^{er} de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

⁸ A-S. COULIBALY, « Le droit communautaire de la concurrence », *op.cit.*, p. 50.

propension de l'enrichissement de l'autorité contractante. L'opérateur économique rationnel permettrait de qualifier et de quantifier l'aide d'Etat. Le cocontractant de l'administration demeure serein quant au sort des capitaux investis et de la réalisation de l'ouvrage public affecté à l'exécution d'une mission de service public. Le fait « *impliquait le dépassement de la seule analyse juridique* »¹. Il s'agit d'une technique appliquée en droit de la commande publique pour assurer l'exploitation suffisante de l'ouvrage public et la performance dans l'exécution d'une mission de service public. La réunion de ces points est réalisée par le temps en droit de l'amortissement des investissements dans les États de l'Afrique noire francophone. « *Le droit constitue une réponse dans le temps* »². Cette référence n'est pas exclusive au retour à l'investissement du partenaire privé. La perception des recettes majorées repose aussi sur l'encaissement de la plus-value du coût global de l'investissement.

2. *L'encaissement d'une plus-value au coût global des investissements*

Plus enclin à la gestion performante, le partenaire privé recouvre des revenus plus consistants que la charge globale des investissements. L'obtention sur retour des capitaux investis par le cocontractant de l'administration est largement au-dessus des dépenses répertoriées. Car, « *la vitesse de développement dépend étroitement de l'importance de l'investissement, de sa structure, de sa composition, de son orientation et de son efficacité* »³. Par ailleurs, en dépit de sa consécration officielle et de son enracinement dans les esprits, « *cette conception des budgets publics est, et a toujours été, inexacte* »⁴ à fructifier l'œuvre du partenaire privé.

En se rémunérant directement sur l'exploitation de l'ouvrage public, le partenaire privé bénéficie des avantages lesquels couvrent largement les charges globales de l'investissement. « *Les avantages fiscaux accordés par les*

¹ E. EISENMAN, *Écrits de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2013, p. 487.

² M. VERPEAUX, « Revue Jurisdoctoria : Présentation du troisième numéro consacré au Temps », *Jurisdoctoria Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique* n°3, 2009, p. 11.

³ H-H. ALLAH et B. EL MORCHID, communication sur « Les congés fiscaux : un outil inefficace pour relancer l'investissement privé en Afrique » in *La renaissance et la relance des économies africaines*, CODESRIA, Conférence tenue à Dar Es Salam en Tanzanie, les 20 et 21 décembre 2010.

⁴ P. AMSELEK, « Pour en finir avec l'idée de budget-acte d'autorisation de recettes » in *Réformes des finances publiques & Modernisation de l'administration-Mélanges en l'honneur du Professeur (R.) HERTZOG*, Paris, Economica, 2010, p. 2.

codes des investissements »¹ portent sur ce point de fruits. Il tient pour point de départ les études et calculs prospectifs nécessaires à la mise en œuvre de l'ouvrage public. La plupart des instruments juridiques des États de l'Afrique noire francophone établit l'unité de base au calcul. C'est du cadre juridique que l'on établit l'unité de mesure de la rentabilité financière du partenaire privé sur l'ouvrage public réalisé. Car les sources formelles du droit du contrat de partenariat public privé ont prévu les sommes engrangées à déduire des coûts à retrancher des montants engrangés par le cocontractant de l'administration. « *Parce que la crédibilité du nouvel Etat est encore à prouver, il faut des garanties qui persuadent les entreprises étrangères* »². Il s'agit simplement là de l'établissement de l'unité de mesure de la perception majorée des recettes des investissements réalisés.

Le législateur béninois renvoie aux clauses obligatoires du contrat, « *les conditions dans lesquelles sont prises en compte pour son calcul, les coûts d'investissement* »³. De ce cadrage général se déduit les coûts des études et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires. À cette énumération non exhaustive s'ajoutent les coûts de fonctionnement et de financement. Cette consécration formelle est reconduite intégralement en droit positif du Mali⁴ et au Sénégal⁵. Le droit positif camerounais n'intègre pas totalement des coûts. Il se confine exclusivement pour le calcul des coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement⁶. Le droit positif ivoirien ne précise pas ces modalités⁷. Celui du Gabon n'y fait malencontreusement pas allusion. L'ordonnance de 2015 ne fixe pas les coûts susceptibles de faciliter le calcul de la rémunération du partenaire privé⁸. La mission globale confiée aux partenaires privés est liée par plusieurs étapes complémentaires du projet.

Les investissements prévus dans les clauses contractuelles sont suffisamment couverts par la consistance des recettes publiques engrangées

¹ M-P. NIAMBEKOU DOUGOU, « La mise en œuvre du droit OHADA », Contributions de l'(ERSUMA) et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) à Porto Novo au Bénin le 8 avril 2008.

² J-B. FOTSING, *Le pouvoir fiscal en Afrique. Essai sur la légitimité fiscale dans les Etats d'Afrique noire francophone*, *op.cit.*, p. 215.

³ Article 47 de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

⁴ Article 24 alinéa 7 de Loi n°2016-061/ du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali).

⁵ Article 7 alinéa 4 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal)

⁶ Article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

⁷ Article 25 j du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire)

⁸ Article 12 de l'Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon).

par le cocontractant de l'administration. Les versements consistants des usagers, les recettes annexes et connexes aux clauses contractuelles mises au profit de celui-ci facilitent un retour sur investissement conséquent. Que l'on soit au Bénin¹, au Cameroun², en Côte d'Ivoire³, au Gabon⁴, au Mali⁵, au Sénégal⁶, le cadre d'évaluation des recettes à percevoir par le partenaire privé tient compte de la consistance des dépenses à effectuer. Celles-ci constituent des clauses contractuelles obligatoires. C'est dans ce cadre que la mesure de performance s'établit.

La mesure de performance relève de la logique de gestion que de la description. L'exploitation intense, la fourniture des prestations performantes aux usagers constituent la technique de rentabilité. La productivité de l'ouvrage public est liée à la mise en œuvre des moyens d'attractivité des usagers. La performance est en général celle du service rendu à l'utilisateur final. Par ce fait, le recours au contrat de partenariat public privé tient à son efficacité et son efficience dans l'optimisation des recettes. Il va sans dire que la sous performance ou la mauvaise performance du partenaire privé effrite son niveau de rémunération. Il est donc de tout intérêt du partenaire privé de faire preuve d'ingénierie et d'inventivité dans le maniement du bien public. Dans ce cadre, c'est une technique de la commande publique qui répercute sur les revenus du partenaire privé sa sous ou sa mauvaise performance dans l'exploitation directe de l'ouvrage public. Une bonne dose d'esprit managérial joue en faveur de la productivité de l'ouvrage public affecté à l'utilisateur payant du public. Elle traduit aussi sur le plan financier, les exploits de l'exécution d'une mission de service public.

La théorie du bilan coûts/avantages est poussée à un niveau plus élevé de valorisation dans le cadre du partenariat public privé. Posée dans *l'affaire Ville Nouvelle Est*⁷, élargie par *l'affaire Société civile Sainte Marie de l'Assomption* pour tenir compte de « l'atteinte à d'autres intérêts publics »⁸, aux exigences de

¹ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

² Article 2 alinéa 1 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

³ Article 3 alinéa a du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire).

⁴ Article 5 de l'Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon).

⁵ Article 2 alinéa 9 a de Loi n°2016-061/ du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali).

⁶ Article 1^{er} de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

⁷ CE, ass., 28 Mai 1971, *Ville Nouvelle Est* (France).

⁸ CE., ass., 20 Octobre 1972, *Société civile Sainte Marie de l'Assomption* (France).

l'environnement¹, elle ne cesse de porter des fruits, et présente une forte attractivité en droit administratif des biens. En l'espèce les avantages emportent largement sur les inconvénients du projet d'utilité publique. Le premier est le coût financier de l'opération. Celui-ci est largement recouvert par les prélèvements effectués sur les activités d'intérêt général. L'idée aboutit à une obligation de recours aux contrats de partenariat public privé. Car la rentabilité suffisante du partenaire privé ne pouvait que nécessiter les attributs du contrat de partenariat public privé. C'est cette analyse qui a poussé un auteur à parler de « *La disproportion entre coût et avantages* »². Par analogie le recours aux autres contrats de la commande publique ne permettait d'encaisser de revenus consistants sur l'exploitation de l'ouvrage public affecté à la mission de service public.

Au regard de ce qui précède, la rétribution du partenaire est démesurée au regard des retombées issues de l'exploitation de l'ouvrage public. Le cocontractant mettant en exergue les exigences de la performance tire le maximum des avantages de l'ouvrage réalisé. Ses revenus sont disproportionnés au coût global des investissements. Ils le sont davantage par rapport l'adjonction des recettes dont prévoient toujours les clauses contractuelles. Cette rétribution sur l'exploitation est plus consistante que celle attribuée par l'autorité contractante.

II. L'attribution d'une somme négociée hors de l'exploitation directe de l'ouvrage public

Ne pouvant se contenter de la rétribution exclusive sur l'ouvrage public, le partenaire privé bénéficie de l'attribution d'une somme négociée. La seconde source de rémunération du cocontractant de l'administration dans les États de l'Afrique noire francophone découle des clauses contractuelles. « *Les obligations de nature financière sont stipulées dans les clauses contractuelles* »³. En

¹ CE., ass., 12 avril 2013, *Ass. Coordination inter-régionale Stop THT et autres* ; CE., 15 avril 2016, *Fédération nationale des associations d'usagers des transports et autres* (France).

² L-P. GUESSELE ISSEME, « Partenariats public-privé et développement dans les États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 29

³ S.P. ZOGO NKADA, « Le critère financier dans les contrats de la commande publique » *op.cit.*, p. 212.

s'appuyant sur « un accord de volontés générateur d'obligations »¹, « l'élément financier apparaît plus présent en ce qui concerne le contrat de partenariat »². Ces idées se déclinent en l'attribution d'une somme concédée de la réalisation des objectifs du contrat (A) et la négociation d'une somme échelonnée à l'exécution du contrat (B).

A. L'attribution d'une somme concédée de la réalisation performante du contrat

La somme à attribuer au partenaire privé est substantiellement liée aux objectifs de performance à réaliser. De commun accord, l'autorité contractante concède à son co-contractant un montant projeté sur les résultats à atteindre. L'idée « conduit à insister sur les objectifs de performance à la charge du partenaire »³. « Car en plus du prix payé par la personne publique, la rémunération dans ce contexte est liée aux objectifs de performance »⁴. Ces déclinaisons conduisent à la fixation consensuelle des objectifs de performance à réaliser (1) et la projection du paiement du partenaire privé des objectifs attendus (2).

1. La fixation consensuelle des objectifs de performance à réaliser

L'attribution d'une somme au partenaire privé puise sa source de la fixation consensuelle des objectifs de performance à réaliser. La prévision des réalisations en termes de qualité, de quantité d'ouvrage public et de résultats à requérir du partenaire privé provient du consensualisme. « En droit des contrats, l'accord de la volonté des parties est extériorisé au moyen du consensualisme et

¹ A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome I, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 7

² S.P. ZOGO NKADA, «Le critère financier dans les contrats de la commande publique » *op.cit.*, p. 207.

³ J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat » *op.cit.*, p. 591.

⁴ S.P. ZOGO NKADA, «Le critère financier dans les contrats de la commande publique » *op.cit.*, p. 215.

du formalisme »¹. La vision du contrat fondée sur l'accord de volonté² se relaye sur les règles d'exécution du partenariat public privé.

L'insertion des objectifs de performance à réaliser dans les clauses contractuelles est une réalité dans les États de l'Afrique noire francophone. Que l'on soit au Bénin³, au Burkina Faso⁴, au Cameroun⁵, en Côte d'Ivoire⁶, au Gabon⁷, au Mali⁸, au Sénégal⁹ cette idée se justifie. C'est une exigence moulée par le consensualisme et le formalisme.

L'aménagement des objectifs de performance relève des prérogatives des parties. « *Aujourd'hui le contrat est plus stable que la loi* »¹⁰. Bénéficiant de l'habilitation expresse du Code civil, et d'autres sources du droit, ceux-ci établissent de manière prévisionnelle ce qui est attendu et ce qui est projeté pour la réalisation. Foncièrement impur, « (...) *il doit tenir compte des valeurs que consacre l'ordre juridique positif* »¹¹. Le contrat prévoit ce qui est précisément attendu du partenaire privé en temps et de quantité des actifs et des services à servir. C'est dans ce cadre qu'il faut se référer au caractère global du contrat de partenariat. Celui-ci n'a vocation à circonscrire le déploiement du partenaire privé. L'autorité contractante a toujours su « *dans le cadre de contrats complexes et de longue durée, à des opérateurs économiques privés, afin qu'ils contribuent à la production de biens collectifs* »¹².

La prévision des objectifs de performance dans le cadre du contrat de partenariat public privé valorise certains principes fondamentaux. Il s'agit de la sécurité juridique et de la stabilité juridique du contrat. « *La sécurité juridique a*

¹ J-P. DAKOURI, « Le consensualisme dans le droit des contrats : Le net recul d'une primauté », *Penant* n° 893, 2015, p. 484.

² Voir. L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, « coll. Nouvelle bibliothèques des thèses », 2010, p. 41.

³ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

⁴ Article 32 de la loi n°020-2013/AN du 23 Mai 2013 *op.cit.* (Burkina Faso)

⁵ Article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

⁶ Article 5 du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire)

⁷ Article 10 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon)

⁸ Article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali)

⁹ Article 7 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

¹⁰ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mélange Gény*, tome II, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p. 350.

¹¹ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 53.

¹² A. MÉNÉMÉNIS, « L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ? », *op.cit.* p. 1737.

constitué la base fondamentale, celle sur laquelle tout l'édifice s'est construit »¹. Elle est davantage, « *la grande justification intrinsèque du droit* »². Se dévoyant de l'imprévu et de l'imprévisibilité, le partenaire privé est signifié sur ses attentes, les résultats à obtenir de la mission d'intérêt général projeté. Celui-ci est davantage fixé sur les indicateurs retenus pour évaluer les résultats obtenus. Ceux-ci permettront au moment venu de mieux calculer la somme due au partenaire privé par l'autorité contractante.

Un contrat de partenariat est un contrat global qui comprend nécessairement au moins trois éléments. Suivant les termes du contrat, il peut être attendu du partenaire privé, le financement partiel ou total d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public. Il peut aussi être attendu la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements y compris immatériels. L'entretien et/ou leur maintenance et/ou l'exploitation et/ou la gestion n'exclue les hypothèses susmentionnées. De manière facultative, il peut contenir d'autres prestations concourant à l'exercice de la mission de service public. C'est de ce cadrage général qu'il est déterminé le cadre de réalisation du partenaire privé, « *c'est-à-dire des hypothèses explicatives qui prétendent rendre raison chacune d'un grand nombre de phénomènes juridiques* »³. Que l'on soit au Bénin⁴, au Cameroun⁵, en Côte d'Ivoire⁶, au Gabon⁷, au Mali⁸, au Sénégal⁹, ces réalisations projetées sont consacrées dans le contrat de partenariat public privé.

Techniquement, il est attendu du partenaire privé, la confection d'un bien devant être exploité par le public. La destination des biens à réaliser est dérivée de la notion d'utilité publique. Cela conduit « *à la nécessité d'offrir une protection particulière à certains biens publics* »¹⁰. Il y a une « *affectation à certaines destinations* »¹¹. Par ailleurs, le cocontractant de l'administration doit pourvoir à

¹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1951, p. 319.

² C-R MORAND, « L'obligation d'évaluer les effets des lois », in C-A MORAND (dir), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Paris, PUAM, 1993, p. 111.

³ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 11.

⁴ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

⁵ Article 2 alinéa 1 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

⁶ Article 3 alinéa a du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire).

⁷ Article 5 de l'Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon).

⁸ Article 2 alinéa 9 a de Loi n°2016-061/ du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali).

⁹ Article 1^{er} de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

¹⁰ J. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, « Thémis Droit public », 1995, p. 351.

¹¹ J. DUFAU, *Le domaine public* 5^{ème} éd., Paris, Le Moniteur, 2001p.46.

une mission relevant du domaine de l'autorité publique. Le partenaire privé se subroge juste à la personne publique durant la phase de conception à la livraison de l'ouvrage public. Enfin, la clarté dans la formulation des clauses contractuelles est de nature à éviter les zones d'imprécision. Les exigences d'intelligibilité et d'accessibilité canalisent les formulations des grandes lignes du contrat de partenariat. L'accès au document, la réalisation des obligations s'appuient sur des dispositions établies de manière simples et suffisamment compréhensible par chaque partie. Les grandes lignes du contrat de partenariat public privé ne s'accommodent d'un discours ésotérique et d'une lecture en catalogue « *alors que sa signification, dégagée par un esprit simple, est claire pour tous* »¹.

L'indicateur de performance apparaît comme l'unité élémentaire de structuration du traitement comptable des investissements. Il sera davantage le cadre d'évaluation de la sous ou de la mauvaise performance du partenaire privé laquelle aura des répercussions sur la rémunération et sur les termes du contrat. Les parties fixent les sanctions tant financières que non financières sur ces performances du partenaire privé. Par ailleurs, l'insertion de la sécurité juridique ne concerne pas que la conception des règles sur la performance, elle s'étend aussi sur l'exécution de la prestation par le partenaire privé. C'est dans ce cadre que les parties se prononcent sur les aléas à la rémunération du partenaire privé ainsi que la répartition des risques.

Appelé diversement, « *la nouvelle gestion publique* »², « *la nouvelle gouvernance financière* »³, « *le modèle de gestion publique* »⁴, « *la gestion axée sur les résultats* »⁵ « *la gestion axée sur la performance* »⁶, l'on constate que la rémunération du partenaire privé en droit des contrats de partenariat public privé se rapproche de la nouvelle gouvernance des finances publiques. Ceci s'explique par le fait que la performance rénove la conception et l'exécution du budget de l'État et des autres entités publiques dans les États de l'Afrique noire francophone

¹ Th. MORE, *L'utopie*, trad. Marie Delcourt, éd. La renaissance du livre, 1516, p.116.

² F-X. MERRIER, « La nouvelle gestion publique, un concept mythique », *lien social et politique RIAC*, n°41, 1999, p. 95-103.

³ A. BAILARI, M. BOUVIER, *La nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, Paris, L.G.D.J, coll. « système », 2004, 207 p.

⁴ H. GUILLAUME, G. DUREAU, F. SILVENT, *Gestion publique. L'Etat et la performance*, Paris, Presses de sciences politiques et Dalloz, coll. « amphithéâtre », 2002, p. 2.

⁵ J. BOURGAULT, « La mise en œuvre de la gestion sur les résultats, leçons tirées de l'expérience québécoise », *RFAP* n°109, 2004/1, p. 19-128.

⁶ P. VOYER, *Tableaux de bord de gestion et indicateur de performance*, Québec, Presses de l'université de Québec, political science, 1999, 446 p.

et ailleurs. L'architecture des budgets publics est établie en fonctions-programmes et actions. L'exécution du budget par son implication introduit une relativisation du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables publics¹. Ce rapprochement des finances publiques permet facilement de projeter une somme au partenaire privé par rapport aux objectifs de performance à réaliser.

2. La projection du paiement sur les objectifs de performances à réaliser

Le montant à reverser au cocontractant de l'administration s'attachera aux résultats établis dans les clauses contractuelles. Sur ce point, « *la discussion doit porter essentiellement sur le mode de rémunération* »², ce d'autant plus que l'attribution d'une somme négociée est la déduction des objectifs de performance à réaliser par le partenaire privé.

De l'analyse des textes, il appert que l'on soit au Bénin³, au Burkina Faso⁴, au Cameroun⁵, en Côte d'Ivoire⁶, au Gabon⁷, au Mali⁸, au Sénégal⁹, la déduction du paiement des objectifs de performance à réaliser est consacrée. Le cadre juridique habilite les parties à s'y conformer. Cette consécration constitue une règle obligatoire, laquelle doit impérativement figurer dans les clauses du contrat. Toutefois, cette disposition n'est exclusivement aménagée par la loi.

La déduction du paiement du partenaire privé des objectifs de performance à réaliser rapproche l'aménagement de deux normes, lesquelles demeurent de nature différente. Certes découlant « *des normes dérivées de la Constitution, comme des relais permettant de la prolonger* »¹⁰, ces normes sont

¹ Article 8 du décret n° 2018-67 du 1er mars 2018 portant règlement général de la comptabilité publique (Congo Brazzaville) ; article 6 du décret n°0094/PR/MBCP du 8 février 2016 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique (Gabon) ; articles 62 et 63 de la loi l/2012/n°012/CNT portant loi organique relative aux lois des finances (Guinée Equatoriale), article 69 alinéa 3 de la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques (Cameroun).

² P. DELVOLVÉ, « De nouveaux contrats publics : les contrats globaux », *op.cit.*, p. 1088.

³ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

⁴ Article 32 de la loi n°020-2013/AN du 23 Mai 2013 *op.cit.* (Burkina Faso)

⁵ Article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun).

⁶ Article 5 du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire)

⁷ Article 10 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon)

⁸ Article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali)

⁹ Article 7 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

¹⁰ L-P. GUESSELE ISSEME, « Les normes dérivées de la Constitution dans les États d'Afrique noire francophone », *RADSP* Vol V, n° IX- jan.- juin 2017 p. 95.

principalement inscrites « dans la Constitution, qui est la norme suprême et que les normes inférieures doivent respecter »¹. Cette idée efface progressivement l'exclusivité de la source formelle du droit de la commande publique. La déduction du paiement des objectifs de performances à réaliser est tour à tour « l'acte de l'organe législatif, élaboré et produit selon la procédure prévue par la Constitution »² et la « caractéristique essentielle de l'institution publique »³. Deux domaines distincts du domaine de la Constitution ont été mobilisés pour l'étayer. Certains États ont laissé le soin au pouvoir législatif de l'aménager⁴ et les autres au pouvoir exécutif d'y pouvoir⁵. La position médiane est celle dont l'aménagement relève d'une loi d'habilitation du parlement au pouvoir exécutif⁶. De nature législative ou de nature réglementaire, la préoccupation sous examen se situe hors du domaine de la Constitution et se positionne par ailleurs au niveau infra constitutionnel. Ces éléments formels déterminent la portée des objectifs de performance sur le traitement financier du partenaire privé.

Le cadre référentiel au paiement est basé sur les objectifs de performance à réaliser par le partenaire privé. L'on ne peut en établir la substance en se limitant à cette règle ; d'où la nécessité de convoquer le processus devant nous permettre de l'établir. Il projette la mise en œuvre des exigences de comptabilité de l'autorité contractante. « Il vient assez rapidement à l'esprit que l'objectif évoque un mouvement, un processus »⁷. Car attribuer une somme due, impose d'établir les résultats sur l'exploitation directe de l'ouvrage public et puis en déterminer la valeur vénale. L'activité de l'autorité contractante s'attachera aux enseignements de la comptabilité privée et plus précisément à la gestion privée. Elle projette une étude pragmatique sur les résultats obtenus et un calcul

¹ A. LEGRAND, C. WIENER, *Le droit public*, Paris, La documentation française, 2017, p. 6.

² E-P. SPILIOTOPOULOS, « L'importance de la distinction entre la loi formelle et la loi matérielle en droit positif grec », in *Hommages à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, p.125.

³ G. DUPUIS, « La définition de l'acte unilatéral », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 205.

⁴ Voir la loi n°2016-24 du 11 novembre 2016 portant cadre juridique du partenariat public (Benin) ; loi n°020-2013/AN du 23 novembre 2013 portant régime juridique du partenariat public privé (Burkina Faso) ; loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariats (Cameroun) ; loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé (Mali) ; loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat (Sénégal).

⁵ Voir décret n°2018-359 du 29 mars 2018 portant attributions, organisation et fonctionnement du comité de pilotage des partenariats public-privé (Côte d'Ivoire).

⁶ Voir Ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2016 relative aux partenariats public-privé (Gabon).

⁷ C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 39.

empirique pour déduire la somme devant affecter les finances publiques de la personne publique. « *Par nature, l'objectif semble étranger à la sphère du droit pur et relever plutôt du politique ou de l'économique* »¹. Davantage, « *l'objectif inviterait à l'action alors que le principe conduirait plutôt à la prudence, à la réflexion ou l'observation* »². C'est sur des données précises du terrain lesquelles ont été systématisées par un contrôle sur place et sur pièce. L'autorité contractante ne supposera pas les capitaux investis ainsi que le retour sur investissement du partenaire privé. Mais elle partira sur des faits concrets de l'activité projetée de son co-contractant sur la mission de service public.

Cet encadrement du processus est justifié à l'origine par la poursuite d'un objectif traditionnel partagé par l'ensemble des principes : la protection de l'intérêt de l'administration. Ayant pour répertoire les objectifs de performances à réaliser et pour référence les résultats obtenus, elle pourra en toute quiétude fixer les données propres à la rémunération de son partenaire. Ceux-ci fixent de manière claire et avec force exécutoire la part de responsabilité financière de l'autorité contractante. Ainsi, La mission de décompte de l'autorité contractante ne sera déconnectée de l'activité matérielle du partenaire privée. Dans cette dynamique, il est déterminé les conséquences de la non réalisation des objectifs de performance. Celles-ci produisent un impact négatif sur le quantum de la rémunération. La sous ou la mauvaise performance du partenaire privé projette une déduction sur le paiement à verser à l'entité privée. Les pénalités ou amendes payables ne seront pas déchargées du partenaire privé. C'est dans ce cadre de l'exécution projetée de la réalisation et puis de l'exploitation de l'ouvrage public qu'épouse la logique de la répression. Il est échu si certains résultats escomptés ou non prévus n'ont pas été atteints. Inversement, le cocontractant de l'administration pourra bénéficier en dépit de la somme due d'une prime de performance. C'est donc l'attribut d'« *un contractant capable, solvable, sérieux, faisant les meilleures conditions et voulant exécuter le contrat projeté* »³. Car les finances publiques « *servent deux objectifs, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* »⁴. Par ailleurs, la déduction de la

¹ *Idem.*

² *Ibidem.*

³ G. JÉZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd., Paris, M. GIARD ; 1934, p. 102.

⁴ S. BRACONNIER, « Le nouveau Code des marchés publics : entre responsabilisation et libéralisation », *JCP E*, n° 18, Avril 2004, p. 647.

somme à payer au partenaire privé n'est pas réfractaire à l'idée de répartition de risques.

La répartition de risques n'est pas à exclure de la fixation de la somme à attribuer au partenaire privé. En raison de la mutabilité des contrats et des aléas, le paiement projeté peut être sujet à variation. Les clauses du contrat doivent donc prévoir les débiteurs de ce changement et prévoir des modalités d'ajustement des prix. Cette situation explique bien le paiement échelonné du partenaire privé.

B. La négociation d'une somme échelonnée à l'exécution du contrat

La somme à attribuer au partenaire privé tient également compte de la durée d'exécution du contrat. La rémunération du cocontractant de l'administration demeure par ce fait échelonné à l'exploitation substantielle de l'ouvrage public projeté. C'est « *une mesure convenue par les parties* »¹. Rien d'étonnant que « *le contrat de partenariat s'efforce en effet d'organiser dans son ensemble les relations contractuelles unissant l'administration à son partenaire* »². Tout part de la volonté des parties sur la durée du contrat (1). Ce préalable s'étend sur la prévalence du consensualisme sur l'échéance de paiement (2).

1. La prépondérance du consensualisme sur la détermination de la durée

La prépondérance du consensualisme sur la détermination de la durée du contrat est une réalité dans les États de l'Afrique noire francophone. Elle introduit simplement une situation mitigée sur les termes du contrat. Certains critères objectifs réduisent l'étendu de l'accord de volonté. « *Il n'est donc pas absurde de conclure sur une relative liberté accordée aux parties concernant les critères de détermination de la durée* »³. Davantage, « *elle peut être fixée en considération*

¹ L-P. GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 63.

² J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat » *op.cit.*, p. 591.

³ A. VANDEPOORTER, « La durée des contrats de partenariat », *Contrats publics* n°150, 2015, p. 39

de la nature et du volume des investissements à réaliser (...) elle peut donc (...) être déterminée en considération du mode de financement retenu par l'opérateur »¹.

Les textes qui encadrent la durée des contrats de partenariat présentent en effet des spécificités certaines, et insufflent en la matière une liberté sans doute plus grande qu'ailleurs. Mais à la réalité, il s'agit d'une liberté relative des parties, au regard des critères objectifs y afférents. Ceux-ci déterminent les critères de détermination de la durée ainsi que celles qui entourent l'obligation de lui donner une durée globale ferme.

Formellement, les critères de détermination de la durée sont connus. Il est acquis qu'un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives à la durée dans les États de l'Afrique noire francophone. S'inscrivant dans ce cadre, la période du contrat doit être déterminée en fonction d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenus. Ces déclinaisons consacrées en droit français² sont relayées dans les États de l'Afrique noire francophone³. La formule correspond sans ambiguïté à la logique des contrats de partenariat, contrats de longue durée qui couvrent nécessairement une globalité de missions. Celles-ci englobent des prestations de construction et d'entretien/ maintenance, ainsi que des prestations de financement. Cette formulation à *priori* paraît évidente au regard de son écriture certes ; Mais déjà la conjonction de coordination « ou » interroge, sur ce point qu'un bien peut être en partie lié aux modalités retenues pour le financer. Les deux critères eux-mêmes suscitent par ailleurs d'interrogations.

Sur le critère « d'amortissement », il convient de raisonner par analogie avec ce qu'il advient de la durée des délégations de service public. Comme l'indique explicitement le cadre juridique, la durée de la délégation de service public est déterminée en considération « de la nature et du montant de l'investissement à réaliser », tout en admettant qu'elle ne peut « dépasser la

¹ *Idem.*

² Article 11 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; CGCT, art. L.1414-12

³ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin) ; Article 32 de la loi n°020-2013/AN du 23 Mai 2013 *op.cit.* (Burkina Faso) ; article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun) ; article 5 du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire) ; article 10 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon) ; article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali) ; Article 7 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

durée normale d'amortissement mises en œuvre »¹. Par analogie, il faudrait en conséquence considérer que la durée du contrat de partenariat peut être appréciée en considération de sa « *véritable économie* »². La nature du contrat de partenariat se démarque sur le terrain du partage des risques et des recettes attendues de l'opérateur. Toutefois, cette analyse globale et généralisée de l'amortissement suscite des réserves. Car l'exercice qui consiste à identifier la durée optimale du contrat de partenariat se distingue de celui employé pour les délégations de service public. Le premier point de démarcation est la nature des prestations prises en charge par chaque opérateur. A cette idée s'ajoute le sort des ouvrages à réaliser. Sur ce point, « *les critères pour fixer la durée du contrat de partenariat sont plus sophistiqués que dans la délégation de service public car dans ce type de contrat il y a une problématique de biens de retour, ce qui n'est pas nécessairement le cas ici* »³.

De l'interprétation des textes et du commentaire des décisions de justice, il ressort un dénouement à l'énigmatique problématique du sort des biens dans les contrats de partenariat public privé. Le sort des biens dans ce type de contrat de la commande publique concilie la volonté des parties à la sauvegarde de l'intérêt général. Deux mouvements d'ensemble résument parfaitement leur sort. « *Il s'agit de l'obligation du retour des biens indispensables et de la négociation du retour des biens utiles* »⁴.

Suivant la première déclinaison, les biens publics retournent dans la propriété publique lorsqu'ils sont indispensables⁵ à la mission de service public. A l'échéance du contrat complexe telle que fixée par les parties, les biens rentrent dans le patrimoine de l'autorité publique. La présomption du droit de retour dont ils bénéficient contribuent à l'extension de la propriété publique dans les États de l'Afrique noire francophone. Dilués par les exigences de l'utilité

¹ CGCT, art. L.1411-2. (France).

² F. BRENET, « La détermination de la durée des délégations de service public », *RJEP* n°672, 2010.

³ N. SAINT PULGENT, S. LAGUMINA, « Le contrat de partenariat : nouvel outil de gestion publique », *Contrats et marchés publics* n°12, 2004.

⁴ L-P. GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 67.

⁵ Y. GAUDEMET, « Les biens de retour : la propriété passe avant l'affectation », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer A propos des contrats des personnes publiques*, Paris, L.G.D.J, 2013, p. 633, complété par la décision CE, ass., 21 déc. 2012, Commune de Douai, n° 342788 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Délégations de service public - Des nouvelles des biens de retour: quatre ans d'application de la jurisprudence« Commune de Douai » », *Contrats et Marchés publics* n° 2, Février 2017, repère 2.

publique, les biens publics aménagés dans les contrats de partenariat public privé récuse l'utilisation privative. C'est dans ce cadre que se pose sans concession la rétrocession desdits biens à l'usage administratif, « *cherchant d'abord à donner consistance à la notion d'intérêt général* »¹. C'est donc par ce canal que la personne publique acquiert gratuitement les biens publics jadis concédés à son cocontractant². Elle restaure sur ceux-ci les prérogatives de puissance publique suspendues durant la période fixée à leur exploitation. Ces éléments se distinguent de la négociation du retour des biens utiles.

Sur la seconde déclinaison, le sort réservé aux biens public indique que « *contraindre est de moins en moins efficace* »³ et l'entente « (...) *de plus en plus nécessaire* »⁴. N'étant pas utiles au fonctionnement ou à la continuité du service public, certains biens publics retournent à la personne publique à la suite de la négociation⁵. L'idée renvoie à la négociation des biens utiles dont le cadre est déterminé⁶. « *Le sort des biens laissé à la diligence du contrat des parties, doit être considéré comme le fondement de la détermination des biens utiles* »⁷. C'est dans ce cadre que la distinction sur les fondements au traitement des biens publics se pose dans les États de l'Afrique noire francophone. Ces explications

¹ J-F. BRISSON, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public. Les aspects domaniaux des contrats de partenariat » *op.cit.*, p.591.

² Voir article 42 du décret n°2014-024/PRES/PM/MEF portant modalités d'application de la Loi n° 0202013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé (Burkina Faso) ; article 52 de l'Ordonnance n°22/PR/2015 du 11 août 2015 relative aux partenariats public-privé (Gabon).

³ A. COLON, « Contrat et négociation », in *Textes réunis et présentés par G. CLAMOUR, M. Ubeaud Bergeron, Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Paris, Presse de la faculté de Droit de Montpellier, volume II, 2006, p. 14, voir également L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, *De la justification- Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

⁴ *Idem*.

⁵ La négociation concourt à comprendre que sont déclarés, « (...) *nuls les actes qui ne seraient pas le fruit d'un libre consentement mutuel* » dans le partage des biens utiles. Cf : L. CONSTANS, « Une fiction juridique : La « commune intention des parties », in, *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Guy GUIBAL*, volume II, Paris, Presse de la faculté de Droit de Montpellier, 2006, p. 19

⁶ Article 32 de la loi n°020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé (Burkina Faso) ; article 7 de la loi sénégalaise du 20 février 2014, l'article 5 de la loi camerounaise du 29 décembre 2006, l'article 12 de l'ordonnance du 11 août 2015 au Gabon, article 47 de la loi du 11 octobre 2016 au Bénin.

⁷ L.P. GUESSELE ISSEME, « Le sort des biens à la fin du partenariat public-privé. Le cas des États d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 80.

ne suffisent à déterminer la durée du contrat de partenariat public privé. Le critère attaché aux « modalités de financement retenus » s'en évertue.

Le critère lié aux modalités de financement retenu détermine la durée du contrat de partenariat public privé. « *La référence à un critère de détermination de la durée consistant à prendre en considération les modalités de financement retenues confère une liberté accrue aux parties* »¹. La pratique conforte l'idée selon laquelle la durée des contrats de partenariat n'est pas limitée par un plafond, situation admise à certaines délégations de service public. Cette position est affirmée en France par une décision de justice². Les textes des États de l'Afrique noire francophone admettent aussi ce critère au rang de fondements à la détermination de la durée³. Matériellement, cette exigence emporte l'adhésion de la plupart des États dans les systèmes juridiques contemporains. Ces derniers ont aussi l'obligation de retenir une durée ferme à l'échéance du contrat de partenariat public privé.

Les parties ont l'obligation de retenir une échéance ferme ou globale au contrat de partenariat public-privé. Le postulat défendu est celui de la négation de la durée indéterminée de ce contrat. L'exécution des phases du contrat a vocation à être limitée. L'hypothèse de base est que la durée globale du contrat fixée fermement peut affecter l'étendue des phases du contrat. Un retard de la phase de construction peut diminuer la durée de la phase d'exploitation ; Qui plus est l'évolution du contrat dicte souvent des réajustements. Par conséquent il s'avère nécessaire de fixer une échéance avec possibilité de proposer une variante. Toutefois, « *une durée globale ferme lui permet de connaître la date exacte d'extinction du contrat* »⁴. La détermination de cette échéance est de nature à raffermir la pression sur le partenaire privé afin qu'il s'exécute dans le temps. Le risque croissant est celui de l'enclenchement des sanctions touchant la mauvaise exécution des engagements souscrits. Ceci est justifié par le fait que la rémunération ici, soumise au respect des objectifs de performances est sujette

¹ L. RAPP, Ph. TERNEYRE, N. SYMCHOWICZ, *Droit public des affaires*, Paris, Lamy, 2013, p. 4611.

² CE., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet* (France).

³ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin) ; article 2 alinéa 2 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun) ; article 3 alinéa a du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire) ; Article 5 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon) ; Article 2 (2-9-a) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali) ; Article 1^{er} de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

⁴ A. VANDEPOORTER., « La durée des contrats de partenariat » *op.cit.*, p. 39.

à l'application de pénalités dans le cas contraire¹. Outre les pénalités, la réfutation des primes de performance, le partenaire privé peut se trouver priver de ses loyers dus au titre de son investissement. Il est mis en mouvement la triple peine dont il sera la victime.

De ce qui précède, l'on observe que la volonté des parties certes prépondérante sur la détermination de la durée du contrat est relativisée par des critères objectifs. L'amortissement des investissements et le mode de financement retenu par les parties relativisent la fixation des termes du contrat. C'est une règle consacrée dans les instruments juridiques des États de l'Afrique noire francophone. Cela n'enlève pas la prévalence du consensualisme sur l'échéance de paiement.

2. La prévalence du consensualisme sur l'échéance de paiement

L'encadrement temporel de la rémunération du partenaire privé relève de l'aménagement des clauses contractuelles. Dans les États de l'Afrique noire francophone, la primauté de la volonté de parties s'illustre sur l'échéance de paiement. Celle-ci détermine la durée nécessaire à la rétribution de l'exploitation de l'ouvrage public projeté par le partenaire privé. « *En faisant usage des méthodes du droit privé* »², les parties indiquent que la précision du délai y afférent constitue « *l'objet principal de l'opération* »³. Il est assigné de déterminer le cadre temporel de déploiement du cocontractant de l'administration, car il constitue « *un nœud des contrats* »⁴. Il ressort donc que c'est de la volonté des parties que découle le déploiement temporel à la rétribution du partenaire privé plus encore, Le cadre de détachement et de rattachement est l'œuvre consensuelle des parties. De manière consensuelle, les parties au contrat de partenariat public privé se démarquent de la logique d'adhésion et de l'exorbitance du droit administratif. L'orthodoxie en l'espèce est de s'accorder sur les termes de la rémunération dans le temps. Que l'on soit au Bénin⁵, au Burkina

¹ T. KIRAT et F. MARTY, « Le contrat de partenariat public-privé à l'épreuve des contentieux : retours d'expérience sur le cas français », *op.cit.*, p. 2

² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10^{ème} éd., Paris, Sirey, 1921, p. 330.

³ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome 3, Paris, Sirey, 1929, p. 439.

⁴ C. JAMIN, « Les enjeux de l'externalisation », *LPA*, n° 147, 09/12/1998, p. 3.

⁵ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

Faso¹, au Cameroun², en Côte d'Ivoire³ au Gabon⁴, au Mali⁵, au Sénégal⁶, l'échéance de paiement ressortit des clauses contractuelles. Par ce fait l'exégèse juridique apporte sa contribution au raffermissement de l'idée susmentionnée. Les sources formelles de nature diverse se sont convoquées pour cesser des suspicions sur l'origine de la rémunération du partenaire privé. C'est une matière de la commande publique plus encline à la concession qu'à l'adhésion. Elle est davantage assignée à l'autorité contractante.

L'échéance à la rétribution du partenaire privé restaure les obligations financières de l'autorité contractante. L'autorité contractante est tenue de s'acquitter de l'allocation dans le temps d'une somme au partenaire privé. La prévision du contrat constitue l'unité de référence. La délimitation législative ou réglementaire selon les cas, exclue la réalisation de cette prérogative par une autorité autre que la personne publique. Celui-ci en bénéficie de l'exclusivité. Par ailleurs, le partenaire privé peut se rémunérer directement sur l'exploitation directe de l'ouvrage public. Même dans cette hypothèse, la fixation des objectifs de performance relève toujours de l'action de l'autorité publique. C'est toujours « *sous surveillance* »⁷ publique.

En procédant par l'analyse du cadre juridique, l'échéance du paiement est diversement formulée dans les États de l'Afrique noire francophone. Ces États ont peu harmonisé le cadre temporel d'ouverture à la rétribution du partenaire privé. Au Bénin, la rémunération du partenaire privé est effectuée par la personne publique sur toute la durée du contrat à compter de la mise en service de l'ouvrage⁸. Cette disposition est complexe dans sa formulation et moins encline à l'intelligibilité. Elle concilie deux exigences contradictoires pour une cause. Premièrement elle étale le paiement du partenaire sur toute la durée du contrat. Et puis secondement, elle la rattache à la mise en œuvre de l'ouvrage. Nous sommes unanimes que le contrat ne débute pas à cette phase. Dès lors, peut-on admettre que ce cadre juridique est victime d'une mauvaise écriture ? Le

¹ Article 32 de la loi n°020-2013/AN du 23 Mai 2013 *op.cit.* (Burkina Faso).

² Article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun)

³ Article 5 du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire).

⁴ Article 10 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon)

⁵ Article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali)

⁶ Article 7 de la loi n°2014-09 du 20 février 2014 *op.cit.* (Sénégal).

⁷ F. MARTY, S. TROSA, A. VOISIN, *Les partenariats publics-privé*, Paris, La Découverte, « coll. Repères », 2006, pp. 20-23.

⁸ Article 1^{er} de la Loi n° 2016-24 du 11 décembre 2016 *op.cit.* (Bénin).

législateur indiquait probablement que la rétribution du partenaire privé s'étale sur toute la durée de l'exécution ! C'est dans cette perspective que cette hypothèse se rapproche du cadre juridique de la République de Côte d'Ivoire. Dans cet État, la rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de la performance mesurée, fixés dans le contrat pour toute sa durée d'exécution¹. En droit administratif ivoirien, l'échéance de paiement du partenaire privé prend pour point de départ la durée d'exécution du contrat. C'est une échéance déliée des phases antérieures à la phase d'exécution des clauses contractuelles. Le droit camerounais demeure lacunaire sur l'échéance au paiement du partenaire privé. Il se contente juste d'intégrer dans les clauses contractuelles la durée ainsi que les modalités de rémunération du partenaire privé². C'est également le cas du Gabon. Ici, comme ailleurs la durée du contrat de manière générale tient compte des critères objectifs³. Et c'est dans les clauses contractuelles qu'il est inséré les modalités de rémunération⁴. Or, au Mali, l'échéance de paiement du partenaire privé est rattachée à la durée de vie du contrat⁵.

L'échéance de paiement du partenaire privé sombre des zones d'ombre dans les États de l'Afrique noire francophone. Les sources formelles de ces États ne l'ont clairement précisé et par conséquent y subsiste des lacunes et des imprécisions. Si certains s'évertuent de fixer l'étendue du paiement à la vie du contrat, les autres l'enferment simplement dans les clauses contractuelles. Cet état désagréable porte atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité dans les règles de droit. De ce fait, il est impératif pour les États de l'Afrique noire francophone de préciser de manière concise et suffisante la période exacte de paiement du partenaire privé.

Au sortir de cette réflexion, la rémunération du partenaire a matériellement une orientation duale dans les États d'Afrique noire francophone. Le co-contractant de l'administration ne bénéficie pas d'un seul mécanisme de retour sur investissement. Ces explications s'articulent autour de la rétribution disproportionnée sur l'exploitation et l'attribution d'une somme négociée hors de l'exploitation de l'ouvrage public. Ces idées conduisent à deux constats majeurs :

¹ Article 5 du décret n°2018-358 du 29 Mars 2018 *op.cit.* (Côte d'Ivoire).

² Article 5 de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 *op.cit.* (Cameroun)

³ Article 9 de l'ordonnance n°009/PR/2015 du 11 février 2015 *op.cit.* (Gabon)

⁴ Article 12 de l'ordonnance n°009/PR/2015 *op.cit.* (Gabon).

⁵ Article 2 (2-9-b) de la loi n°2016-061 du 30 décembre 2016 *op.cit.* (Mali)

D'une part, l'exploitation directe permet au partenaire privé de recouvrer suffisamment les capitaux investis. Les recettes y découlant sont importantes. Le contrat de partenariat public privé apparaît alors comme un marché dupe pour l'autorité contractante et d'affaire pour le partenaire privé. Face à une position plus ou moins confortable la personne publique ne peut que se soumettre aux diktats et techniques malicieuses du partenaire privé.

D'autre part, la législation relative aux contrats de partenariat public privé regorge assez de lacunes et de zones d'ombres. Celles-ci effritent le discours global sur ce type de contrat. Ailleurs, elles jouent en faveur des techniques malicieuses du partenaire privé pour davantage accroître la dette de financement de l'autorité publique. Le plaidoyer en faveur d'un contrôle plus performant sur l'exploitation de l'ouvrage public et le comblement des lacunes est posé par cette réflexion. C'est davantage le champ d'une réflexion à entrevoir.

L'assurance de protection juridique

Contribution à l'évolution du modèle assuranciel de l'accès au droit et à la justice

Thèse de Monsieur Guillaume BRUNEL

Préparée sous la direction de Monsieur le Professeur Yves PICOD

Et soutenue le 24 juin 2022, auprès de l'Université de Perpignan, devant le jury composé de :

Monsieur Christophe ALBIGES, Professeur à l'Université Montpellier I, président du Jury

Monsieur Luc MAYAUX, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, rapporteur

Monsieur Hervé LECUYER, Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas, rapporteur

Monsieur Jean-Marc MOULIN, Professeur à l'Université Perpignan Via Domitia,
examineur

Monsieur Yves PICOD, Professeur à l'Université Perpignan Via Domitia, directeur de
recherche

PRESENTATION DES TRAVAUX DE RECHERCHE

Le sujet – Aux confins de l'assurance, à mi-chemin entre l'assistance et l'assurance, existe l'assurance de protection juridique. Cette branche d'assurance est apparue comme une des possibilités pour favoriser l'accès au droit et financer l'accès à la justice. A l'instar de l'aide juridictionnelle, elle constitue un moyen pour le justiciable de transférer, vers un autre agent, le risque d'avoir à supporter les coûts d'accès à la justice. En effet, c'est parce qu'il existe un risque d'avoir à engager des frais pour faire valoir ou défendre ses droits, que cette assurance peut répondre aux besoins de l'assuré d'être juridiquement et financièrement protégé par l'assureur.

Elle constitue aussi pour les pouvoirs publics un moyen complémentaire pour permettre l'accès au droit et à la justice des citoyens. En effet, conscients des difficultés rencontrées par l'aide juridictionnelle et du problème de son financement, les pouvoirs publics se sont intéressés à l'assurance de protection juridique sans jamais y reconnaître de prolongement officiel. Ce n'est qu'avec la loi n°2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique, qu'a été consacré le rôle complémentaire de cette assurance. Ainsi, le législateur a-t-il posé en principe la subsidiarité de l'aide juridictionnelle par rapport à l'assurance de protection juridique. Pour autant, même si ce dispositif constitue une avancée significative, il est incomplet. Afin de remédier à cette insuffisance, de nombreux rapports préconisaient de rendre obligatoire la souscription d'un contrat d'assurance de protection juridique ou d'augmenter le taux de taxe des contrats d'assurance de protection juridique. Ces propositions attestent de la volonté des pouvoirs publics de cantonner cette branche d'assurance à une contribution exclusivement indemnitaire.

Le choix du sujet se justifie par l'utilisation faite par les pouvoirs publics de l'assurance de protection juridique en raison d'une méconnaissance de cette branche d'assurance. En ne retenant qu'une participation économique de l'assurance de protection juridique, ces derniers se privent de certaines fonctionnalités du dispositif assurantiel de l'accès au droit et à la justice. En effet, si elle permet une prise en charge intellectuelle et économique du litige en le réglant à l'amiable ou par la voie judiciaire ; l'assurance de protection juridique contribue à prévenir le litige en délivrant, à titre préventif, des renseignements juridiques à l'assuré. La complexité et le développement de notre législation, conjugués à la judiciarisation de la société moderne, imposent que l'accès

au droit et à la justice ne soit pas limité par un manque de moyens. Cette préoccupation est depuis plusieurs décennies une des priorités de l'Etat.

Problématique – Dès lors, l'assurance de protection juridique peut-elle répondre aux nouveaux besoins assuranciers, nés des attentes des justiciables en termes de connaissance du droit et d'accès à la justice, et attendus par les pouvoirs publics en matière de financement de cet accès ?

L'intérêt du sujet est de mettre en évidence la contribution de l'assurance de protection juridique mais aussi les limites du modèle assuranciel. Le sujet de cette thèse est éminemment d'actualité, en témoignent les Etats Généraux de la Justice organisés par la Chancellerie en 2021-2022 et la politique du règlement amiable des litiges lancée par le ministère de la justice, le 13 janvier 2023. De plus, entre 1990 et 2019, ce ne sont pas moins de dix-huit rapports concernant l'accès au droit, à la justice et consacrés à l'aide juridictionnelle qui ont été rendus et, tous s'accordent à dire que l'aide étatique est à bout de souffle.

L'intérêt des travaux, menés dans le cadre de la thèse, est justifié par la rareté des travaux de recherche sur l'assurance de protection juridique, mais aussi et surtout par l'utilisation du droit comparé. En effet, même s'il ne s'agit pas d'une thèse en droit comparé, l'intérêt de recenser les réformes opérées dans d'autres pays (notamment Belgique et Suède) permet d'éclairer notre réflexion.

L'objectif de ces travaux est de donner une dimension concrète opérationnelle tout en apportant une réflexion théorique approfondie et inédite. L'intérêt de la thèse est de proposer une évolution du droit positif de l'assurance de protection juridique, dans le but de répondre aux attentes des justiciables et à celles des pouvoirs publics en matière d'accès au droit et à la justice.

L'objectif de recherche consiste à proposer une évolution du dispositif assuranciel de l'accès au droit et à la justice, à laquelle l'assurance de protection juridique est capable de répondre. Il s'agit de démontrer l'originalité et la capacité de cette branche d'assurance à engendrer des modifications pour améliorer le dispositif existant.

Cette recherche contribue ainsi à la mise en perspective de cette matière, en soulignant le caractère évolutif du droit des assurances et de l'activité d'assurance de protection juridique.

La démarche adoptée - La démonstration repose sur la reconnaissance de l'apport de l'assurance de protection juridique en matière d'accès au droit et à la justice. La thèse ne se limite pas à la description d'une illustration de la création du droit par la pratique mais y puise un terrain de réflexion théorique, puisque les travaux soulèvent la nécessité de résoudre de nombreuses questions juridiques. Pour y parvenir, a été menée une analyse du développement de l'assurance de protection juridique depuis ses origines jusqu'à nos jours et étudié son cadre juridique ; préalable indispensable à l'établissement de propositions prescriptives, pour une évolution structurelle et fonctionnelle de cette branche d'assurance.

Les moyens utilisés - Cette thèse s'appuie non seulement sur un important dispositif scientifique, composé du droit positif, d'un corpus d'études, de rapports et d'ouvrages mais aussi issu de revues spécialisées, tant au niveau national qu'international, et sur une consultation des Archives Nationales, autorisée par l'ancien garde des Sceaux, ministre de la Justice, Monsieur Henri NALLET. Pour conduire cette recherche scientifique, ont été étudiés les mécanismes propres à l'assurance de protection juridique et analysé le modèle assurantiel actuel de l'accès au droit et à la justice.

Mais aussi et surtout, pour compléter ces travaux, 183 entretiens ont été conduits auprès de praticiens (trois anciens gardes des Sceaux, ministres de la Justice, personnalités rattachées à certains ministères, parlementaires, professeurs d'université, maîtres de conférences, assureurs, avocats, leurs représentants respectifs, économistes) tant en France qu'à l'étranger. L'important matériau recueilli lors des entretiens et la pratique de la matière m'ont permis notamment de formuler certaines propositions, éprouvées auprès des praticiens rencontrés. Par ailleurs, dans le cadre de missions d'information sur l'accès au droit et à la justice ou relative à l'aide juridictionnelle, j'ai également été auditionné à l'Assemblée nationale, au Sénat, entendu par les représentants du Conseil National des Barreaux, du Groupement des Sociétés de Protection juridique, la Cour des comptes et, participé au projet Avocat Horizon 2025 conduit par l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone. De nombreuses publications scientifiques sur la matière ont complété l'activité de recherche.

Présentation de la recherche

Première partie de la thèse est consacrée au développement de l'assurance de protection juridique et à l'examen critique de sa contribution pour l'accès au droit et à la justice.

Afin de révéler l'apport de l'assurance de protection juridique, son rôle devait être davantage précisé. Pour y parvenir, l'étude de ses origines a permis d'en comprendre son fonctionnement. A l'époque, le dispositif déployé par les sociétés, ne constituait pas un moyen d'accès au droit et à la justice. Tout au plus, s'agissait-il d'une simple approche assurancielle permettant de garantir les frais de justice. L'émergence d'une société davantage juridicisée a favorisé la mutation de la défense en justice en assurance de protection juridique. Le cheminement d'une prise en charge de l'accès au droit et à la justice par l'assurance de protection juridique a été long à aboutir. Il apparaissait nécessaire de le retracer afin d'en comprendre son développement. Au-delà d'un simple mécanisme originel de prise en charge des frais de justice, cette étape de réflexion sur les origines de l'assurance de protection juridique a révélé l'émergence d'un véritable dispositif assuranciel d'accès au droit et à la justice : l'assurance de protection juridique.

L'objectif fixé qui était de déterminer si l'assurance de protection juridique garantit un réel accès au droit et à la justice, rendait aussi nécessaire l'étude de son cadre juridique. Ce volet de mes recherches a mis en évidence qu'à l'origine, l'assurance de protection juridique était dépouillée de tout cadre juridique. La réglementation se limitant en la matière à la création de la branche 17, celle de la protection juridique. C'est la directive 87/344/CEE du Conseil du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance de protection juridique qui a donné à cette branche d'assurance sa première réglementation. En raison de son objectif, faciliter l'exercice effectif des entreprises d'assurance de protection juridique, elle s'est révélée bien incomplète à garantir un réel accès au droit et à la justice. Transposée par la loi n°89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du Code des assurances à l'ouverture du marché européen, codifiée aux articles L. 127-1 à L. 127-8 du Code des assurances puis L. 224-1 à L. 224-8 du Code de la mutualité, l'assurance de protection juridique recevait un cadre juridique qui, allait se révéler insuffisant à contribuer au développement du modèle assuranciel de l'accès au droit et à la justice.

Ces travaux ont démontré que le droit positif n'a pas conféré à cette branche d'assurance un système capable de répondre aux nouveaux besoins assuranciers, nés des attentes des justiciables et à celles des pouvoirs publics. Après avoir démontré dans une première partie que le régime actuel de l'assurance de protection juridique ne permettait pas aux assurés de bénéficier d'un réel accès au droit et à la justice, la

deuxième partie, par une approche prospective, a consisté à proposer une évolution du dispositif assurantiel actuel.

Deuxième partie - La perspective de cette évolution se prolonge dans ses aspects structurel et fonctionnel. Il s'agissait dès lors d'envisager les modifications permises par l'assurance de protection juridique.

Cette recherche a mis en évidence que l'objet du contrat se veut beaucoup plus large que ne l'était celui de l'assurance des frais de procès, réservé à la seule prise en charge des frais de justice. En effet, en assurance de protection juridique, l'assureur s'est vu attribuer la qualité de prestataire de services. Le procès symbolise désormais le stade ultime de son intervention, alors qu'il en était autrefois le point de départ. Le législateur consacre de cette façon l'extension de la sphère d'intervention de l'assureur ; révélant ainsi que l'assurance de protection juridique occupe une place à part, dans les assurances de dommages. La loi le confirme, en lui consacrant un chapitre spécifique, semblant la distinguer des assurances de choses et de celles des responsabilités. Bien qu'il n'emploie pas l'expression « assurance de frais », le législateur convie à regarder la branche 17 comme une assurance « de protection du patrimoine ». L'assureur évite une dépense à l'assuré, il couvre des frais, ce qui ne l'empêche pas d'exécuter d'autres prestations. Assurance de frais et fournitures de service sont donc parfaitement compatibles. Une évolution structurelle dans la classification mais aussi dans le contrat d'assurance de protection juridique où les définitions légales du risque et du sinistre sont insuffisantes à garantir toutes les situations. En effet, les nouveaux champs de garantie proposés par les assureurs embrassent un large éventail de situations conflictuelles, dont le besoin en assurance commande une évolution. Au-delà d'une simple étude descriptive, elles ont conditionné une prescription de réécriture.

Après avoir déterminé comment la structure intrinsèque de l'assurance de protection juridique pouvait évoluer, il convenait de déterminer le rôle des entreprises d'assurance dans l'évolution du traitement du contentieux.

Cette recherche a permis d'identifier les raisons pour lesquelles l'approche fondée sur une seule prise en charge indemnitaire de l'assurance de protection juridique est une approche révolue qui, ne peut permettre un réel accès au droit et à la justice. Pour garantir un risque de masse comme le risque juridique encouru par le citoyen, le législateur est tenté de recourir à l'assurance obligatoire. La proposition de rendre obligatoire la souscription d'une assurance de protection juridique, en y intégrant des

garanties qui relèvent du droit de la famille et du droit pénal, les plus coûteuses pour l'aide juridictionnelle, est-elle compatible avec les principes d'assurance ?

Une négation des limites de l'assurance de protection juridique met en évidence une atteinte portée aux principes fondamentaux qui régissent l'assurance. Hors de ces limites, liées à l'assurabilité des risques que l'assureur de protection juridique sélectionne pour déterminer ceux qu'il assumera, il ne s'agit plus de mutualisation mais de solidarité. En raison des dépenses croissantes de l'aide étatique, cette solidarité a conduit le législateur à poser un principe de subsidiarité selon lequel l'aide juridictionnelle est accordée si le bénéficiaire n'est pas déjà couvert par une assurance de protection juridique. L'objectif qui était de soulager les finances publiques, n'a pu être atteint. En effet, l'Etat ne peut bénéficier pleinement de ce mécanisme de subsidiarité parce que les litiges pris en charge par les assureurs de protection juridique ne correspondent pas à ceux de l'aide juridictionnelle. Pour y parvenir, le législateur a modifié la fiscalité inhérente à l'assurance de protection afin de financer l'aide juridictionnelle. Le dispositif mis en œuvre met en évidence que non seulement la seule contribution de l'assurance de protection juridique ne peut suffire à financer l'aide étatique, mais que les seules mesures fiscales, adoptées par le législateur, sont inadaptées à répondre au besoin croissant d'accès au droit et à la justice.

Conclusion - Après avoir démontré que l'interventionnisme législatif n'a pas permis de rendre effectif l'accès au droit et à la justice, en raison d'une articulation inappropriée entre l'aide juridictionnelle et l'assurance de protection juridique, nous proposons une autre utilisation de l'assurance de protection juridique avec pour objectif d'améliorer l'accès au droit et à la justice. En effet, les limites du modèle assurantiel ne permettent pas de répondre au besoin de solidarité, né de la demande des pouvoirs publics en matière d'accès au droit et à la justice, ni au financement de l'aide juridictionnelle. C'est pourquoi, la spécificité de l'assurance de protection juridique doit conduire le législateur à utiliser d'autres fonctionnalités de cette branche d'assurance.

Ces travaux démontrent qu'une approche restrictive du rôle de l'assureur, en tant qu'assureur de procès, n'est plus adaptée. Il ne s'agit pas d'indemniser des dommages subis mais de garantir la gestion juridique d'une contestation. Le rôle social et sociétal de l'assureur de protection juridique doit donc être conforté : il n'est plus opportun de cantonner l'assureur dans un rôle passif de répartiteur d'indemnité ; au contraire la garantie d'une meilleure accessibilité au droit et à la justice doit notamment passer par la prévention et une résolution adaptée des différends ou litiges.

S'il est acquis que l'évolution de notre société va conduire les citoyens à une appétence pour la connaissance de leurs droits, les compagnies d'assurance disposent de structures permettant de répondre à cette demande. La compétence des personnels, associée à la proximité juridique et digitale, permettra à l'assuré de prévenir le conflit voire de le régler à l'amiable pour éviter l'encombrement des juridictions. Après avoir déterminé de quelle manière les entreprises d'assurance pouvaient contribuer à cette évolution, nous avons analysé les dispositifs mis en place par d'autres pays, avant d'envisager des propositions de solutions conformes à la mise en œuvre de la Justice du XXI^{ème} siècle.

Des propositions justifiées par une approche en droit comparé – Notre objectif de recherche consistait à proposer une évolution du dispositif assurantiel actuel. Ont été démontrées l'originalité et la capacité de l'assurance de protection juridique à engendrer des modifications pour améliorer l'accès au droit et la justice.

Cette ultime étape de la réflexion a consisté à donner une dimension prospective au sujet. La mise en œuvre de ces solutions passe par une évolution structurelle et fonctionnelle de l'assurance de protection juridique. Elles sont issues de recherches en droit comparé qui, justifient une évolution du droit positif afin d'améliorer le dispositif assurantiel actuel, pour faire de l'assurance de protection juridique le modèle assurantiel de l'accès au droit et à la justice de demain.

Les présents travaux se concluent en proposant une réécriture des articles L. 127-1, L. 127-2-1 et L. 127-4 du Code des assurances, L. 224-1, L. 224-2-1 et L. 224-4 du Code de la mutualité et enfin celle de l'article 1528 du Code de procédure civile. Ces propositions de réécriture sont systématiquement justifiées et leur logique expliquée, afin d'accompagner cette perspective d'évolution.

A L'ISSUE DES TRAVAUX DE RECHERCHE, PRESENTATION DES PROPOSITIONS

1. L'émergence d'une nouvelle catégorie d'assurance celle des « assurances de frais »
- Nos travaux de recherche ont mis en évidence que l'assurance de protection juridique paraît difficile à classer dans les catégories connues de l'assurance. En effet, cette assurance n'est ni une assurance de choses, ni une assurance de responsabilité. En définitive, il s'agit d'une assurance sui generis, appartenant à la catégorie des

assurances de dommages à caractère indemnitaire. Pour autant le régime juridique de cette assurance n'en reste pas moins spécifique quant à son principe indemnitaire alors que l'assureur est tout aussi tenu envers l'assuré d'une prestation de services. En effet, l'assureur de protection juridique prend en charge des frais et fournit des prestations notamment des renseignements juridiques et le règlement amiable du litige.

Dès lors, en raison de la spécificité de cette assurance, la création d'une nouvelle catégorie au sein des assurances de dommages nous est apparue nécessaire. Cette catégorie consacre l'autonomie d'une nouvelle catégorie d'assurances qualifiée « d'assurance de prestations et de frais ». Si la nouvelle formulation « d'assurances de prestations et de frais », permet de faire ressortir la spécificité de l'assurance de protection juridique, l'assurance de frais est plus adaptée à recevoir les autres branches d'assurance que sont l'assurance assistance (branche 18) et l'assurance de pertes pécuniaires (branche 16). Par conséquent, au sein de la catégorie des assurances de dommages, à côté des assurances de choses et de celles des responsabilités, une nouvelle catégorie d'assurance celle des « assurances de frais », trouve sa place en y intégrant l'assurance de pertes pécuniaires (branche 16), l'assurance de protection juridique (branche 17) et l'assurance assistance (branche 18).

2. Pour une évolution de la notion de risque en assurance de protection juridique – L'analyse du risque en assurance de protection juridique a mis en évidence l'insuffisance des seules notions de différend ou de litige à définir le risque en assurance de protection juridique, et surtout à reconnaître l'intervention à titre préventif de l'assureur, en l'absence de tout différend ou litige. En effet, il existe des situations où la demande de l'assuré ne constitue pas un différend ou un litige. Néanmoins, l'assureur intervient pour délivrer à l'assuré des renseignements juridiques alors que l'assuré ne connaît ni de différend ou de litige. Pour autant, l'assureur ne devrait pas intervenir car c'est la survenance du risque, c'est-à-dire le différend ou le litige qui, déclenche l'intervention de l'assureur. Cette pratique met clairement en évidence l'inadéquation entre la définition du risque en assurance de protection et l'intervention des assureurs. C'est pourquoi, est préconisée une évolution de la notion de risque en assurance de protection juridique, ainsi qu'une proposition de réécriture des articles L. 127-1 du Code des assurances et L. 224-1 du Code de la mutualité.

3. Pour une évolution de la notion de sinistre en assurance de protection juridique – Par ailleurs, la définition légale du sinistre adoptée par le législateur, en 2007, n'a pas œuvré pour une reconnaissance du règlement amiable des conflits par l'assureur. Une autre définition du sinistre que celle codifiée aux articles L. 127-2-1 du Code des assurances

et L. 224-2-1 du Code de la mutualité aurait pu davantage tenir compte des spécificités de ce risque. Elle permettrait à l'assureur d'intervenir en amont du litige, dès l'apparition d'une situation conflictuelle. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, l'assureur, a développé des possibilités d'intervention en dehors de tout différend ou litige. En réalité, dès la saisine de l'assureur par l'assuré, ce dernier intervient, sans attendre parfois même l'émergence d'une situation conflictuelle, évitant ainsi que le conflit ne devienne irrémédiable. Pour y parvenir, une évolution de la définition du sinistre en assurance de protection juridique et une réécriture des articles L. 127-2-1 du Code des assurances et article L. 224-2-1 du Code de la mutualité s'imposent.

4. Le remplacement de la procédure de règlement des différends, prévue aux articles L. 127-4 du Code des assurances et L. 224-4 du Code de la mutualité – La procédure actuelle dite « d'arbitrage », permettant de solutionner le désaccord entre assureur et assuré, quant aux mesures à prendre pour régler le différend ou le litige de l'assuré, ne répond qu'imparfaitement au respect des droits de l'assuré. En effet, les dispositions des articles L. 127-4 du Code des assurances et L. 224-4 du Code de la mutualité sont inadaptées à répondre à certaines problématiques rencontrées par l'assuré, notamment en matière de saisine de l'avocat ou de conflit sur le montant des honoraires de ce dernier.

C'est pourquoi, un nouveau dispositif de règlement des désaccords entre assureur et assuré et entre avocat et assureur est proposé. Ce dispositif repose sur la prévention préalable des désaccords avant d'en permettre le règlement. Pour ce faire, une proposition de réécriture des articles actuels est suggérée afin de pourvoir à la mise en œuvre d'un tel dispositif.

5. La création d'un nouvel organe dédié au règlement des désaccords entre assuré, avocat et assureur – Avec la réécriture des articles L. 127-4 du Code des assurances et L. 224-4 du Code de la mutualité est également proposée une procédure complémentaire, afin de solutionner à l'amiable les désaccords nés entre avocat et assureur, dans le cadre d'un dossier concernant leur client commun, assuré en protection juridique. Pour y parvenir, la création d'un nouvel organe destiné à mettre en œuvre la procédure proposée est suggérée : la Commission mixte paritaire de protection juridique. Mixte et paritaire, car composée d'avocats et d'assureurs en nombre égal. L'objectif de la Commission est de résoudre non seulement les désaccords entre avocat et assureur, relativement à la saisine de l'avocat ou bien les honoraires de ce dernier, dans le cadre de la gestion du sinistre de l'assuré ; mais aussi et surtout les désaccords entre assureur et assuré en ce qui concerne le règlement du

litige de l'assuré. La proposition de création de cette Commission est complétée par la présentation de ces règles d'établissement, de composition, de compétence, et ces modalités de fonctionnement et de saisine, mais aussi du recours possible contre les décisions rendues.

6. Proposition d'intégration de l'assureur de protection juridique dans le processus de règlement amiable des différends – L'objectif de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle était de déjudiciariser. Pour autant, le législateur n'a pas intégré, dans le processus de règlement amiable des différends, l'assureur de protection juridique. Si le droit positif n'intègre pas ce dernier dans le processus de règlement amiable des différends, prévu par l'article 1528 du Code de procédure civile, la capacité et les compétences juridiques reconnues à ce personnel ne s'y opposent pas. En effet, c'est bien le législateur lui-même, qui offre à l'assureur de protection juridique la faculté, avec l'accord de son assuré, de procéder au règlement amiable du différend. La seule objection qui s'oppose à l'intégration de l'assureur de protection juridique dans le processus commandé par l'article 1528 du Code de procédure civile, c'est le critère d'impartialité. A l'évidence, l'assureur intervenant dans le cadre du règlement amiable du sinistre de son assuré avec un tiers, ne remplit pas cette condition d'impartialité. Pour autant, cette contrainte peut être dépassée. C'est pourquoi, une réécriture de l'article 1528 du Code de procédure civile, intégrant l'assureur dans le règlement amiable des différends, est préconisée.

Ces propositions d'évolutions, tant structurelles que fonctionnelles, de l'assurance de protection juridique ne constituent qu'une étape et commandent, dès à présent, une intervention du législateur, pour améliorer le dispositif assurantiel actuel et en faire le modèle assurantiel de l'accès au droit et à la justice de demain.



AFDD